

ESTUDIOS

Presentación
ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma
JESÚS CRUZ VILLALÓN

Reestructuración y adaptación permanente al cambio de las empresas: algunas experiencias de medidas sociales ante las reestructuraciones en la Unión Europea
RICARDO RODRÍGUEZ CONTRERAS

Autonomía y heteronomía en los expedientes de regulación de empleo
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

Expedientes de regulación de empleo: causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Perspectiva jurídica
M^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Crisis económica y actuación de la Administración laboral en los expedientes de regulación de empleo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ

Los expedientes de regulación de empleo en la Ley Concursal
NURIA ORELLANA CANO

El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables
JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA

MERCADO DE TRABAJO

Expedientes de regulación de empleo: ¿el ajuste laboral es un ERE?
SANTOS M. RUESGA BENITO
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
CARLOS RESA NESTARES

INFORMES Y DOCUMENTOS

Informe sobre la regulación del despido en Europa
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Cádiz
Despido objetivo: garantía de prioridad de permanencia del representante de los trabajadores
MARÍA DEL JUNCO CACHERO

Universidad de Sevilla
La calificación y efectos del pacto de prejubilación en supuestos de regulación de empleo
ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

Universidad de Málaga
Crisis empresarial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y protección por desempleo; determinación de la involuntariedad del cese
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS
JUAN JOSÉ PLAZA ÁNGULO

Universidad de Jaén
Las competencias de la Jurisdicción Social desde la perspectiva de la Ley Concursal
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Selección de legislación sobre expedientes de regulación de empleo
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

ISSN: 0213-0750

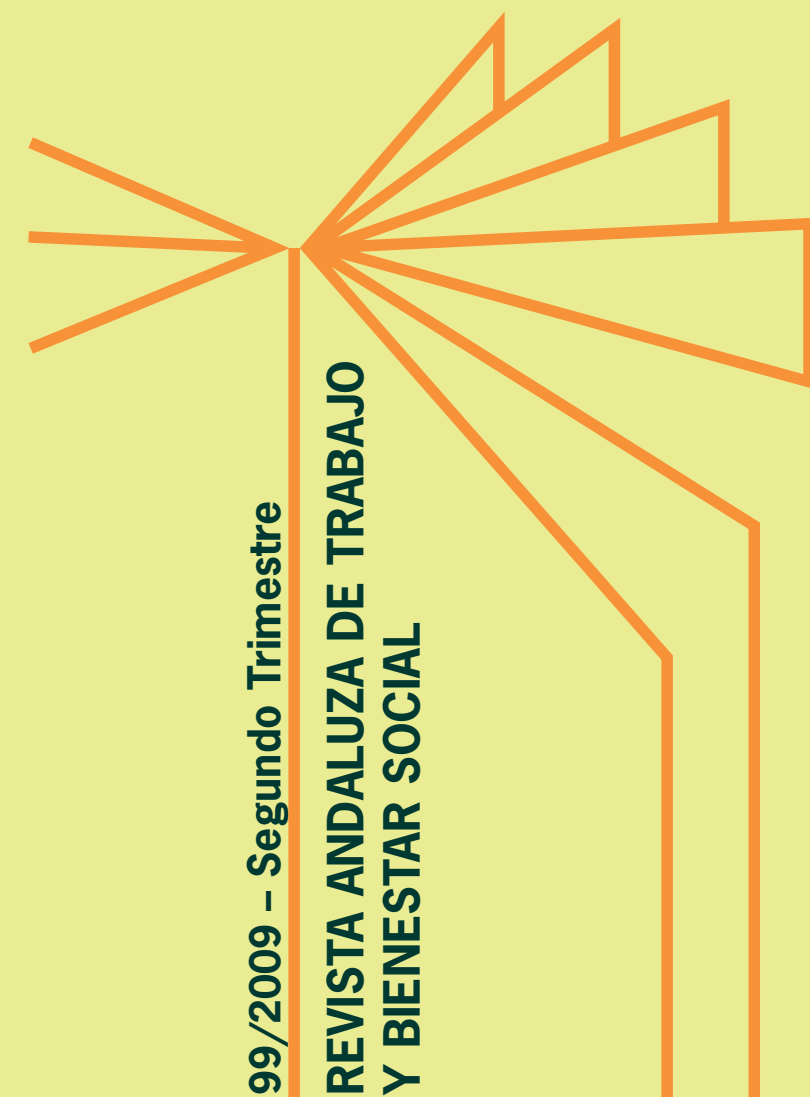


TEMAS LABORALES

Monográfico sobre los Expedientes de
Regulación de Empleo

99/2009 – Segundo Trimestre

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL



TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

99

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
www.juntadeandalucia.es/empleo/carl
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA

Consejero de Empleo

VOCALES

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR	Viceconsejero de Empleo
ESTHER AZORIT JIMÉNEZ	Directora General de Seguridad y Salud Laboral
JUAN MÁRQUEZ CONTRERAS	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Y BRAVO-FERRER	

COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	Consejero de Empleo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Y BRAVO-FERRER	
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas
	Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
	Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución:

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1.ª, Sevilla (41011). Tf.955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN DISPONIBLE EN [HTTP://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl)

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 99/2009
Segundo Trimestre
Monográfico sobre los Expedientes de Regulación de Empleo

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Presentación	13
ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo	
Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma.	21
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
Reestructuración y adaptación permanente al cambio de las empresas: algunas experiencias de medidas sociales ante las reestructuraciones en la Unión Europea	55
RICARDO RODRÍGUEZ CONTRERAS	
Autonomía y heteronomía en los expedientes de regulación de empleo.	85
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	
Expedientes de regulación de empleo: causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Perspectiva jurídica	107
Mª FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ	
Crisis económica y actuación de la Administración laboral en los expedientes de regulación de empleo	135
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	
Los expedientes de regulación de empleo en la Ley Concursal	155
NURIA ORELLANA CANO	
El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables	205
JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA	

2. MERCADO DE TRABAJO

Expedientes de regulación de empleo: ¿el ajuste laboral es un ERE?	239
SANTOS M. RUESGA BENITO JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO CARLOS RESA NESTARES	

3. INFORMES Y DOCUMENTOS

- Informe sobre la regulación del despido en Europa 259
 ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

4. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

- Despido objetivo: garantía de prioridad de permanencia del representante de los trabajadores 301

MARÍA DEL JUNCO CACHERO

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla

- La calificación y efectos del pacto de prejubilación en supuestos de regulación de empleo 311

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

- Crisis empresarial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y protección por desempleo: determinación de la involuntariedad del cese. 331

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

- Las competencias de la Jurisdicción Social desde la perspectiva de la Ley Concursal. 345

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

- Selección de legislación sobre expedientes de regulación de empleo
 RAFAEL GÓMEZ GORDILLO. 355

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter, está destinada fundamentalmente al conjunto de operadores que desempeñan sus tareas profesionales en campos afines a las áreas de conocimiento que conforman las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía y la Psicología Social.

Esta publicación, que edita cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación inéditos y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan el espacio web

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/> - siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesusacruz@us.es y/o chano@uhu.es

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/herramientas/revista/1stContenidos.asp>

FE DE ERRATA

En el pasado número 98 de la Revista se deslizó una errata en el título del comentario de jurisprudencia de la Profesora Sofía Olarte Encabo, de la Universidad de Granada, que apareció como "Gran invalidez de Derecho del Trabajo: paradojas del Derecho de la Seguridad Social", siendo su correcto enunciado el de: «Gran invalidez y derecho al trabajo: paradojas del Derecho de la Seguridad Social».

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 99/2009
Second Trimester
Monographs on Redundancy Procedure (ERE)***

INDEX

1. STUDIES

Presentation	13
ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Regional Minister for Employment	
The Redundancy procedure: elements of debate and reform proposals . .	21
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
Private Restructuring and ever-changing adaptation in the European Union	55
RICARDO RODRÍGUEZ CONTRERAS	
Autonomy and inadvertent in the redundancy procedure	85
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	
Redundancy procedure: economic, technical, organisational and production causes. A Judicial Perspective	107
M ^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ	
Economic crisis and the Labour Administration intervention in redundancy procedure	135
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	
The Bankruptcy Act: Redundancy Procedure	155
NURIA ORELLANA CANO	
The social plan for socially responsible company restructuring	205
JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA	

2. LABOUR MARKET

Redundancy Procedure: Is redundancy procedure a labour adjustment?	239
SANTOS RUESGA BENITO JOSÉ LUÍS MARTÍN NAVARRO CARLOS RESA NESTARES	

3. REPORTS AND DOCUMENTS

- Report about collective dismissal regulation in Europe 259
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

4. JUDICIAL COMMENTS

REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION

- Universidad de Cádiz
Objective Dismissal: priority guarantees for workers' representatives . . . 301
MARÍA DEL JUNCO CACHERO

WORK CONTRACT REGIME

- Universidad de Sevilla
Qualification and early retirement effects in the case of redundancy
procedure 311
ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

SOCIAL SECURITY BENEFITS

- Universidad de Málaga
Enterprise crisis, change in working conditions and unemployment
benefits: how to determine non-desired dismissals 331
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS
JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

LABOUR LEGAL CASE

- Universidad de Jaén
Delimitation of the jurisdiction rules in the Bankruptcy Act 345
JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

5. LEGISLATION REMARKS

- Legislation selection on redundancy procedure 355
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

* *Expediente de Regulación de Empleo (ERE)*: Procedure which must be followed when a contract of employment is to be terminated or suspended for economic or technological reasons or on grounds of *force majeure*. In Spain, such action requires the agreement of the workers' representatives or, failing this, prior official authorization. It is also called the *expediente de crisis* (crisis procedure) or simply *regulación de empleo* (adjustment of employment). This formula, which is particularly important in the case of collective dismissal/redundancy, has a long tradition in Spanish labour legislation and is accepted by the trade unions. In 1994 the legislation was reformed to bring it into line with EEC Directive No.129/1975, 98/59/EC, July 20, 1998 today, although the requirement for official authorization has been retained. In the past few years there has been a slight increase in instances of redundancy and in the number of employees affected.

PRESENTACIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

A lo largo de los años de funcionamiento del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, han sido numerosas las iniciativas que esta institución ha puesto en marcha no sólo al servicio de sus propios objetivos sino de los de la Consejería a la que se adscribe y con ello de la Comunidad Autónoma andaluza. Y lo ha hecho ofreciendo respuestas a cuantas ocasiones lo han exigido, canalizando y buscando muchas veces la reacción u opinión de los expertos de nuestra doctrina iuslaboralista, para contribuir a la superación de obstáculos y el mejor desarrollo de nuestro sistema de relaciones laborales.

Citando a la Comisión Europea, la verdadera prueba para los gobiernos de la Unión se está planteando en estos momentos; cuando las circunstancias son más difíciles y es precisa una reacción rápida, determinante e imaginativa y que muestre el compromiso claro de los gobernantes con las familias, las empresas y el mercado de trabajo de los diferentes territorios.

En esta línea, y a la vista de la difícil situación económica y sociolaboral que Andalucía y la Comunidad internacional están viviendo, se ha planteado la elaboración de una obra de estudio monográfica sobre una de las cuestiones más preocupantes que se están produciendo en nuestro mercado de trabajo, como consecuencia de los efectos de la crisis sobre el empleo y nuestras empresas: los expedientes de regulación de empleo, más conocidos como EREs.

Una institución ésta que, en el caso de Andalucía y del resto del Estado, ha protagonizado en los últimos meses numerosas portadas en los diarios, haciendo necesaria una reflexión y un estudio acerca de este concepto jurídico, con el fin de aplicar de la manera más adecuada esta figura, en beneficio de toda la ciudadanía. Entre otras cosas, porque se ha generalizado una defectuosa comprensión de la institución, de cómo funciona y de cuáles son sus objetivos, de cuál es el papel que juega cada uno en su desarrollo y conclusión. Por eso se achacan responsabilidades y malos comportamientos a algunos sujetos que en realidad están cumpliendo adecuadamente su función, que están haciendo bien su papel. Con todo lo que suenan, con todo lo que se reconocen, los ERES son una institución en gran medida desconocida e incomprensida, incluso cuando se parte de una perspectiva técnico-jurídica estricta.

No son estas dimensiones lo único que nos preocupa; la mayor o menor gravedad no reside sólo en las estadísticas, sino en el hecho de que dichos expedientes, y con la actual regulación en la mano, carecen en su mayoría de planes

sociales o de recolocación vinculados a los mismos y no contemplan vías de salida pasadas o superadas las circunstancias temporales que lo provocaron. Al mismo tiempo que se adolece de criterios claros sobre la edad y las condiciones de las prejubilaciones o, como ya se ha aventurado, sobre la posibilidad de reponer las prestaciones percibidas por el trabajador por suspensión de contrato, cuando se produzca otro expediente posterior que origine la extinción del mismo.

Es por todo lo expuesto que resulta necesaria esta reflexión y este debate, previo a la revisión de la legislación vigente sobre los expedientes de regulación de empleo en nuestro país; como medida de acompañamiento a otras claves de la superación de esta crisis, que deben además ofrecer conclusiones que permitan en adelante prever las circunstancias dadas en el último año, con el fin de evitar los resultados que hoy padecemos. Éste es un tema de actualidad, pero que debe estudiarse con el rigor y el detenimiento de las instituciones jurídicas complejas y trascendentes, sin dejarse llevar ni por el oportunismo ni por el alarmismo. Tenemos que conocer bien esta figura, en todos sus aspectos, para poder valorar adecuadamente lo que está pasando en nuestro tejido productivo en los últimos meses; esto bastaría para justificar un monográfico como éste. Pero no sólo. Es éste también un momento para tomar decisiones, para valorar los instrumentos de los que disponemos, para proponer reformas; pero para hacer todo esto necesitamos de un conocimiento serio, profundo y objetivo de la institución de la que tratamos. Y estoy seguro de que este número 99 de la revista ayudará mucho en esta tarea. Contamos para ello con la opinión de destacados juristas del trabajo, que ponen de manifiesto el buen estado de forma de la doctrina iuslaboralista española, especialmente de la andaluza; buena forma en la calidad de los trabajos que se aportan, que Vds. podrán comprobar de su lectura; y también en el compromiso asumido de tratar las cuestiones más relevantes e inmediatas de la realidad laboral de nuestro país. Como gestor público debo decir que nunca me han faltado las ideas, las opiniones, e incluso las críticas de los laboristas de la Comunidad Autónoma, que desde el sistema universitario público contribuyen a la solución de los problemas sociales y a la mejora de la vida de los andaluces y andaluzas.

Los expedientes de regulación de empleo tienen un papel que cumplir, esto es evidente, y es por ello que, en el marco de un Derecho del Trabajo como el actual, que aspira al sostenimiento del empleo de calidad y al éxito de la empresa, se reserve un lugar especial para esta figura, siendo un elemento central en todo momento.

Es cierto que es en momentos como el actual cuando resultan más visibles; pero en modo alguno podemos considerarlos como una figura propia y exclusiva de la crisis económica, que se asoma tan sólo cuando ésta se produce, como un mensajero de los malos tiempos. Por el contrario, tenemos que pensar en ellos como en una figura ordinaria de nuestro Derecho del Trabajo. Los ERES son un instrumento, excepcional pero no raro, del que se hace uso en

múltiples circunstancias. La propia enumeración de las situaciones en las que puede utilizarse lo corrobora: causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, dice el Estatuto de los Trabajadores. No es sólo una respuesta exclusiva a la crisis. Son un elemento de flexibilidad para el sistema laboral, que permite compaginar la defensa de la estabilidad en el empleo con el reconocimiento de una capacidad de adaptación de los empleadores a los cambios que afrontan sus organizaciones. Hoy, y parece que hemos inventado algo, a este doble objetivo le llamaríamos flexiguridad; cuando se trata de principios presentes en el Derecho del Trabajo desde sus mismos orígenes.

Pero, si tenemos en cuenta la vertiginosidad con que estos cambios se vienen produciendo en los últimos años, se hace más plausible una buena política de planificación y de apuesta por mejorar la competitividad y capacidad de nuestras empresas o una buena inversión por ambas partes en formación y en el desarrollo de la empleabilidad de nuestro capital humano, que el recurso a medidas insisto que deben ser extraordinarias.

Los EREs forman parte de la realidad laboral y aunque pueden considerarse un elemento básico de regulación, sin duda podrían mejorarse. Entre sus aspectos positivos podrían destacarse las ventajas que ofrecen, desde un punto de vista técnico-jurídico, su carácter colectivo y negociado, con el ahorro en tiempo, costes, complejidad e inseguridad que supondría una pluralidad de despidos individuales para el empleador; al mismo tiempo, ofrece garantía de derechos a los trabajadores sobre la causalidad de su ejecución, las medidas adoptadas y los procesos, evitando arbitrariedades o situaciones de discriminación; y de cara a la actuación de la Administración Pública competente, a la vista del limitado papel que ésta tiene en los despidos individuales, estos procedimientos permiten un mayor control sobre las consecuencias y costes sociales de la destrucción de empleo.

No es de extrañar, por ello, que encontremos esta figura en todos los ordenamientos jurídicos de los países industrializados. Allí dónde hay un Derecho del Trabajo reconocible como tal, con un objetivo tuitivo y una visión democrática y participativa, encontramos figuras similares a la que ahora estudiamos. Quizás por todo ello, como hemos comentado, su presencia generalizada en Europa no sea fruto de la casualidad, sino a un modelo determinado de entender las relaciones laborales, que es común a una mayoría de Estados miembros. Su presencia también obedece a la acción de la Comunidad Europea que, en un momento tan temprano como 1975, aprobó una primera Directiva sobre despidos colectivos, para armonizar las legislaciones laborales nacionales en esta materia. Como era tradicional en la armonización laboral comunitaria, en un momento en el que las dimensiones y la heterogeneidad de los Estados miembros eran todavía limitadas, se optó por extender un modelo de respuesta a las crisis de las empresas al conjunto de la Unión. Y con las ampliaciones sucesivas se llevó esta opción legislativa a los confines de Europa, condicionando el desarrollo de los ordenamientos laborales nacionales de los nuevos

miembros, que tuvieron que usar como referencia el modelo europeo cuando se pusieron a construir un Derecho del Trabajo moderno y democrático.

El ERE responde, de esta manera, a una necesidad estructural de los sistemas jurídicos avanzados. Pero, a la vez, en su diseño y organización pone de manifiesto una manera de entender la regulación del contrato de trabajo y la ordenación de las relaciones laborales que podemos considerar como manifestaciones del “modelo social europeo”. Esto es, que el concepto de despido colectivo y su regulación no sólo obedecen a una determinada normativa europea, a una Directiva de armonización laboral como tantas otras; sino que es, a su vez, expresión del modelo laboral que se quiere caracterice y distinga a la Unión Europea.

En primer lugar, el despido colectivo como categoría, al igual que el ERE como manifestación administrativa de ésta en nuestro país, parte del respeto al poder de decisión del empresario en cuanto a la gestión de los excedentes de empleo. Se considera que el empresario, como titular de la organización productiva y responsable de su gestión, es quién debe tomar las decisiones en caso de problemas económicos. El poder del empresario se reduce, claro está, en múltiples aspectos; pero como posición de partida es a éste a quién corresponde iniciarlo, plantear las medidas a adoptar, y ejecutar las que eventualmente se acuerden. Hablamos, no lo olvidemos, de “despidos colectivos”, que antes que cualquier otra cosa son despidos, extinciones de contratos de trabajo –que luego pueden sustituirse por otras medidas- por iniciativa del empleador.

En segundo lugar, el despido colectivo supone participación de los trabajadores en la definición de la decisión empresarial, y en su puesta en práctica. Esta participación es, y existe un consenso generalizado sobre ello, una seña de identidad del modelo social europeo, que la Unión se ha ocupado de preservar y de difundir por medio de diversas iniciativas. La presencia de los representantes de los trabajadores en todo el proceso es lo más distintivo del despido colectivo, lo que la separa de otras formas más tradicionales de extinguir la relación de trabajo.

El despido colectivo, en tercer lugar, supone un claro protagonismo del Estado, que se compromete en estos procesos a aportar soluciones para los trabajadores afectados, poniendo sus recursos al servicio de una reducción de plantilla socialmente aceptable. Mediante el ERE se asegura el compromiso del Estado ante las crisis empresariales, ya que deberá estar presente durante todo el proceso; de este modo, una regulación de empleo nunca será un asunto privado del todo, sobre todo porque su relevancia pública así lo exige. En España el debate se ha centrado exclusivamente en la necesidad de obtener autorización administrativa, haciendo olvidar otro tipo de consideraciones. Lo relevante es que los poderes públicos somos actores naturales y necesarios de los ERES.

En cuarto lugar, el despido colectivo es un procedimiento administrativo, un proceso legalmente predeterminado y formalizado a través del cual el

empleador debe poner en práctica su decisión de reducir plantilla. Es la necesidad de respetar este procedimiento lo que permite a los representantes de los trabajadores y a las Administraciones desarrollar sus funciones, y tener la oportunidad de negociar y acordar alternativas. Esta procedimentalización es un elemento esencial del modelo europeo de despido colectivo, que no se centra en tasar las causas o limitar la decisión empresarial.

Y esto por lo que refiere a los grandes rasgos del modelo europeo de despido colectivo, sobre el que se asienta, como no podía ser de otro modo, la actual regulación española, con alguna seña de identidad propia como es el papel más incisivo de la autoridad laboral, el carácter autonómico de ésta o el control judicial posterior; aspectos todos ellos que se abordan en este monográfico.

He dicho antes que no podemos identificar a los ERES con la crisis, porque son un elemento estructural del sistema, presente en todos los ordenamientos y utilizado en múltiples circunstancias. Pero estamos atravesando una crisis. Éste es el contexto en el que nos movemos, en el que se incrementa el número de expedientes y de trabajadores afectados, en el que los ERES adquieren una visibilidad sin precedentes. Y esta crisis va sin duda a afectar el funcionamiento de esta técnica de reducción de plantillas, no sólo en términos cuantitativos. Habrá más, ya los está habiendo; y afectarán, como ya están afectando, a más trabajadores. Pero también cambian las causas, más centradas en los problemas de liquidez de las empresas que en otras de las múltiples posibles. Y cambia la posibilidad de adoptar medidas alternativas a los despidos, ante las dificultades económicas de la empresa y las menores oportunidades de empleo en los sectores tradicionales. Son diferentes las circunstancias de las empresas: podemos encontrar empleadores con dificultades puntuales para hacer frente a sus obligaciones como consecuencia de la falta de liquidez del sistema, que necesitan una liberación temporal de sus contratos de trabajo; también tenemos empresas cuya producción encuentra dificultades para salir, que requieren de interrumpir ésta durante un período de tiempo. En otros casos hay empresas cuyo sector se encuentra en una crisis generalizada, que requiere de medidas de carácter permanente

Cambia también, finalmente, el papel de las Administraciones públicas. Ante la constatación de las dificultades económicas generalizadas, y de la incapacidad de ciertos sectores de la economía de absorber mano de obra como antes, los poderes públicos tienen que colaborar en la transición de los trabajadores hacia nuevas actividades y profesiones, mediante formación y orientación. De la misma manera, tienen que permitir y apoyar la suspensión temporal de los contratos de trabajo, como alternativa menos costosa que permite a las empresas superar dificultades puntuales o temporales. También hay que diseñar medidas globales, que afecten al conjunto del sistema económico facilitando liquidez al sistema financiero y promoviendo la actividad de las empresas; así lo hemos hecho en España y en Andalucía, y estamos convencidos de que estas medidas serán eficaces para luchar contra la crisis, la prioridad de todos.

El hecho de encontrarnos atravesando una crisis económica generalizada tiene consecuencias en la dinámica de los ERES que también son jurídicas. Nos estamos enfrentando a una multitud de expedientes incurso en medio de procesos concursales, aplicando la Ley Concursal. Ahora es cuando estamos viendo verdaderamente los resultados de la aplicación práctica de esta ley del año 2003, y cuando estamos constatando muchos de los problemas que los laboristas denunciábamos en su momento. El ERE pierde gran parte de su sentido y de su virtualidad en el seno de un procedimiento concursal, convirtiéndose en un elemento accesorio cuyas finalidades sociales se pierden y diluyen en un proceso complejo en el que son otros los objetivos a lograr. El protagonismo del juez del concurso, con otra formación y cultura, cambia también el sentido de la institución. Es por eso que muchos están pidiendo un replanteamiento de la regulación actual, para “sacar” a la extinción colectiva de los contratos de trabajo de la masa de las decisiones que se toman en los procedimientos concursales, para mantener su naturaleza y filosofía propia sin que el contexto en que se producen lo alteren y anulen.

En general, en tiempos de crisis tenemos que buscar una aplicación más reflexionada del instrumento del ERE. Sin dudar de su eficacia, y de su oportunidad en ciertos casos, se impone utilizarlo de tal modo que reduzca sus consecuencias sociales, enriqueciendo el plan social, siendo innovador en las medidas alternativas al despido, buscando la supervivencia de la empresa para que así sobrevivan también los empleos. Tenemos que buscar ERES socialmente responsables, que tengan en cuenta sus efectos sobre una pluralidad de interesados. Con un mayor protagonismo sindical, y una mayor comprensión hacia las circunstancias y las necesidades de las empresas.

Para ello debemos colocar en un primer plano los planes sociales, una realidad bien conocida en otros ordenamientos, de los que la copiamos en el nuestro, que en España aún no ha empezado a desplegar todos sus potenciales efectos. Muchos de los ERES se acuerdan sin plan social, o con uno puramente pro forma, haciendo válida una vez más la afirmación de que en España muchas obligaciones se cumplen sólo sobre el papel. Durante su negociación se presta atención a otros aspectos, como el número de afectados y el volumen de la indemnización. Tenemos que romper esta dinámica y hacer del plan social el instrumento fundamental para reducir el impacto social de los ERES.

El plan social es una manifestación de la responsabilidad social de la empresa, por más que pueda ser obligatorio en algunos casos. Es dónde van a expresar su compromiso con los afectados por la medida, diseñando las que resulten menos costosas, y poniendo en práctica para facilitar que se recuperen del daño que supone la pérdida de empleo. En la adopción de estas medidas es dónde deben centrarse los procesos negociadores: qué hacer para despedir menos; qué hacer para que los despidos resulten menos graves para la colectividad; cómo hacer para que los trabajadores que pierden su empleo puedan recuperar la ocupación cuanto antes.

No deberíamos descartar, en este sentido, una reforma legal que facilite a los ERES adaptarse a este nuevo modelo, remarcando la centralidad del plan social y de las medidas adoptadas en su desarrollo respecto de otras consideraciones. Hoy se entiende todavía el ERE en términos liberatorios, como una medida que permite extinguir contratos de trabajo y olvidarse de los trabajadores; ni lo uno ni lo otro resultan sostenibles en estos momentos.

La extinción debe ser la última ratio, una alternativa que plantear sólo una vez que se hayan descartado las otras. Fíjense que hablamos indistintamente de EREs y de despidos colectivos, como si fueran una misma cosa. Tan acostumbrados como estamos a que los expedientes terminen en extinciones contractuales. En esta crisis, que es muy grave, y aunque pueda sonar paradójico, tenemos que pensarnos mucho más los despidos en el contexto de los ERES, acudiendo a la suspensión del contrato como medida mucho menos grave para los trabajadores, y que en muchos casos va a permitir a las empresas llegar a unas mismas soluciones. Probablemente la próxima reforma laboral no sea la del despido que muchos piden, sino de la suspensión contractual como mecanismo de respuesta ante las dificultades de la empresa. La suspensión, volviendo a los esquemas que antes señalé, es una buena solución en términos de flexibilidad a nivel micro, para los trabajadores afectados, y macro, para el equilibrio del mercado de trabajo en su conjunto. Las suspensiones permiten mantener los puestos de trabajo, que se reactivarán cuando las dificultades pasen; y pueden ser una buena oportunidad para el reciclaje y el perfeccionamiento profesional. Mantienen el compromiso entre la empresa y sus empleados, y con un buen apoyo público pueden convertirse en una experiencia no demasiado traumática para sus afectados.

Y, desde luego, la empresa no puede olvidarse de los trabajadores que ha despedido por causas, puede que razonables y justificadas, pero en modo alguno imputables a éstos. El compromiso de una empresa socialmente responsable con sus trabajadores no termina cuando se ve obligada a despedir a éstos, sino que debe ir más allá. Debe ir más allá porque la empresa tiene que preocuparse por su futuro profesional, por apoyarlos en sus transiciones profesionales de diversas maneras, colaborando con los servicios de empleo y la Administración laboral. La recolocación debe ser, de alguna manera, un contenido más del contrato de trabajo cuando se trata de despidos atinentes a la actividad de la empresa.

Pero es que, además, el compromiso debe ir más allá porque el objetivo del ERE es facilitar la supervivencia de la empresa, superar sus dificultades económicas y mejorar su posición en el mercado; esto es especialmente cierto en un momento de crisis como el actual. Pues bien, si el ERE funciona, si las medidas cumplen su cometido, la empresa seguirá siendo competitiva; en algún momento deberá plantearse qué hacer con estos trabajadores, cuyos empleos se sacrificaron para permitir esta solución.

No podemos olvidar que afrontamos dificultades que no son estructurales de las empresas, sino consecuencia de una coyuntura general desastrosa. Es

seguro que pasarán, por más que se discuta cuándo. La mayoría de las empresas la superarán, seguirán existiendo cuando la crisis no sea más que un mal recuerdo. Es entonces cuándo deberán poner de manifiesto su compromiso con los trabajadores, devolviendo a la sociedad unos empleos y unas oportunidades profesionales de las que todos tuvimos que prescindir para apoyarles en los momentos difíciles. La recolocación, que siempre se plantea como uno de los objetivos de los ERES, puede ser también en la empresa original, una vez las cosas vuelvan a su cauce. Ésta es la mejor manera, de hecho, para evitar un desperdicio de capital humano, de competencias y capacidades; así puede la empresa reconstruir su plantilla cuando vuelva a poder crecer y ampliar sus mercados.

Atendiendo a todo lo expuesto, sólo cabe esperar que las palabras y reflexiones que a continuación se recogen en estas páginas, nos permitan extraer conclusiones sobre esta peculiar figura, su regulación y sus efectos, en pro de la superación de los obstáculos y disfunciones que nuestra economía y nuestra sociedad está atravesando. De todo esto se tratará en los varios artículos que conforman este magnífico, y desde luego oportuno, número monográfico de *Temas Laborales*. Una vez más, un buen número de una buena revista.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO: ELEMENTOS DE DEBATE Y PROPUESTAS DE REFORMA*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Director de la Revista
Cátedrático del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: ERES, propuestas de reforma

La crisis económica que vivimos desde finales de 2007 ha tenido una notable repercusión negativa sobre el empleo a partir de mediados de 2008, lo que ha provocado un notable incremento de los despidos colectivos y, con ellos de los expedientes de regulación de empleo. Tal actualidad de una institución clásica entre nosotros ha dado lugar a la apertura de un importante debate acerca de la adecuación del régimen legal de los mecanismos dirigidos a reducir empleo en las empresas ante situaciones de crisis, en particular de aquellos que se articulan a través de los mencionados expedientes de regulación de empleo.

El presente estudio, de presentación general del número monográfico de la revista, pretende de forma resumida y esquemática dejar constancia de los aspectos más discutidos en la actualidad de la regulación relativa a los despidos colectivos, formulando algunas consideraciones orientativas de por donde podría dirigirse una hipotética reforma legal en la materia: exploración de las vías alternativas al despido, reforzamiento de los planes sociales, potenciación de los mecanismos privados de resolución de conflictos con adaptación de la funcionalidad de la intervención administrativa y del protagonismo de los representantes sindicales y empresariales, revisión judicial de los expedientes de regulación de empleo y cierto tipo de desviaciones que se advierten en las fórmulas alternativas a los expedientes como son la vía individual y las situaciones concursales de las empresas.

ABSTRACT

Key Words: Redundancy procedure, reform proposal

Since 2007 the world's economic crisis has outstandingly negative-effect on employment rates and redundancy procedure increased (expediente de regulación de empleo) more than ever by mid-2008. This situation, leads us to revise those mechanisms of redundancy procedure regulation in Spain which are object of national debate in the context of company crisis; particularly, we focus our attention in redundancy procedure. The present study, a general presentation of the magazine's monographs, aims to summarise those key aspects related to collective dismissal in the Spanish regulation. The idea is to take into account a hypothetical legal reform based on the following premises: seek alternative dismissal mechanisms, foster social plans reinforcement, encourage conflict-resolution mechanisms, consider as well administrative intervention and encourage workers and employers representatives' major role. Also, we revise redundancy procedure from a judicial perspective and those alternative and different formulas to collective dismissal such as individual dismissal or delayed payment of wages.

ÍNDICE

1. EL PESO DE LA TRADICIÓN EN LOS EXPEDIENTES EN NUESTRO MODELO LEGAL
2. LAS VÍAS ALTERNATIVAS A LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL
 - 2.1. Reducción de jornada
 - 2.2. Suspensión de la relación laboral
3. LOS PLANES SOCIALES Y EL OBJETO DEL PERÍODO DE CONSULTA
4. EL FOMENTO DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE PRIVADOS
5. LAS DERIVAS DE LOS EXPEDIENTES:
 - 5.1. Despidos individuales
 - 5.2. Situaciones concursales
6. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS EXPEDIENTES

1. EL PESO DE LA TRADICIÓN EN LOS EXPEDIENTES EN NUESTRO MODELO LEGAL

El sistema actual de los expedientes de regulación de empleo, con las obvias correcciones que se han producido con el paso del tiempo, se remonta a la época de la Segunda República Española. Es nada menos a la altura de 1935 cuando se introduce en nuestro régimen de despido una fórmula de despido colectivo derivada de crisis empresariales¹. Llamativamente, a pesar del largo tiempo transcurrido y de la sucesión de modelos bien dispares de relaciones laborales y de regímenes políticos, lo cierto es que el esqueleto de ese modelo ha pervivido de manera ininterrumpida a lo largo de todo este tiempo. A pesar de los imperativos derivados de nuestra adaptación a los requerimientos comunitarios, así como de las imprescindibles reformas derivadas de la adecuación a un modelo democrático de relaciones laborales y como no podía ser de otro modo a los cambios verificados en el sistema productivo, no deja de ser sorprendente cómo a lo largo del tiempo se han mantenido muchas de las señas de identidad de la regulación originaria, incluso resultando algo más que curioso el rasgo de modernidad que se observan en los contenidos previstos en

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación nacional SEJ 2007-65814 sobre “eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo”, así como del complementario proyecto de excelencia de la Junta de Andalucía nº 2008/33 sobre “eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo: experiencias comparadas”.

¹ Art. 12 de la Ley de 25 de junio de 1935, de la previsión contra el paro (Gaceta de 26 de junio de 1935, pgs. 2442 ss), desarrollado por medio del Decreto de 29 de noviembre de 1935, para prevenir y remediar en lo posible el paro forzoso involuntario (Gaceta de 3 de diciembre de 1935, pg. 1392).

la normativa de arranque del actual modelo². Por ello, aunque sea de forma muy resumida, merece la pena recordar cuáles eran las reglas básicas de aquél modelo inicial de la Segunda República a través del Decreto de 1935.

Ante todo, se contemplaba la necesidad de investigar en qué medida resultaban evitables los despidos, por la vía de analizar si alternativamente era posible el establecimiento de turnos de trabajo o reducciones de días semanales de labor; dicho conforme a las expresiones actuales, se proponía con carácter previo intentar acometer medidas menos traumáticas de modificaciones de condiciones de trabajo antes de abordar las más negativas de la reducción de empleo por la vía del despido.

De otra parte, a tal efecto se encomendaba un importante protagonismo a los Jurados mixtos de la época, que constituían una forma institucionalizada de intervención de los representantes sindicales y empresariales. Así, a los Jurados mixtos asumían la competencia de comprobar en qué medida eran viables esas fórmulas alternativas, con el resultado material de que si llegaban a la conclusión de que resultaban imposibles esas medidas de establecimiento de turnos o de reducción de jornada, la empresa podía proceder al despido proyectado. En definitiva, si había acuerdo entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios de que no cabían fórmulas alternativas, quedaba abierta la vía a los despidos colectivos y autorizado el empresario para llevarlos a cabo.

En tercer lugar, si el precedente acuerdo no se produjese y, por el contrario se estimase que eran viables las fórmulas alternativas, al empresario le quedaba abierta la posibilidad de impugnarlo ante el Ministerio de Trabajo. A resultas de ello, correspondía a la Administración laboral adoptar la autorización definitiva, consistente en otorgarle a la empresa la facultad de libre opción entre los despidos colectivos y las medidas de reducción de jornada. En suma, algo que no se distancia mucho de un procedimiento administrativo, como el actual en el que la última palabra la tiene la autoridad laboral concediendo o denegando la autorización administrativa para acometer los despidos colectivos.

Durante el franquismo, cuando menos a lo largo de su primer período, se suprimió toda intervención de las representaciones colectivas de los trabajadores, con lo cual se reforzó notablemente la intervención del Ministerio

² Con carácter general sobre el modelo actual, M. T. ALAMEDA CASTILLO, Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial, CES, Madrid 2001. J. CRUZ VILLALÓN, La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos, TL nº 44 (1997). J. J. Fernández Domínguez, La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo, Civitas, Madrid 1993. J. L. MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: El despido colectivo en el Derecho español, Aranzadi, Pamplona 1997. VV. AA. (J. CRUZ VILLALÓN coord.), Los despidos colectivos por causas económicas y empresariales, ed. Tecnos, Madrid 1996. AA. VV. (F. GUARDIOLA MADERA coord.), Expedientes de regulación de empleo, ed. Francis Lefebvre, Madrid 2008.

Trabajo³. No será sino en las postrimerías del franquismo cuando se recupere en cierta medida la intervención de los representantes de los trabajadores, primero por la vía de introducir el informe previo a la resolución administrativa por parte del Jurado de Empresa o los enlaces sindicales⁴. No será sino hasta el período de plena transición política cuando comenzará a producirse un leve repliegue de la intervención administrativa, por la vía de otorgar plena validez al pacto entre el empresario y trabajadores afectados por los despidos, de modo que esto lo ponían en conocimiento de la autoridad laboral, quien podía sin más trámite autorizar el expediente de regulación de empleo o bien determinar que siga el procedimiento reglamentariamente establecido⁵. En este juego de reparto de protagonismo entre la Administración laboral y las partes afectadas, el ciclo hasta el momento presente se cierra en lo sustancial con la aprobación del Estatuto de los Trabajadores en 1980, cuando se reduce la discrecionalidad de la autoridad laboral en la hipótesis de acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación colectiva de los trabajadores en dicha empresa, por cuanto que casi de forma reglada ha de proceder a dictar la resolución administrativa de autorización del expediente de regulación de empleo, sólo cabiéndole a partir de entonces remitir el asunto a la autoridad judicial si estima como situación excepcional que en el acuerdo entre las partes concurre dolo, coacción o abuso de derecho, pero sin que en ningún caso pueda acordar la continuación del procedimiento administrativo que le conduce a una resolución administrativa autónoma en su decisión por parte de la autoridad laboral⁶. Queda al margen de ello, la referencia a las modificaciones sucesivas que se han producido en tiempos más recientes, particularmente las determinadas por la incorporación de los umbrales cuantitativos de separación entre los despidos colectivos y los correspondientes a los despidos objetivos por amortización de

³ Conforme a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 la cesación de industria, comercio, profesión o servicio como causa de extinción contractual fundada en crisis laboral o económica requería siempre que “dicha cesación haya sido debidamente autorizada, conforme a las disposiciones legales en vigor (art. 76, 7ª Decreto de 26 de enero de 1944, BOE 24 de febrero), norma desarrollada por medio del Decreto de 26 de enero de 1944 sobre crisis de trabajo, posteriormente sustituido por el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo (BOE 15 de noviembre) y Orden de 18 de diciembre de 1972, por la que se regula el procedimiento de los expedientes de extinción, suspensión o modificación de la relación jurídico-laboral (BOE 2 de noviembre de 1973).

⁴ Art. 18 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE de 21 de abril).

⁵ Art. 45.3 Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo (BOE 9 de marzo).

⁶ Art. 51 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE 14 de marzo).

puestos de trabajo, que a estos efectos tiene una relieve de diverso tenor, a pesar de su indudable trascendencia⁷.

Con este rápido excursus histórico, de recordatorio superficial de los antecedentes legislativos de la normativa al efecto, así como de sus sucesivas reformas, lo que hemos pretendido ha sido tan sólo dejar constancia de cómo, a pesar de los importantes cambios verificados, lo que constituye el esqueleto esencial de la institución se remonta bien atrás en el tiempo. Cuando menos existe un hilo conductor común a todas las regulaciones que han precedido a la actualmente vigente; me refiero al dato fácilmente deducible de lo anteriormente descrito de la constante, permanente e ininterrumpida presencia de la intervención de la Administración laboral en los expedientes de regulación de empleo desde 1935, con una intensa capacidad resolutoria, que tiñe fuertemente el devenir de la institución a lo largo del tiempo. Más aún, probablemente a tenor del enraizamiento de tales antecedentes en la cultura asentada en nuestro sistema de relaciones laborales en la materia, los protagonistas llamados a actuar en todo el proceso tenga muy asumido e interiorizado que la función a desempeñar hoy en día por parte de la Administración laboral es mucho más intensa de la que formalmente le atribuye la legislación vigente y, como efecto derivado de ello, pasa a segundo plano el papel que se considera tienen encomendado los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa. Se encuentre o no justificada esa realidad social, la misma también puede explicar en parte las resistencias a llevar a cabo una modificación de este régimen y, sobre todo, la tendencia a que los distintos protagonistas desempeñen funciones de influencia muy similares con el paso del tiempo.

2. LAS VÍAS ALTERNATIVAS A LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL

No cabe la menor duda de que en momentos como los actuales de fuerte destrucción de empleo en las empresas, de forma generalizada en todo el territorio y en la práctica totalidad de los sectores productivos, derivado de factores externos a las empresas de retracción de la demanda, es difícil concebir que las fórmulas más livianas de reestructuración empresarial puedan constituir una respuesta efectiva y alternativa a los despidos colectivos.

A pesar de ello, una cosa es la situación generalizada de dificultad y otra bien diversa que se olvide por completo y para toda situación la posibilidad de instrumentar medidas menos drásticas que las consistentes en la pérdida defi-

⁷ Art. 51 reformado a tenor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 23 de mayo).

nitiva del empleo por parte de la totalidad o de parte sustancial de la plantilla de la empresa. En algunos casos, aunque sean los menos cuantitativamente, no habría que descartar que para organizaciones empresariales que no se encuentren en una situación de crisis muy acentuada podrían ser viables fórmulas menos intensas en cuanto a su alcance, aunque también comporten reducciones de empleo en el sentido amplio del término. Por lo demás, cualquier regulación sobre la materia debe evitar ser respuesta a una situación más o menos coyuntural en el tiempo, sino que debe tener una proyección para el medio y largo plazo, que pueda dar respuesta a escenarios de diverso alcance y naturaleza. Habría que valorar, incluso, hasta qué punto a veces el acometer cierto tipo de medidas de reestructuración empresarial no son diseñadas y abordadas por parte de los gestores empresariales o bien son rechazadas por parte de las representaciones sindicales hasta que la crisis empresarial no alcanza unos niveles de gravedad tal que ya tan sólo cabe actuaciones quirúrgicas más invasivas que únicamente admite el certificado de defunción definitivo de la empresa o bien una reducción drástica de su personal por la vía de los despidos colectivos.

2.1. Reducción de jornada

Paradójicamente, tratándose la reducción de jornada de una solución concebida desde el Decreto originario de 1935, hoy en día constituye la fórmula menos contemplada en la legislación vigente y, lo que es más importante, la que más obstáculos prácticos presenta en la realidad cotidiana. Así, para empezar, aun cuando viene siendo pacífica la aceptación de la posibilidad de acometer medidas de reducción de jornada dentro de la empresa a través de vías diferenciadas, lo cierto es que tal fórmula no presenta una clara visibilidad en nuestro ordenamiento vigente, de modo que puede pasar inadvertida como una de las soluciones ofrecidas por nuestra legislación a las partes, sin tampoco dejar de destacar que su régimen legal no favorece suficientemente la posibilidad de utilizar la reducción de jornada como fórmula de respuesta a los excedentes de empleo parciales en las empresas. Cuando menos tres vías existirían en sede teórica para abordar reducciones de jornada en las relaciones laborales: la suspensión de la relación laboral por causas económicas y empresariales (art. 47 ET), las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo en la medida en que constituyan alteraciones de la jornada de trabajo (art. 41 ET), así como el acuerdo individual entre las partes sobre todo cuando el mismo comporta cambio de modalidad contractual del trabajo a tiempo completo al trabajo a tiempo parcial (art. 12.4.e ET)⁸. Sin embargo, dejando de lado el

⁸ Con más detalle, J. CRUZ VILLALÓN, *Modificación del tiempo de trabajo*, Revista de Derecho Social n° 38 (2007), pgs. 29 ss.

último de los preceptos, en ninguna de las otras fórmulas aparece expresamente referida la reducción de jornada, lo que evidentemente provoca que algunos nieguen esta posibilidad legal. Aunque el criterio interpretativo limitativo o prohibitivo no sea compartido por nosotros, por tratarse de una lectura formalista y no finalista de los preceptos, lo cierto es que abre paso a constatadas dosis de inseguridad que convendría resolver.

Respecto de la utilización del expediente de regulación de empleo temporal, en concreto, el mecanismo de la suspensión por causas empresariales como fórmula para la reducción de la jornada de trabajo, de forma unánime la jurisprudencia lo viene admitiendo como posible, a pesar de que se trata de figuras institucionales bien diversas y que literalmente ni el precepto legal ni el correspondiente reglamentario lo prevé así. Es cierto que una reducción de jornada, a la postre, es una forma de reducción parcial de empleo, si bien lo sea con mantenimiento de la vida del contrato, incluso si se quiere de suspensión parcial del contrato de trabajo, en la medida en que de forma proporcionada se interrumpe en cierto modo las prestaciones básicas mutuas de prestar servicios y de retribuir el trabajo. Sin embargo, ni la Ley (art. 47 ET) ni su reglamento de desarrollo⁹ lo contemplan expresamente, de modo que la fórmula funciona exclusivamente a resultas de una práctica administrativa y la sucesiva interpretación jurisprudencial. Por ello, resultaría mucho más clarificador si la norma expresamente contemplara esta hipótesis, por cuanto que con ello se podría definir más ampliamente el supuesto de hecho, así como perfilar su régimen legal propio, incluidas reglas que lo fomenten como alternativa a la suspensión y sobre todo a la extinción contractual. No puede dejar de tenerse presente que la institución de la suspensión de la relación, por definición, comporta un paréntesis temporal en el desarrollo del contrato, mientras que la reducción de jornada no tiene que ser necesariamente temporal. Por tal motivo, cuando se trata de una reducción de jornada permanente la figura se encuentra a caballo entre la suspensión y la extinción, por lo que convendría prever un régimen diferenciado tanto respecto de la una como en relación con la otra; y, sin dejar de tener presente que la reducción de jornada permanente puede venir determinada por una causa económica o empresarial propia de los expedientes de regulación de empleo.

Por ello, en ocasiones se pretende derivar la reducción de jornada de carácter permanente fuera de la institución de la suspensión para ubicarla dentro del ámbito de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. A la vista de que la reducción de jornada constituye una modificación

⁹ RD 43/1996, de 19 de enero (BOE de 20 de febrero), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

de la propia jornada se incluiría con facilidad dentro del listado expreso del precepto regulador de esta otra figura (art. 41.1.a ET).

No obstante, tal derivación presenta dos problemas nada desdeñables, uno interno y otro externo al propio precepto de referencia.

La primera dificultad interna afecta a la hipótesis de que la pretendida reducción de jornada comportara incidir sobre lo pactado en el convenio colectivo que resultase objeto de aplicación; en tal caso, el mandato constitucional de eficacia vinculante del convenio colectivo obliga al acuerdo entre los representantes de los trabajadores y empresarios. El propio art. 41 ET, como excepción a la genérica prohibición de afectación de un convenio durante su vigencia, admite que ante causas empresariales que lo justifiquen podrán producirse la modificación de condiciones de trabajo vía acuerdo específico entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores; sin embargo, no casualmente esta excepción viene prevista para cambios objetivos tasados, de modo que se excluyen *a sensu contrario* aquellos que afectan a la jornada de trabajo, aunque si lo admite para el horario, por lo que ello no permite utilizar el procedimiento de las modificaciones sustanciales para la reducción de jornada cuando afecta a lo pactado en convenio colectivo: “La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párrafos b), c), d) y e) del apartado anterior” (art. 41.2 p.3 in fine ET). Probablemente ello encuentre su justificación en la laxitud actual de las causas justificativas de las modificaciones sustanciales, en tanto que la reducción de jornada comporta de facto una pérdida parcial de empleo que debe encontrarse fundada en causas más graves vinculadas a una situación negativa en la evolución de la empresa; pero, si ello se proyecta como una sugerencia de *lege ferenda*, sería también fácilmente asumible contemplar esta hipótesis en términos de ser más exigentes en la delimitación de la causa justificativa, en clave asimilada a las suspensiones o a las extinciones.

Pero, es más, desde otra perspectiva la reducción de jornada vía modificaciones sustanciales se enfrentaría a otro impedimento, ahora externo, derivado de la prohibición de conversión del trabajo a tiempo completo en a tiempo parcial a través de este procedimiento: “La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41” (art. 12.4.e ET). La presente regla limitativa en cierto modo es una forma de llevar a la práctica el principio general de “voluntariedad” que preside la regulación

comunitaria relativa al trabajo a tiempo parcial¹⁰. No obstante, a nuestro juicio la referida Directiva no está imponiendo necesariamente este resultado de prohibición absoluta y en todo caso de la reducción de jornada sin el consentimiento individual del trabajador, al menos con el alcance tan generalizado recogido actualmente en nuestra legislación vigente. De un lado, la regla de la voluntariedad está concebida en el ámbito comunitario sobre todo en clave individual, a los efectos de impedir que el empleador pueda imponer unilateralmente a un trabajador singularmente pasar del régimen del trabajo a tiempo completo al de tiempo parcial o viceversa, prohibiendo que su rechazo pueda constituir causa justificada de despido¹¹; por nuestra parte nos estamos refiriendo a reducciones de jornada que se verifican con alcance colectivo, que se insertan dentro de una situación de crisis económica determinante de un excedente de empleo y que, cuando menos se someterían a un régimen de consulta previa con los representantes de los trabajadores. Por otra parte, no tiene sentido avalar una fórmula cuyo resultado sería forzar a adoptar una medida más drástica como sería el despido colectivo por causas empresariales, cuando aquí lo que se propugna es articular alguna fórmula alternativa a la reducción total y definitiva de empleo; la propia normativa comunitaria da por supuesto la viabilidad del despido colectivo a través de la Directiva citada, de modo que sería un contrasentido admitir que quien puede lo más no puede lo menos, en especial cuando la propia Directiva sobre trabajo a tiempo parcial también pretende entre sus objetivos “contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores (cláusula 1 b). A la postre, el resultado final de la interpretación de la normativa vigente conduciría al absurdo de aceptar que a través de las modifi-

¹⁰ Cláusula 1.b del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, reforzado por medio de la Directiva 97/81/CE, de 15 de diciembre (DOUE 20 de enero de 1998). En similares términos se recoge en el Convenio 175 OIT, de 26 de junio de 1994, si bien con la advertencia de que en estos momentos se trata de un Convenio que no ha sido ratificado por España; su cláusula 10, con mayor imprecisión y dejando abierta una amplia posibilidad de adaptación por cada Estado, establece que “En los casos apropiados, deberán adoptarse medidas para que el traslado de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa, sea voluntario, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales”. Sobre el particular, aunque con una conclusión parcialmente diferente a la aquí defendida, L. VICEDO CAÑADA, La posibilidad de reducción de jornada de un contrato a tiempo completo por imposición unilateral del empresario, en *Información Laboral* nº 11 (2008), pgs. 4 ss.

¹¹ “El rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado” (cláusula 5.2 Acuerdo reforzado por la Directiva 97/1981, de 15 de diciembre).

caciones sustanciales de las condiciones de trabajo resultaría lícito llevar a cabo una reducción de jornada de un trabajo a tiempo parcial a otro trabajo a tiempo parcial, pero no un cambio de modalidad contractual de tiempo completo a tiempo parcial, cuando en la primera hipótesis la intensidad de la reducción puede llegar a ser muy superior al supuesto expresamente prohibido. Por todo ello, no sólo sería posible sino también aconsejable proceder a una reforma del art. 12.4.e ET que posibilitara la transformación colectiva de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial a través del procedimiento similar al contemplado en el art. 51 ET, cuando ello viniera justificado por situaciones de evolución negativa de la empresa, es decir, en términos asimilados para los despidos colectivos y más graves que para el resto de las modificaciones sustanciales, de modo que a los afectados se les pudiera ofrecer la reducción de jornada como fórmula alternativa bien a las suspensiones plenas de la relación laboral o bien a los despidos colectivos. Por decirlo con mayor precisión, al objeto de salvar el principio de voluntariedad, que a los afectados se les formulara una típica denuncia modificativa, es decir que se les ofreciera la opción entre el despido indemnizado y la reducción de jornada, entre la suspensión contractual y la reducción temporal de jornada.

Para apuntar los principales obstáculos a los que se enfrenta actualmente la fórmula de la reducción de jornada, resulta también obligado detenerse en las limitaciones establecidas en lo que afecta al derecho a la prestación parcial de desempleo, que en muchas ocasiones se convierte en un impedimento práctico decisivo. Las limitaciones desde la perspectiva de la prestación contributiva de Seguridad Social son muy notables, por cuanto que de manera incomprensible la regulación está construida a partir de una elevada desconfianza del legislador frente a lo que presumen pueden constituir generalizados riesgos de conductas fraudulentas entre las partes.

De un lado, conviene tener presente que la situación legal de desempleo tan sólo se encuentra prevista respecto de las reducciones de jornada cuando la misma tiene carácter temporal, excluyéndose por tanto las reducciones permanentes. Tanto legal como reglamentariamente se contempla el requisito de la temporalidad: “A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo”¹². Esta restricción no resulta comprensible en el contexto de una situa-

¹² Art. 203.3 Ley General de la Seguridad Social, conforme a la redacción dada por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, art. 40; art. 1.4 RD 625/1985, de 2 de abril (BOE 7 de mayo), conforme a la redacción dada por la disp. adic. única del RD 43/1996, de 19 de enero (BOE 20 de febrero).

ción empresarial de dificultad, que permita acometer medidas de reestructuración de esta naturaleza como alternativa a los despidos colectivos, particularmente si las causas concurrentes lo son de la misma intensidad que justificarían una reducción definitiva y total de empleo, al tiempo que se recuerda que la normativa de Seguridad Social requiere que se produzca cuando menos una reducción de jornada de un tercio respecto de la ordinaria del trabajador afectado. La única explicación a ello derivaría de una preocupación por la deriva hacia conductas de connivencia entre las partes, dirigidas exclusivamente a utilizar las prestaciones de desempleo como complementos de rentas pero no como sustitutivos de salarios efectivamente perdidos por los trabajadores; ahora bien, si se articulan los debidos controles y se sanciona debidamente las posibles conductas fraudulentas no habría motivo alguno para avalar una reforma legislativa dirigida a ampliar las situaciones legales de desempleo para los supuestos de reducciones de jornadas indefinidas. En tanto que esto no se lleve a cabo, difícilmente resultará atractivo para las partes las fórmulas de reducción de jornada permanente, con lo cual las empresas se verán abocadas a acudir exclusivamente a los despidos colectivos.

Lo absurdo del resultado se constata cuando se aprecia que situaciones muy próximas a las mismas, en la medida que han dado lugar al mismo resultado, aunque se hayan articulado por vías diferentes, han desembocado en el reconocimiento por parte de nuestros Tribunales del derecho a la prestación por desempleo. Así, por ejemplo, se admite como lícito y se procede al reconocimiento de la prestación cuando un trabajador, que mantiene con una misma empresa dos contratos a tiempo parcial, extingue uno de ellos¹³, de modo que lo que algo que materialmente comporta una reducción de jornada se articula por la vía del despido del trabajador, aunque, valga el calificativo, se trate de un despido parcial. Un tratamiento similar se le da al supuesto en el que se reconoce el derecho parcial a la prestación por desempleo, cuando un trabajador con un contrato a tiempo completo resulta despedido e inmediatamente a continuación se procede a su nueva contratación, pero ahora con un contrato a tiempo parcial¹⁴.

De otro lado, conviene resaltar que, aunque la normativa vigente guarda total silencio al respecto, viene constituyendo criterio jurisprudencial consolidado que para los casos de reducciones de jornada temporal, aunque constituyan un supuesto tipificado de situación legal de desempleo, cuando se siguen trabajando los mismos días pero con jornada reducida, se agota un día completo de prestación aun cuando su cuantía lo sea sólo en proporción al tiempo de

¹³ STS 31 de mayo de 2000, RJ 7167; 21 de marzo de 2005, RJ 3879.

¹⁴ STS 5 de mayo de 2004, RJ 5017.

jornada que se ha reducido¹⁵; es decir, en un caso hipotético de reducción de jornada todos los días de la semana se consumen tantos días de prestación como si el sujeto pasase a la situación de suspenso total de la relación laboral por no prestar servicios en absoluto durante ese período de tiempo. Con ello, a nuestro juicio, se rompe injustificadamente el principio de proporcionalidad que debe regir a estos efectos, entre cuantía–duración de la prestación y tiempo de prestación consumido, particularmente a tener en cuenta en una prestación de Seguridad Social que debe enfocarse desde su perspectiva estrictamente contributiva. Pero, sobre todo, desde el punto de vista que estamos analizando de los expedientes de regulación de empleo, constituye una manifestación más de pleno desincentivo al uso de las fórmulas de reducción de jornada, al menos comparativamente con la fórmula de mayor intensidad propia de la suspensión plena de la relación laboral. Por ello, sería conveniente reconsiderar este régimen, posibilitando de nuevo un criterio de mayor proporcionalidad, una vez más con todas las cautelas necesarias para evitar posibles conductas fraudulentas ciertamente nos descartables. Es cierto que, a tenor de lo que se indicará inmediatamente a continuación respecto de la llamada “puesta a cero del contador”, el efecto se vería parcialmente corregido, pero también hay que advertir que esta medida tiene un carácter meramente coyuntural y con ciertos topes, mientras que nuestra propuesta lo es más allá de fórmulas legales de naturaleza transitoria.

2.2. Suspensión de la relación laboral

Las medidas de suspensión de la relación laboral ante situaciones de crisis empresariales presentan una más larga tradición entre nosotros, con una regulación suficientemente acotada tanto en la perspectiva contractual como en el correlativo de Seguridad Social. Su utilización ha resultado muy reducida en la práctica en los últimos años, a resultas de ciertos cambios verificados en materia de Seguridad Social, si bien en los últimos meses se aprecia un palpable resurgimiento de esta fórmula ante el incremento de las situaciones de dificultad de las empresas y como fórmula que suscita en la práctica una menor conflictividad laboral¹⁶.

¹⁵ Por todas, STS de 23 de diciembre de 1994, RJ 10228; 6 de marzo de 1995, RJ 1749; 28 de marzo de 1995, RJ 4437, esta última con un importante voto particular que refleja las distintas interpretaciones posibles de la normativa aplicable al efecto; 29 de noviembre de 1995, RJ 8769.

¹⁶ Para la evolución cuantitativa de los expedientes suspensivos, cfr. El trabajo de S. RUESGA, C. NESTARES y J. L. MARTÍN que se publica en este mismo número monográfico de la revista.

Una utilización desviada de la institución de la suspensión de la relación laboral, determinó el establecimiento de la regla de que la situación de suspensión, como contingencia determinantes de la prestación de desempleo, consume a todos los efectos el periodo causado de prestación, de modo que ello afecta a la reducción de la prestación si con posterioridad de forma inmediatamente sucesiva o con algún lapso de tiempo se procede a la extinción del contrato de trabajo porque en realidad se constata que la causa de crisis empresarial tiene carácter definitivo¹⁷. Conforme a la regulación precedente, no se producía esta afectación, de modo que el contador se colocaba a cero. En cierto modo, esa fórmula anterior se recupera en parte ahora, cuando recientemente se contempla como medida de choque ante la crisis de empleo que, tanto en caso de suspensión de empleo como de reducción de jornada, seguida de una posterior extinción por causas económicas o empresariales, los trabajadores afectados tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial con un límite máximo de 120 días¹⁸.

Eso sí, la medida se presenta con un carácter extraordinario, de modo que sólo se admite para las suspensiones que se produzcan a lo largo del presente año 2009. Tal coyunturalidad es la que justifica efectivamente la adopción de esta ampliación parcial del período de duración de la prestación por desempleo, pues una recuperación permanente y generalizada de la antigua regla que retrotraía el contador a cero no resulta nada recomendable, y ello por los siguientes motivos. Ante todo, por cuanto que ello en muchas ocasiones fomentaría abrir una situación de falsa transitoriedad, en el sentido de que situaciones que se advierten como claramente definitivas se someterían a una previa ficticia situación de suspensión de la relación laboral, para posteriormente provocar una imprescindible extinción, pero sin que se atiendan debidamente las expectativas de recolocación de quienes a todos los efectos se encontraría en un situación laboral de pérdida del empleo y de salida definitiva de su empresa. Por añadidura, sería una fórmula que provocaría agravios comparativos difíciles de justificar, desde el instante en que las fórmulas suspensivas hasta el presente están diseñadas para ser utilizadas en la práctica por los trabajadores de las empresas

¹⁷ Cfr. J. CRUZ VILLALÓN, Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas, en AA. VV., El Régimen del despido tras la reforma laboral, ed. Ibidem, Madrid 1995, pgs. 305 ss. R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, El Decreto-Ley 1/1992: la conmutación de una norma, Relaciones Laborales 1992 (II), pg. 1146. J. MERCADER UGUINA y L. LÓPEZ CUMBRE, Duración de la prestación por desempleo en la nueva Ley General de Seguridad Social: antiguas inercias y modernas respuestas, Tribuna Social nº 50 (1995), pgs. 31 ss.

¹⁸ Art. 3 RDL 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas (BOE 7 de marzo).

medianas y grandes, con lo cual a igualdad de contribución a la Seguridad Social quienes prestan servicios en pequeñas empresas en situación de crisis están abocados a una cobertura menor de desempleo que los de medianas y grandes empresas.

Más allá de estas reglas de impacto de la Seguridad Social sobre las fórmulas de regulación de empleo, se advierte otro régimen diferenciado de la suspensión respecto de la extinción por causas empresariales que hoy en día puede retraer el uso de la medida menos traumática de la suspensión. Ahora nos referimos al protagonismo más limitado que se presenta para las representaciones colectivas de los trabajadores en la empresa y la propia dirección de la misma en el curso del período de consulta. En efecto, mientras que como anticipamos cuando se alcanza acuerdo entre las partes, la sucesiva intervención por parte de la Administración laboral autorizando la medida es prácticamente reglada de mera constatación del acuerdo entre las partes, en el caso de la suspensión se exige que en todo caso la autoridad laboral proceda a analizar la situación concurrente y en qué medida la misma justifica con suficiencia la medida suspensiva¹⁹. Al margen de lo que se comentará más adelante respecto del papel que le debe corresponder a la Administración laboral en el desarrollo de los expedientes de regulación de empleo, lo que conviene indicar aquí es que carece de fundamento establecer una diferencia de protagonismo del período de consulta y del acuerdo entre los interesados según que la medida proyectada sea una suspensión o se trate de una extinción contractual; el contexto en el que se desenvuelven es idéntico, de dificultad de la empresa ante escenarios de crisis por causas económicas, por lo que el régimen jurídico del acuerdo entre las partes debe tener idéntico alcance y efectos jurídicos. Una vez más, pudiera intuirse que la motivación que se esconde tras de ello pudiera ser la desconfianza del legislador frente a posibles actuaciones desviadas en la percepción de la prestación por desempleo acudiendo a estas fórmulas de regulación de empleo. A pesar de ello, incluso en esa hipótesis, tampoco se justifica debidamente: de un lado, por cuanto que de ser así las medidas de control y cautelas deben ser idénticas para suspensiones y para despidos, particularmente a partir del momento en que se suprimió la regla ya citada de puesta del contador a cero en la percepción de la prestación por desempleo; de otro lado, por cuanto que encontrándose hoy en día trasferida en lo sustancial a las Comunidades Autónomas la competencia de intervención en los expedientes de regulación de empleo, siendo éstas las responsables de la ejecución de la legislación laboral

¹⁹ J. CRUZ VILLALÓN, Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas y productivas, en AA. VV. (J. APARICIO TOVAR y A. BAYLOS GRAU coords.), El régimen del despido tras la reforma laboral, Madrid 1995.

y no aquello que afecta a la gestión de la prestación por desempleo que permanece en sede de responsabilidad de las entidades estatales de Seguridad Social, la función de protagonismo de la autoridad laboral debe circunscribirse a lo estrictamente contractual y de impacto sobre el mercado de trabajo, quedando fuera de su control lo que pueda repercutir negativamente sobre un uso desviado de las prestaciones por desempleo.

3. LOS PLANES SOCIALES Y EL OBJETO DEL PERÍODO DE CONSULTA

Los Planes Sociales aluden a la obligación prevista legalmente para las empresas de más de 50 trabajadores de elaborar una programación de las medidas que deben acompañar a los expedientes de regulación de empleo, con vistas tanto a los efectos que ello produce sobre los trabajadores que conservan su empleo como para aquellos otros que lo pierden a resultas del expediente. En concreto, este plan debe contener “las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial” (art. 51.4 ET). Con mayor precisión se indica en la norma reglamentaria que en las empresas de cincuenta o más trabajadores, la dirección de la misma en el momento de presentar el proyecto de reestructuración empresarial deberá aportar la documentación correspondiente al “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”²⁰.

A pesar de que se trata de un requerimiento que se introduce en nuestro ordenamiento jurídico desde la reforma laboral de 1994, por tanto con un tiempo de presencia ya dilatado entre nosotros, sin embargo la impresión generalizada es que la fórmula no ha tenido mayor impacto en el desarrollo del proceso de consulta entre las partes y, por ende, ha desembocado salvo

²⁰ Art. 6.1.c Real Decreto 43/1966, 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, (BOE de 20 de febrero).

honrosas excepciones en una notable pobreza de los contenidos de estos planes sociales²¹. Entre nosotros, nunca ha tenido tradición la elaboración de este tipo de planes de acompañamiento a los expedientes de regulación de empleo, de modo que la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico deriva más bien de una imposición externa; en concreto, es mero resultado inmediato de la necesaria transposición a la legislación laboral nacional de los cambios introducidos en la Directiva Comunitaria sobre despidos colectivos, a resultas de la reforma de la misma en 1992 respecto de su versión originaria²². En todo caso, la tradición más asentada y profunda de esta materia proviene de la experiencia Alemana y Francesa, donde este tipo de planes sociales ha alcanzado una importancia central en la negociación entre las partes en el curso de medidas de despidos colectivos, así como del tipo de medidas integrales adoptadas por la empresa en el marco de los procesos de reestructuración empresarial. De este modo, la reforma en el ámbito comunitaria no fue sino el resultado de una asunción en este ámbito del alcance positivo de las experiencias alemana y francesa, con una voluntad de generalización por vía de armonización normativa al conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea.

Sin embargo, la impresión generalizada es que, a primera vista, el legislador en España se ha limitado a efectuar una transposición formal de los requerimientos comunitarios, sin gran convencimiento interno, en la medida en que no ha llegado a darse cuenta de que una incorporación a fondo de la idea que subyace tras la elaboración de los planes sociales comporta una nueva comprensión de los expedientes de regulación de empleo, para cuyo cambio de enfoque se hubiera requerido una reconsideración del conjunto de reglas que diseñan el procedimiento de los expedientes de regulación de empleo. Por ello, una mera inserción aislada de la regla comunitaria, sin repensar en qué medida ello influye sobre el resto del armazón legal de los expedientes, no provoca efectos materiales con impacto real en las prácticas cotidianas asentadas con el paso del tiempo. En suma, ello no ha permitido cambiar las actitudes y estrategias de negociación de los interlocutores sociales cuando despliegan su labor en el período de programación de la reestructuración empresarial y sucesivamente cuando acometen las negociaciones correspondientes en el período de

²¹ Sobre el particular, aparte del trabajo de actualización que se contiene en el presente número monográfico de la revista, J. M. SERRANO GARCÍA, *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

²² Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio (DOCE 26 de febrero), posteriormente refundida a través de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio (DOCE 12 de agosto), cuyo artículo 2.2 especifica que “las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, es especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”.

consultas. Tanto el diseño del proyecto empresarial como la actitud de las representaciones de los trabajadores mantienen los esquemas tradicionales, previos a la reforma legislativa de 1994.

A pesar de ello, se va extendiendo entre todos los interesados la idea de que el plan social debe reforzarse y ha de constituir uno de los núcleos centrales de atención en cualquier proceso de reestructuración empresarial²³. En efecto, los planes sociales no deben constituir una mecánica, formalista y forzada importación de buenas prácticas contrastadas en otros países, sino que además pueden aportar un nuevo enfoque más integral y equilibrado a los intereses en juego en el curso de los expedientes de regulación de empleo.

A tal efecto, el primer elemento que llama la atención en el modelo legal actual reside en el hecho de que en muchas ocasiones pasa inadvertido que la normativa vigente presenta de forma aislada las distintas medidas institucionales posibles de actuación frente a una situación más o menos grave de crisis empresarial. Como si se tratase de espacios institucionales estancos, la normativa ofrece un régimen diferenciado, aunque en cierto modo pueda discurrir paralelo, entre otras, para las siguientes figuras: la movilidad funcional (art. 39 ET), la movilidad geográfica (art. 40 ET) las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET), la subrogación empresarial a resultados de cambios en la titularidad de la empresa (art. 44 ET), la suspensión de la relación laboral (art. 47 ET), los despidos por causas económicas y empresariales (arts. 51 y 52 ET). Es cierto que no puede afirmarse que se trate de regulaciones que entren en conflicto entre sí e incluso que en ciertos pasajes de los preceptos citados se prevén remisiones a las otras medidas institucionales de posible adopción. Sin embargo, no deja de presentarse el modelo como si se tratase de procesos de reestructuración diferenciados, que requieren de la puesta en marcha de procedimientos paralelos e independientes. Frente a ello, si se desea que los procesos de reestructuración sean completos, programando una actuación integral frente a las situaciones de crisis empresariales, articulada a través de los mencionados planes sociales, sería conveniente, aparte de una regulación

²³ Por todos, además del estudio posterior en esta misma revista, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Despidos colectivos y autorización administrativa, RL nº 2 (2009). Asimismo, comparecencia del Ministro de Trabajo e Inmigración en el Congreso de los Diputados el 15 de enero de 2009, para informar de la crisis en el empleo y de las medidas tomadas por el Gobierno para estimular la creación de empleo: “La cuarta línea de trabajo de este ministerio es la revisión de la actual legislación sobre los expedientes de regulación de empleo. Los ERE son instrumentos de carácter excepcional que permiten superar de forma temporal una situación que en su defecto comportaría un notable incremento en el número de despidos. Planteamos la necesidad de una reflexión y la adopción de medidas de cambios legales sobre varios elementos básicos de los ERE: Primera vincular los planes sociales y de recolocación como requisito básico de los ERE” (http://www.mtin.es/es/destacados/MINISTRO/comparecencia_ministro_150109.pdf).

más desarrollada de los propios planes sociales, la visualización a través de una conjunción de reglas de la posibilidad de materializar un procedimiento único de programación empresarial e interlocución con los representantes de los trabajadores; procedimiento único a través del cual se diseñen, concierten y acuerden las diferentes medidas de actuación frente a esa situación dada de crisis empresarial, desde los despidos hasta las medidas de reconversión profesional, pasando por posibles modificaciones, suspensiones, subrogaciones, recolocaciones o cualquier otra medida complementaria que se interrelacione al respecto. Sería muy útil a tal efecto que los planes sociales constituyeran el instrumento jurídico a través del cual se visualizara e hiciera posible ese mecanismo conjunto de actuación, en el que se contemplara íntegramente el equilibrio de intereses entre las partes. Con ello sería más creíble cualquier tipo de propuesta dirigida a lograr el objetivo de viabilidad de futuro del proyecto empresarial; del mismo modo que sería más factible lograr contraprestaciones entre las partes que avalen y hagan posible el acuerdo entre las partes sobre el conjunto, por tanto con aceptación de sacrificios mutuos a cambio de expectativas de mantenimiento real de los empleos y de la continuidad de la actividad empresarial.

En todo caso, hemos de ser conscientes de que la precedente propuesta de presentación unificada de las diferentes medidas, aglutinadas en torno a un procedimiento único, no puede provocar por sí sola, cual piedra filosofal, la garantía de reforzamiento de los planes sociales, tal como se viene propugnando. Baste a tal efecto con tener en cuenta que dicho procedimiento único en alguna medida vino a ser ofrecido por la Ley concursal, cuando bajo el principio de unidad de tratamiento aglutinaba procedimental todas las medidas a articular por el administrador del concurso y por el Juez competente en la materia²⁴. El resultado aplicativo de esa fórmula ha mostrado que el comportamiento de las partes — responsables de la empresa y representantes de los trabajadores — no ha distado de reflejar los esquemas tradicionales de intervención de los expedientes de regulación de empleo. Es cierto que las situaciones concursales no son las más favorables para favorecer una implementación de los planes sociales, pero no deja de resultar sorprendente que esa fórmula propuesta de unidad de tratamiento apenas ha sido aprovechada por los protagonistas de los procesos concursales.

A tenor de ello, a nuestro juicio, junto a un diseño unitario del procedimiento, es preciso, en la línea que se viene sugiriendo desde muchos ámbitos,

²⁴ Sobre el particular, además del trabajo de N. ORELLANA CANO publicado en el presente número monográfico de la Revista, J. CRUZ VILLALÓN, Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales, en *Relaciones Laborales* n° 23-24 (2003), pgs. 99 ss.

que se proceda a efectuar una reforma legal orientada a incentivar a las partes con efectividad para que los planes sociales constituyan el centro de atención por excelencia de los procesos de reestructuración empresarial. El contenido de esa reforma puede incorporar medidas de muy variado tipo, desde las reglas de tramitación, hasta el detalle de las obligaciones impuestas a las partes, pasando por las ventajas económicas que como aliciente se le ofrecerían a los interesados en la medida en que se esfuercen por centrar el período de consulta en este objetivo.

Para empezar, sería imprescindible romper la dinámica que ha presidido el período de consulta entre nosotros hasta el momento presente, que, al centrarse en otros contenidos, ha dejado de lado los planes sociales. En efecto, en este contexto no se puede ocultar los efectos negativos que ha provocado que el período de consultas se haya ceñido a discutir, con cierta pobreza, de un lado, el número de trabajadores a despedir, y, de otro lado, la cuantía de las indemnizaciones a percibir por encima de las legalmente contempladas a favor de los despedidos. Es fácil de comprender que si las partes centran su negociación en estos dos elementos cuantitativos, sobre todo arrancan de los mismos, si no hay fórmulas que incentiven los planes sociales, las partes acordados los despidos y las indemnizaciones pertinentes, consideran agotada la negociación y, con ello, cierran el pacto sin abordar los aspectos cualitativos que se deben recoger en el plan social.

Resulta paradójico que lo que en muchas ocasiones constituye el núcleo central de la negociación entre las partes, la cuantía de las indemnizaciones, no venga previsto en ningún momento por parte de la normativa vigente como objeto del período de consultas: “deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial” (art. 51.4 ET). Todo esto tiende a quedar postergado en la práctica en el curso del período de consulta, derivándose la negociación hacia los dos elementos cuantitativos antes mencionados, que no se encuentran vedados como objeto de la consulta pero que desde luego no están concebidos como su finalidad. A estos efectos, la fuerza de la tradición y las prácticas consolidadas a lo largo de los años pesan más que las previsiones o admoniciones voluntaristas de la norma.

Por ello, si se desea romper la dinámica histórica que ha centrado la atención en el acuerdo relativo a la cuantía de las indemnizaciones, han de buscarse mecanismos de suficiente impacto real al efecto. Las soluciones no son fáciles, en la medida en que tampoco caben soluciones drásticas prohibitivas. La experiencia demuestra que la fórmulas puras de “*hard law*” dan malos resultados, de modo que sería poco realista pensar en una regulación que fijara legalmente

la cuantía de las indemnizaciones prohibiendo directamente su incremento por vía del pacto entre las partes; entre otras razones, por cuanto que las situaciones de las empresas son muy diversas y, cuando menos, no son lo mismo escenarios en los que la actividad empresarial se encuentra abocada al cierre definitivo de la empresa respecto de otras donde resulta plenamente factible su reflatamiento de modo que el incremento de las indemnizaciones por despido no hace otra cosa que deteriorar aún más las dificultades económicas de partida de la empresa.

Por ello, el camino a ensayar no puede ser otro que el de los incentivos indirectos. Así, establecer mecanismos de desincentivo o penalización de las negociaciones que centren su atención en la cuantía de las indemnizaciones y, en paralelo, fórmulas de incentivo económico a las medidas en las que el desembolso adicional por parte de las empresas se dirija a financiar el plan social. No es descabellado pensar que en esta materia existen evidentes vasos comunicantes respecto de los desembolsos económicos efectuados por las empresas, de modo que cualquier reducción o eliminación de los incrementos en las indemnizaciones pueden desviarse hacia incrementos en la necesaria financiación que requieren los planes sociales para que éstos sean creíbles. A tenor de ello, podría tener una cierta utilidad a efectos de visualización de lo anterior, que se exigiera que la documentación relativa a los expedientes de regulación de empleo incorporara necesariamente una memoria económica a través de la cual se cuantificara el coste de cada una de las medidas que se adoptarán en el marco de la reestructuración empresarial diseñada, por tanto incluyendo gastos en indemnizaciones, costes en su caso del convenio especial con la Seguridad Social, así como desglose en costes de cada una de las actuaciones contempladas en el correspondiente plan social.

Aparte de ello, ciertas reglas de tramitación procedimental de los expedientes, al estilo de lo previsto en experiencias comparadas, como es el caso paradigmático de Francia, podrían igualmente coadyuvar a un fortalecimiento de la centralidad de los planes sociales en los expedientes de regulación de empleo.

4. EL FOMENTO DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE PRIVADOS

Otro de los canales abiertos por la reforma laboral de 1994, consistió en la posibilidad de que las representaciones que participan en el período de consultas sometan sus discrepancias a los procedimientos de resolución que puedan contemplarse a través de la negociación colectiva.

Esta fórmula alternativa de resolución puede afirmarse que ha pasado sin pena ni gloria, al extremo de que resulta casi desconocida por quienes podrían acudir a la misma.

Para empezar su ubicación sistemática en el texto legal ha sido de lo más desafortunada, pues no se encuentra ni en la regulación propia de los expedientes de regulación de empleo, ni en la normativa general relativa a los procedimientos privados de resolución de los conflictos colectivos, sino que se sitúa de manera algo perdida en un inciso cuando se procede a la enumeración de los contenidos posibles de los convenios colectivos (art. 85.1 ET).

En todo caso, ello ha sido en gran medida corregido por parte de los propios interlocutores sociales a nivel general, cuando han pactado los correspondientes Acuerdos interprofesionales de diseño del régimen legal de los procedimientos de resolución de conflictos colectivos. Tanto el Acuerdo en el ámbito estatal como los correspondientes en los ámbitos autonómicos recogen expresamente entre la tipología de conflictos que se pueden articular por medio de los procedimientos de mediación y arbitraje que se contemplan, los relativos a la resolución de las discrepancias en los períodos de consultas para abordar las reestructuraciones empresariales que comporten modificaciones, suspensiones o extinciones de las relaciones laborales. En concreto, como indica el ASEC, “Serán susceptibles de someterse a los procedimientos previstos en este Acuerdo... Los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41, 47 y 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”²⁵. En parecidos términos para Andalucía el Reglamento del SERCLA establece que “El Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía, (en adelante SERCLA), comprenderá... los procedimientos de solución de los conflictos en los períodos de consulta surgidos con ocasión de la aplicación de las previsiones contenidas en los artículos, 40 –movilidad geográfica–, 41 –modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo–, 44.9 –transmisión de empresas–, 47 –suspensiones por causas objetivas– y 51 –extinciones colectivas de las relaciones de trabajo–, del RDL 1/95, de 24 de marzo, Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores”²⁶.

Sin embargo, si acudimos a los datos proporcionados por los organismos encargados de la gestión de estos procedimientos, los resultados son elocuentes por lo desalentador de los mismos. Así, por ejemplo, para el SIMA en el ámbito estatal de un total de 225 procedimientos tramitados a lo largo del año 2008, ni uno sólo de ellos se corresponde con el tipo relativo a resolución de discrepancias en el período de consultas²⁷. Algo mejores son los resultados en el ámbito

²⁵ Art. 4.1.d IV Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (Asec IV) (BOE 63/2009, de 14 de marzo).

²⁶ Art. 2.2 Reglamento de Funcionamiento y procedimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (BOJA de 4 de febrero de 2.004).

²⁷ Cfr. http://www.fsima.es/docs/cuadro_1.pdf

andaluz, aunque las cifras siguen siendo casi ridículas, conforme se deduce del siguiente cuadro.

AÑO	TOTAL EXPEDIENTES	DESPIDOS COLECTIVOS	PORCENTAJE
2008	944	17	1,80
2007	713	10	1,40
2006	714	5	0,70
2005	624	0	0

Fuente: elaboración propia a partir del datos del Sercla²⁸

A pesar de esta manifiesta pobreza de resultados, a nuestro juicio personal los procedimientos de mediación y arbitraje privados podrían y deberían desplegar entre nosotros un papel mucho más intenso, de modo que con ello se proporcionaría una mayor eficiencia a los expedientes de regulación de empleo. La intervención de un tercero propiciando la aproximación de las partes, puede ofrecer un plus de agilidad y, sobre todo, de facilidad para lograr el necesario equilibrio de intereses entre las partes, que evite soluciones unilaterales que pueden acabar siendo fruto de conflictividad innecesaria o simplemente de menor colaboración entre los interesados a los efectos de la puesta en práctica de las medidas de acompañamiento que permitan la viabilidad futura de la empresa. Con carácter general, y a pesar de encontrarse suficientemente desarrollados los procedimientos privados de resolución de conflictos, es cierto que los mismos no acaban de lograr una presencia más intensa en nuestro sistema de relaciones laborales, como sería deseable. La propia denominación que ha cristalizado para calificar a los mismos como procedimientos “extrajudiciales” ofrece una perspectiva limitada y en algunos casos distorsionada de los objetivos que se pretende con ello. En la concreta materia que estamos analizando en estos momentos es evidente que la mediación o el arbitraje durante el período de consultas no se configura como una alternativa a la vía “judicial”, de modo que no resulta en modo alguno acertado utilizar aquí el calificativo de “extrajudicial”. En realidad en los expedientes de regulación de empleo, en particular en las suspensiones y despidos colectivos, la fórmula se presenta como alternativa a la intervención administrativa, de modo que si se nos admite el neologismo se trataría de un procedimiento “extraadministrativo”. Pero,

²⁸http://www.juntadeandalucia.es/empleo/www/herramientas/estadisticas/estadisticas.php?id_categoria=5&id_etiqueta=3

sobre todo, lo que debe resaltar a nuestro juicio es que los procedimientos de mediación y arbitraje en esta materia puede configurarse como una fórmula de resolución entre “privados” de la discrepancia entre las partes, donde resalte la intervención de un tercero que, no solamente presenta un perfil de imparcialidad o neutralidad respecto del conflicto de intereses personificado por las representaciones sindicales y empresariales, rasgo común a toda intervención de estas características, sino que por añadidura no añade la presencia de un interés adicional en juego, que se añade al propio de las dos partes y, por tanto acaba complicando el panorama, al diseñarse una relación triangular de intereses.

Precisamente en lo anterior se encuentra la clave explicativa de los motivos por los que hasta el momento presente la funcionalidad de los procedimientos de mediación y arbitraje han desempeñado un papel tan residual en el desarrollo de los expedientes de regulación de empleo. En efecto, el espacio material que podría desempeñar la mediación o arbitraje viene ocupado en estos momentos, y con larga tradición entre nosotros, por parte de la Administración laboral cuando interviene en los expedientes de regulación de empleo tras el fracaso en el logro de un acuerdo entre las partes en el curso del período de consultas. A pesar de que algunos han considerado que la posibilidad de acudir a los mecanismos de mediación y arbitraje constituye un potencial debilitamiento y reducción del campo de juego de la autorización administrativa²⁹, ello no ha ido más allá de una mera “potencialidad” teórica sin apenas relevancia práctica. A estos efectos, la autoridad laboral despliega una indudable función arbitral pública en el disenso entre las partes, a más de cumplir otras funciones añadidas que le otorga el plus de tratarse de una Administración Pública, con toda la fortaleza institucional que ello comporta. En suma, ante un competidor tan fuerte en esa labor de intermediación en el conflicto entre las partes, impuesta como obligatoria por la normativa vigente y con una plena vinculabilidad jurídica la resolución que se adopte por la autoridad laboral en su resolución de concesión o denegación de la autorización administrativa, casi ninguna capacidad de juego se le otorga en la práctica a la mediación y al arbitraje privado.

A la postre, una vez más, comprobamos cómo el esqueleto tradicional de los expedientes de regulación de empleo se encuentra fuertemente asentado en nuestra tradición y cultura laboral, de modo que la incorporación de una posibilidad alternativa de manera aislada tiene escasa capacidad de impacto, de modo que se mantienen con fuerza los mecanismos más asentados desde

²⁹ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Procedimientos de regulación de empleo en el despido colectivo, en AA. VV. (L. E. De LA VILLA GIL coord.), Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel ALONSO GARCÍA, MARCIAL PONS, Madrid 1995, pgs. 373 y 396. I. ALBIOL MONTESINOS, Aspectos laborales de la Ley Concursal, ed. Tirant lo blanch, Valencia 2004

tiempo atrás. Dicho de otro modo, si realmente se desea incorporar como una alternativa real los procedimientos de mediación y arbitraje privados, hay que hacer algo más que lo que ofreció la reforma de 1994, que se limitó a introducir una posibilidad que entre otras cosas era teóricamente viable ya con anterioridad por el mero hecho de no estar prohibida. Para impactar en la práctica resulta inexcusable una recomposición más amplia del procedimiento, donde el reforzamiento de los procedimientos de mediación y arbitraje se verifique en paralelo a un discreto repliegue del intervencionismo administrativo en este terreno.

Por añadidura si enfocamos la cuestión desde esta otra perspectiva, es posible que con ello logremos superar un viejo debate entre nosotros acerca de la conveniencia o no de mantener la autorización administrativa, o, si se quiere, de eliminar la intervención administrativa en los expedientes de regulación de empleo. Desde nuestro punto de vista, la clave se encuentra no tanto en marcar los elementos negativos derivados de la función que actualmente está desarrollando la autorización administrativa en los expedientes de regulación de empleo, cuanto de proponer en positivo una fórmula alternativa que proporcione mayores ventajas.

Desde luego, lo que a nuestro juicio debería descartarse, por ser un resultado menos satisfactorio aún del que actualmente tenemos, es el sustituir la autorización administrativa por una judicialización de los expedientes de regulación de empleo; la mera experiencia de resultados de la derivación de los expedientes hacia el Juez en las situaciones concursales muestra sus elementos negativos. La formalización, rigidez y sobre todo dilación temporal de los conflictos que provocaría la vía judicial a nuestro juicio la desaconsejan por completo. Todas las ventajas comparativas, respecto de la solución judicial, que se suelen mencionar como valores positivos de los procedimientos de mediación y arbitraje se concentrarían en esta ocasión en la materia relativa a los expedientes de regulación de empleo. Por otra parte, como solución “extraadministrativa”, esta fórmula también presentaría las ventajas antes apuntadas, en el sentido de que la intervención de un tercero privado no aporta intereses propios, adicionales a los correspondientes a los afectados: trabajadores y empresa. La autoridad laboral cuando interviene, sí que introduce elementos de mayor complejidad, por cuanto que actuando como tal Administración Pública desencadena necesariamente esa relación triangular de intereses a las que nos referíamos con anterioridad.

Con lo anterior no queremos indicar, ni mucho menos, que la autoridad laboral deba desaparecer por completo, abandonando toda función e intervención en el desarrollo de los expedientes de regulación de empleo. Baste a tal efecto con recordar que la propia Directiva comunitaria, aunque no impone como obligatoria una actuación autorizatoria por parte de la Administración, sí

que le asigna un papel activo de intervención en los despidos colectivos: la autoridad pública debe ser informada puntualmente del proyecto de reestructuración empresarial y del inicio del plazo de consulta, período que ha de ser aprovechado por ésta “para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos considerados”³⁰. Más aún, teniendo en cuenta la tradición de intervención administrativa en nuestro sistema de relaciones laborales, con seguridad el protagonismo de la autoridad laboral seguirá siendo en todo caso mucho más intenso que el proyectado por la normativa comunitaria. La autoridad laboral, como tal Administración Pública responsable de las consecuencias sociales y económicas de procesos que impactan sobre el mercado de trabajo, tiene un papel bien relevante a desempeñar en todos estos procesos. Con lo cual ha de reconocerse que en los expedientes de regulación de empleo, particularmente en aquellos que afecten a empresas de medianas y grandes dimensiones, siempre estará presente la triangularidad de intereses aludida.

Sin embargo, lo que parece razonable es intentar desgajar el doble plano con el que en los momentos actuales está actuando la autoridad laboral en los expedientes de regulación de empleo: de un lado, como instancia neutral que asume una función arbitral, de otro lado como genuina Administración Pública que reacciona frente a los efectos supraempresariales que se derivan de un concreto expediente de regulación de empleo. Nuestra sugerencia no es otra que lo primero, la atención a la resolución de la discrepancia que se produce en el período de consultas que afecta estrictamente a los intereses particulares de los trabajadores y empresa afectados, sea derivado hacia el fomento de los procedimientos de mediación y arbitraje privados, al tiempo que lo segundo, la preocupación por la repercusión y efectos socio-económicos generales de los expedientes de regulación de empleo, constituya la razón de ser y la función a desempeñar por la Administración laboral en el curso de los expedientes de regulación de empleo.

Naturalmente esta propuesta requeriría de un mayor desarrollo explicativo, particularmente por lo que se refiere a la forma de articular técnicamente el objetivo pretendido, para lograr efectivamente este reparto de roles y de protagonismos de actuación; desarrollo explicativo que excede de lo que constituye el objeto del presente trabajo. En todo caso, cuando menos indicar que la fórmula propuesta, una vez más, para su materialización requeriría no sólo del establecimiento de una posibilidad genérica abierta a las partes, pues requeriría que se articulara con precisión para que realmente tuviera resultados prácticos reales. En particular, ha de tenerse en cuenta que ello habría de llevarse a cabo con respeto a los rasgos caracterizadores propios de los procedimientos

³⁰ Art. 4 Directiva 98/59/CE, de 20 de julio (DOCE 12 de agosto de 1998).

privados de resolución de conflictos, lo que no es tarea fácil. Sólo a título de avanza, la fórmula podría ir en la dirección de instaurar un procedimiento de mediación obligatoria “reforzada”, en la lógica apuntada por mi en otro trabajo³¹, sin perjuicio de dejar siempre abierta la posibilidad alternativa más intensa del arbitraje obligatorio.

5. LAS DERIVAS DE LOS EXPEDIENTES

El expediente de regulación de empleo, conforme al procedimiento recogido en el Estatuto de los Trabajadores no constituye la única tramitación posible de abordar las reestructuraciones empresariales para dar respuesta a excedentes de empleo entre nosotros. Dejando en este momento de lado ciertos usos desviados y distorsionados en nuestro actual modelo laboral (bolsas de temporalidad para ser utilizada como “colchón” de adaptación de las dimensiones de la empresa a los cambios del mercado, utilización del despido disciplinario improcedente como mecanismo oculto de reducción de empleo por causas económicas, jubilaciones obligatorias o voluntarias, entre otras), nuestro ordenamiento laboral contempla cuando menos dos mecanismos alternativos dignos de ser tomados en consideración: los despidos objetivos por amortización de puestos de trabajo (arts. 52.c y e ET) y los despidos colectivos en situaciones concursales (art. 64 Ley 22/2003, de 9 de julio).

No pretendemos en estos momentos analizar en toda su extensión y complejidad la regulación en su totalidad de estas dos fórmulas alternativas, sino exclusivamente aludir a ellas respecto de los elementos puntuales que provocan un impacto indirecto negativo sobre los expedientes de regulación de empleo tal como son regulados por el Estatuto de los Trabajadores.

5.1. Despidos individuales

Respecto de los despidos objetivos individuales, que se articulan por la vía de la resolución automática y directa a resultas de la decisión unilateral del empleador, por tanto omitiendo tanto el período de consulta con los representantes de los trabajadores como la intervención directa de la Administración laboral, el elemento más decisivo en el que nos queremos detener es el relativo

³¹ Para la significación y alcance de esta mediación obligatoria “reforzada”, cfr. J. CRUZ VILLALÓN, La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública, en AA. VV. (GAMERO y RODRÍGUEZ-PIÑERO coords.), Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones Públicas, ed. Mergablum, Sevilla 2006, en particular pgs. 75 ss.

a la determinación del umbral cuantitativo que marca la frontera entre estos despidos objetivos individuales y los despidos colectivos de los expedientes de regulación de empleo.

Las cifras generales que marcan ese umbral cuantitativo son bien conocidas, encontrando una vez más su origen en la reforma laboral de 1994, que a su vez en gran medida no hizo otra cosa que proceder a incorporar el margen que le ofrecía la Directiva Comunitaria sobre despidos colectivos, que permite excluir del procedimiento comunitario los despidos que afectan a un número reducido de trabajadores y/o a pequeñas empresa.

Me interesa detenerme exclusivamente en el dato de alguna interpretación jurisprudencial que en las últimas fechas está consolidando una doctrina que restringe notablemente la identificación del supuesto de hecho determinante de la necesidad de someterse al procedimiento colectivo de los expedientes de regulación de empleo. Se trata, sucintamente resumido, de supuestos en los que un grupo de trabajadores formalmente contratados como temporales, ven denunciados sus contratos de trabajo a la llegada del término, si bien en sede judicial se constata la legalidad de la cláusula de temporalidad, lo que determina que se declaren sus despidos como improcedentes, pero no nulos. La nulidad provendría precisamente de que la empresa debería haberse visto sometida a la necesidad de someterse al expediente de regulación de empleo, fórmula que eludió por la vía de una denuncia colectiva de contratos ficticiamente temporales³². El criterio de la jurisprudencia en estos casos es que estos supuestos no deben someterse al procedimiento de los despidos colectivos, por cuanto que en el caso de referencia no se ha demostrado que concurriese una causa económica, técnica, organizativa o de producción determinante de la decisión empresarial extintiva³³.

³² “El órgano judicial declarará nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa, en los supuestos en que esté legalmente prevista” (art. 124 Ley de Procedimiento Laboral).

³³ “el mismo no tiene nada que ver, en absoluto, con las figuras jurídicas que regulan los arts. 51, 52 y 53 del ET. Esto es obvio, habida cuenta que los denominados despidos colectivo y objetivo que prevén estos preceptos exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; si no existe ni aparece ninguna de estas causas no puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos. Ello significa que para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el 51-1 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción.

En el caso de autos no consta, en forma alguna, la concurrencia de ninguna de estas causas; ni siquiera aparece el más mínimo indicio de tal concurrencia; es más, en el despido del actor no

Esta interpretación, aparte de no atenerse a la nítida interpretación finalista deducible del precepto legal cuando pretende evitar conductas empresariales elusivas del procedimiento de los despidos colectivos, además entra en directa contradicción con las exigencias derivadas de la Directiva sobre despidos colectivos³⁴. En efecto, ante todo ha de tenerse en cuenta que la norma lo que obliga es a someter a un procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores por vía colectiva aquellas resoluciones contractuales que por su elevado número responden a una circunstancia general atinente al funcionamiento de la empresa, ajena tan solo a un incumplimiento contractual del trabajador (despido disciplinario) o que refieren a una situación personal o profesional del trabajador (despido objetivo ajeno a causas empresariales), o bien a extinciones de contratos lícitamente temporales (denuncias de contratos a término)³⁵. Dejando de lado estos tres supuestos, el resto se inscriben en la órbita de los despidos por causas empresariales, que si superan los umbrales correspondientes deben tramitarse por la vía de los expedientes de regulación de empleo. Ello determina que cuando se trata materialmente de contratos por tiempo indefinido, ficticiamente formalizados como temporales, el uso indebido de la cláusula en el fondo está escondiendo una resolución por causas empresariales que, como tal debe articularse por la vía de los despidos colectivos y, por tanto, de los expedientes de regulación de empleo si superan los correspondientes umbrales. De lo contrario, se estaría otorgando algún tipo de eficacia jurídica a una conducta ilícita empresarial, claramente inscrita en la esfera del fraude de ley al aparentar como temporal un contrato que ha quedado constatado lo era por tiempo indefinido.

Resulta poco consistente el argumento relativo a que la denuncia contractual se basó en la concurrencia del término formalmente pactado en el contrato y que, por tanto, la causa alegada por la empresa no fue de carácter económica, organizativa, técnica o productiva. No puede ser decisivo, como apuntan las

se hizo referencia de ningún tipo a esas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y además a lo largo de todo este proceso nadie ha alegado la existencia de las mismas. No hay, por tanto, razón de clase alguna para aplicar en esta litis el art. 51 del ET.

Se recuerda además que la extinción del contrato de trabajo del demandante se acomodó, en principio, a lo que decía la cláusula tercera de tal contrato, en la que se fijaba que el mismo duraría hasta el "15-06-2005", lo cual, independientemente de la licitud o ilicitud de tal cláusula, es un dato indicativo de la no concurrencia de aquellas causas extintivas" (STS 22 de enero de 2008, RJ 2074. En parecidos términos STS 22 de febrero de 2008, RJ 5344; 26 de febrero de 2008, RJ 3867; 14 de mayo de 2008, RJ 4123; 30 de septiembre de 2008, RJ 7356).

³⁴ En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Despidos colectivos...*, op. cit., pgs. 7-8.

³⁵ Sobre el particular, cfr. E. GARRIDO PÉREZ, *El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados*, en AA. VV. (J. CRUZ VILLALÓN coord.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, ed. Tecnos, Madrid 1996.

sentencias de referencia, que la extinción se basó en la cláusula de temporalidad del contrato y no en una causa empresarial, llegando al absurdo de tener que defender que ello es así independientemente de que en el proceso judicial se declare que tal cláusula contractual era ilícita. Si la cláusula resulta ilícita, no es posible quedarse en el plano de la formalidad jurídica de la causa extintiva alegada por la empresa, sino que a tenor de su nulidad, se ha de deducir que materialmente concurriría una causa no inherente a la persona del trabajador, que es precisamente la expresión legal que ha de aplicarse, y, por tanto, derivar de ello, que debe exigirse la necesaria tramitación del expediente de regulación de empleo. De no ser así, se está dejando en manos del empleador la posibilidad de eludir el procedimiento de control propio de los expedientes de regulación de empleo, a resultas de un uso ilícito de las exigencias legales de la contratación temporal.

Más aún, debe recordarse que desde el punto de vista de la normativa comunitaria, los despidos colectivos ni siquiera se enlazan con una causa económica o empresarial justificadora de tales resoluciones contractuales, por mucho que subyace como trasfondo un contexto de excedente de personal. Para la determinación de las reglas de la Directiva comunitaria no debe concurrir una causa concreta en positivo (económica o empresarial), pues la delimitación es meramente negativa de los supuestos excluidos, que no son otros que los antes referidos: “se entenderá por ‘despidos colectivos’ los despidos efectuados por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos...” (art. 1.1. a Directiva 98/59). Por tanto, a diferencia de lo que indican estas sentencias, desde la perspectiva comunitaria no se requiere demostrar en positivo que los despidos responden a causas económicas o empresariales, sino que es suficiente con mostrar en negativo que se trata de despidos que no traen su causa de circunstancias inherentes a la persona del trabajador.

En definitiva, todo lo anterior, está requiriendo una reconsideración de la precedente doctrina jurisprudencial, so pena de exponernos a una condena contundente por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien con los retrasos temporales que todos somos conscientes pueden provocar un dilatado tiempo de incertidumbre e inseguridad jurídica.

5.2. Situaciones concursales

A partir de la aprobación de la Ley Concursal, respecto de las empresas declaradas en situación de insolvencia judicial universal por esta vía, se estableció una importante derivación hacia el Juez del concurso de la competencia que con carácter general ostenta la autoridad laboral en materia de expedientes de regulación de empleo, al tiempo que a ciertos efectos la administración del

concurso asume la posición jurídica del empleador en el desarrollo de los procedimientos de regulación de empleo.

A pesar de que la fórmula legal mantiene en lo sustancial la tramitación del expediente de regulación de empleo, la lógica judicial que introduce la legislación concursal altera en gran medida la funcionalidad y articulación procedimental de esta variante del expediente de regulación de empleo; circunstancia esta última que nos impide efectuar una valoración práctica de los resultados después de cinco años de aplicación de la nueva regulación³⁶. A tenor de ello, desearíamos apuntar exclusivamente algún concreto dato que puede estar resultando particularmente problemático en los últimos tiempos, a resultados de la fórmula de traslación del conocimiento de la materia a la sede estrictamente judicial, particularmente en estos momentos en los que la agudeza de la crisis económica está provocando un incremento notable del número de procesos concursales en los Juzgados competentes por razón de la materia.

Primer elemento, que fuerza a matizar la última afirmación, a diferencia de lo que sucede con otros ámbitos propios de la actuación de las Administraciones Públicas, los datos estadísticos relativos a los asuntos judiciales, cuando menos los publicados oficialmente, son de una enorme pobreza. En particular, los datos disponibles sobre expedientes laborales tramitados por los Juzgados del concurso son muy escasos, sin la suficiente precisión sobre todo respecto de trabajadores afectados y tipo de medidas adoptadas. Naturalmente en los escasos datos existentes se aprecia un perceptible incremento tanto de los incidentes concursales como específicamente de los expedientes de regulación de empleo tramitados por esta vía judicial, claro exponente del impacto de la crisis financiera sobre la evolución de las empresas³⁷. No obstante, más allá de tal

³⁶ Por todos, aparte del estudio incorporado al presente número monográfico de la Revista, cfr. A. Desdentado BONETE y N. ORELLANA CANO, Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas, ed. BOMARZO, Albacete 2007. AA. VV. (I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN coord.), La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social, ed. Lex Nova, Valladolid 2004. AA. VV. Especial monográfico sobre la reforma concursal, Relaciones Laborales n° 23-24 (2003).

Concursos	Incidentes Exp. Laborales				Evolución					
	Art. 86 ter 1	Art. 86 ter 2	Art. 86 ter 1	Art. 86 ter 2	Concursos	Incidentes Exp. Laborales	Art.86 ter1	Art. 86 ter 2	Art. 86 ter 2	Evolución
07-T1	376	1.672	93	264	4.170	8,7%	31,3%	-18,4%	30,0%	4,1%
07-T2	345	1.917	101	474	4.336	-13,5%	57,6%	50,7%	72,4%	26,0%
07-T3	364	903	78	100	3.475	35,8%	28,8%	25,8%	-16,0%	20,2%
07-T4	511	1.462	110	238	4.202	58,7%	21,2%	34,1%	7,7%	9,0%
08-T1	666	1.787	137	175	3.838	77,1%	6,9%	47,3%	-34,0%	-8,0%
08-T2	1.066	1.916	167	190	4.296	209,0%	-0,1%	65,3%	-60,0%	-0,9%
08-T3	1.252	1.686	182	195	3.576	244,0%	86,7%	133,3%	95,0%	2,9%

Fuente: Consejo General del Poder Judicial. Datos sobre el efecto de la crisis en los órganos judiciales. <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords>

constatación, pocos datos adicionales se pueden obtener que nos permitan efectuar una evaluación comparativa del resultado de la tramitación de este tipo de expedientes concursales respecto de los que se llevan a cabo respecto del procedimiento ordinario regulado por el Estatuto de los Trabajadores. A tenor de ello, sería conveniente efectuar una llamada de atención acerca de la necesidad de mejorar en esta materia, como en otras adicionales, los datos estadísticos disponibles por parte del Consejo General del Poder Judicial.

Entrando en la regulación de fondo, convendría señalar que la conveniencia de reforzar los mecanismos de mediación y arbitraje en los períodos de consulta, ahora desarrollados entre la representación de los trabajadores y la administración del concurso, debe mantenerse también en la hipótesis de estos expedientes concursales. Ciertamente cuando la autorización final del expediente se traslada de la sede administrativa a la judicial, el panorama se puede hacer más complejo y, sobre todo, requiere de una mayor precisión técnica respecto de su viabilidad. Si las cifras sobre esta materia ya vimos que eran marcadamente reducidas para la hipótesis ordinaria, aunque no dispongamos de datos oficiales al respecto, es relativamente fácil intuir que en sede de empresas declaradas en concurso nos enfrentamos a una experiencia prácticamente inexistente. Y ello no porque existan obstáculos de naturaleza jurídica que lo impidan por principio, de modo que no puede afirmarse que exista una incompatibilidad plena entre procedimientos privados de solución con intervención de un tercero y actuación resolutoria del Juez del concurso. Eso sí, comoquiera que las dificultades son superiores, la clarificación legal sería más oportuna, a los efectos no sólo de evitar situaciones de incertidumbre jurídica, sino incluso de reiterar en esta sede los instrumentos de fomento hacía el uso de estos procedimientos de mediación y arbitraje, que igualmente puede aportar un indudable valor positivo a la resolución de escenarios ciertamente complejos en el equilibrio de intereses entre las partes en las situaciones agudas de insolvencia empresarial.

Por último, probablemente el asunto más preocupante desde la perspectiva de la aplicación cotidiana de la normativa concursal a los expedientes de regulación de empleo se sitúa en los resultados materiales de indebida dilación temporal de los procesos judiciales sobre la materia. En la literalidad de la norma las previsiones formales son indubitadas, incluso más exigentes para los expedientes concursales, que los correlativos administrativos: mientras que en la fórmula ordinaria a la autoridad laboral se le otorga un plazo de 15 días naturales para resolver el expediente en caso de desacuerdo entre las partes (art. 51.6 ET), para los supuestos concursales dicho plazo se reduce a 5 días (art. 64.7 Ley concursal). Sin embargo, la práctica está mostrando cómo mientras que la autoridad laboral cumple estrictamente y de manera generalizada con el plazo impuesto legalmente, en el caso de los expedientes concursales siguiendo

la tónica general de los plazos impuestos legalmente a los órganos judiciales en nuestro país los mismos se incumplen sistemáticamente y, lo que es más grave aún, en algunos casos se dilatan notablemente en el tiempo provocando una situación de notable perjuicio económico y contractual para los afectados. Es cierto que en el caso de los expedientes ordinarios el silencio administrativo tiene un carácter positivo (art. 51.6 ET) que presiona con fuerza y de manera inmediata al cumplimiento del plazo estipulado legalmente, mientras que en el caso de los expedientes concursales no se contempla ninguna consecuencia jurídica para la hipótesis del retraso en el cumplimiento del plazo de los 5 días estipulados legalmente, de modo que el único efecto que se produce es una situación de postergación de la resolución judicial. Lo más grave es que esta postergación coloca en muchas ocasiones a los trabajadores en una situación de *impasse* difícilmente soportable, dado que durante un período prolongado ni tienen sus contratos extinguidos ni tampoco están percibiendo sus retribuciones durante el tiempo de continuidad del proceso. La solución al deterioro judicial que se produce en estos casos no tiene fácil solución, por cuanto que es difícil trasladar al ámbito procesal la regla propia del silencio positivo para cuando se supera el plazo previsto formalmente; eso sí, comoquiera que no se trata propiamente de una actividad jurisdiccional la que asume el Juez del concurso cuando resuelve este tipo de expedientes, no puede concluirse que legalmente fuera inviable introducir para algunas hipótesis ese resultado de silencio positivo. En todo caso, la solución óptima sólo vendrá en la medida en que se logren habilitar los mecanismos procedimentales que garanticen un efectivo cumplimiento de los plazos, aunque sea entre otras medidas por fijar un plazo más razonable como es el previsto para los expedientes ordinarios, pero a cambio de garantizar su cumplimiento material en la práctica.

6. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS EXPEDIENTES

Para concluir con este rápido recorrido por los asuntos más críticos de la actual regulación en la materia de expedientes de regulación de empleo, sería oportuno efectuar algún pequeño apunte respecto de la fase final, relativa a la revisión judicial de las medidas acordadas de reestructuración empresarial. En este caso, los puntos críticos se sitúan, de un lado, de nuevo en los efectos negativos derivados de una dilatada tramitación procesal hasta llegar a una sentencia firme y definitiva y, de otro lado, a las incertidumbre conectadas con la dualidad de conocimiento jurisdiccional existente en la materia; asuntos, por lo demás, que ha de tenerse en cuenta se encuentran bastante interrelacionados.

Ante todo, si se lograra que nuestro modelo discurriera sobre la fórmula aquí propugnada de intenso reforzamiento de los procedimientos privados de

resolución de las discrepancias de las partes en el curso del período de consultas, vía avenencia en mediación o laudo arbitral, con ello quedarían zanjadas las dos preocupaciones antes referidas: estos procedimientos privados no sólo serían sustitutivos de la actual autorización administrativa (extraadministrativos, como los hemos denominado para este concreto supuesto), sino también harían innecesario acudir a la sucesiva vía de la reclamación judicial salvo muy contadas excepciones (extrajudiciales, como suele ser la denominación más extendida), con lo cual la celeridad en la resolución se encontraría plenamente garantizada. Por tanto, la fórmula por excelencia para superar la mayoría de los factores negativos apreciados hoy en día en la tramitación procesal y en su dilación se ubicaría de nuevo en hacer innecesaria para un elevado número de supuestos la vía judicial, en la medida en que interviniese con eficiencia la mediación y el arbitraje laboral.

En todo caso, para los supuestos en que ello no resultase viable, es oportuno recordar la injustificada dualidad de jurisdicciones que se observa hoy en día en materia de expedientes de regulación de empleo: conocimiento por parte del orden contencioso-administrativo para las impugnaciones de las resoluciones administrativas dictadas por la autoridad laboral de concesión o denegación de la propuesta empresarial de reestructuración empresarial; conocimiento por parte del orden social respecto del proceso de oficio de revisión de los acuerdos alcanzados entre las partes en el curso de los períodos de consulta; de la hipotética impugnación de los actos de avenencia en mediación o laudos arbitrales; demandas por despidos objetivos por amortización de puestos de trabajo que no se tramitan vía expedientes de regulación de empleo, así como decisiones empresariales posteriores a la autorización de los despidos que implementen la autorización por ejemplo en materia de cuantía de las indemnizaciones, de modificaciones de condiciones de trabajo y similares.

Una vez más, en la medida en que se logre que los procedimientos de mediación y arbitraje logren ser sustitutorios de la actual autorización administrativa, este asunto vendrá a menos, por cuanto que con ello también como efecto reflejo se vaciará de contenido los asuntos de posible conocimiento por parte del orden contencioso-administrativo.

No obstante, en tanto que no se logre el precedente objetivo, no estaría de más recuperar la previsión legal, nunca materializada por carencia de desarrollo, de trasladar al conocimiento del orden social de la jurisdicción de las revisiones judiciales de las resoluciones administrativas en materia de expedientes de regulación de empleo. En efecto, la previsión contemplada en La Ley de Procedimiento Laboral desde la reforma de 1998, quedó postergada en su aplicación práctica a que el Parlamento aprobase la correspondiente adaptación de la referida Ley en esta materia; mandato de adaptación que no ha llegado a

cumplirse en ningún momento, transcurridos ya más de diez años desde su inicial previsión³⁸.

Sería conveniente recuperar esa idea de unificación del conocimiento de todos los aspectos relativos a reestructuraciones empresariales dentro de la esfera del orden social de la jurisdicción, por los variados elementos positivos que, a nuestro juicio, ello aportaría: superior especialización por razón de la materia de los Juzgados y Tribunales laborales comparativamente con respecto a los propios del orden contencioso–administrativo; unificación de tratamiento de todas las medidas de reestructuración empresarial adoptadas por una empresa a través de un proceso único en el que se podrían acumular todas las posibles reclamaciones; homogeneización de la interpretación judicial de las causas justificativas de los despidos por motivos económicos empresariales, de modo que se otorgara idéntico alcance interpretativo a la causa de despido objetivo individual por amortización de puesto de trabajo (art. 52.c ET) y a la causa de despido colectivo vinculada a situaciones empresariales negativas (art. 51.1 p. 2ET); mayor celeridad en la resolución judicial de las demandas, por la diferencia práctica entre el proceso laboral y el correlativo contencioso–administrativo.

³⁸ “2. Los Órganos Jurisdiccionales del Orden Social conocerán de las pretensiones sobre... Las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

3. En el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley para incorporar a la Ley de Procedimiento Laboral las modalidades y especialidades procesales correspondientes a los supuestos del anterior número 2. Dicha Ley determinará la fecha de entrada en vigor de la atribución a la Jurisdicción del Orden Social de las materias comprendidas en el número 2 de este artículo” (art. 3 Ley Procedimiento Laboral, conforme a la redacción dada por la disp. adic. 5º Ley 29/1988, de 13 de julio, reguladora de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, a su vez redactada por la disp. adic. 24ª 2 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre).

REESTRUCTURACIÓN Y ADAPTACIÓN PERMANENTE AL CAMBIO DE LAS EMPRESAS: ALGUNAS EXPERIENCIAS DE MEDIDAS SOCIALES ANTE LAS REESTRUCTURACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA

RICARDO RODRÍGUEZ CONTRERAS

*Socio y Director de proyectos internacionales
de Labour Asociados*

EXTRACTO

Palabras Clave: Reestructuración, UE

Las reestructuraciones empresariales son cada vez más complejas de analizar debido a la combinación de factores que influyen en ellas, al mismo tiempo que tienden a convertirse en un instrumento permanente de adaptación, ligado al contexto económico y sus fluctuaciones. En ellas tiende a emerger una mayor asimetría de poder y medios de acción entre el poder de dirección y los representantes de los trabajadores.

El presente trabajo revisa algunas teorías sobre los componentes corporativos y de gestión empresarial o modelo de negocio que influyen en los procesos de reestructuración, subrayando la interacción y los nuevos retos que plantean a la representación de los trabajadores. El artículo también recopila información sobre medidas sociales, activas y pasivas, disponibles para hacer frente a las reestructuraciones en cuatro países de la Unión Europea, tanto desde la perspectiva legislativa como desde la negociación colectiva. Finalmente se efectúa el contraste con la situación en España, donde la reflexión crítica sobre la naturaleza y contenidos de la reestructuración de empresas, entendida ésta en un amplio sentido, ha estado ausente en los discursos nacionales. La reestructuración silenciosa de las pequeñas empresas, que dominan ampliamente la estructura productiva en España, no ha sido objeto de atención, como tampoco el alcance y consecuencias de la misma. El debate se ha centrado demasiado en los aspectos jurídico-laborales y/o en las herramientas utilizadas para disminuir los costes sociales. Algunas medidas de flexibilidad interna adoptadas en algunas empresas parecen apuntar hacia un enfoque más variado y rico que el tratamiento habitual dado a las reestructuraciones en nuestro país en los últimos años.

ABSTRACT

Key words: Restructuring, EU

Company restructuring is today more complex than ever to analyse due to the factors that influence such process; restructuring is a permanent adaptation instrument bounded to the economic context and fluctuations. And there is power and actions' asymmetry between the directives and workers representative's in such processes.

The present study revises some theories of corporate elements and management instruments or business models which have an influence on company restructuring focusing on workers representatives' interaction and their new challenges.

The article exposes information about active and compliant social measures, to confront restructuring in four EU-countries, both from a legislative and collective bargaining perspective. Finally, the Spanish case is analysed broadly, taking into account that a keen analysis has been absent nationwide to evaluate, for example, the essence and nature of company restructuring. The silent restructuring of small companies' scope and consequences has not been, surprisingly, object of attention, considering that small companies dominate the Spanish productive system. The truth is that the debate has been centralised in too many judicial-labour aspects or in mechanisms implemented to reduce social costs. In some companies, a different and innovative perspective is seen, that is the "internal flexibility" which seems to be a better approach compared to the common restructuring measures implemented in the past years in our country.

ÍNDICE

1. LA ADAPTACIÓN PERMANENTE DE LAS EMPRESAS
2. LA CRECIENTE COMPLEJIDAD DE LAS REESTRUCTURACIONES
3. LAS TRANSFORMACIONES DE LA EMPRESA Y DEL PROPIO CONCEPTO DE REESTRUCTURACIÓN
4. LA INFLUENCIA DEL MODELO DE GOBERNANZA CORPORATIVA EN LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN
5. LA INFLUENCIA DEL MODELO DE NEGOCIO Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA EMPRESA
6. EL ENFOQUE SOCIAL DE LAS REESTRUCTURACIONES DE EMPRESAS: EXPERIENCIAS EN ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA
7. MEDIDAS SOCIALES VINCULADAS A DESPIDOS COLECTIVOS (“MEDIDAS PASIVAS”)
 - 7.1. Prestaciones por desempleo
 - 7.2. Indemnizaciones
8. MEDIDAS SOCIALES DE CARÁCTER ACTIVO
 - 8.1. SUSTITUCIÓN DE EMPLEO Y RECOLOCACIÓN
 - 8.2. MEDIDAS DE TRANSICIÓN
9. LA EXPERIENCIA EN ALGUNOS ESTADOS EUROPEOS
 - 9.1. Bélgica
 - 9.2. Francia
 - 9.3. Alemania
 - 9.4. Suecia
10. EL IMPACTO TERRITORIAL DE LAS REESTRUCTURACIONES: NUEVOS ACTORES EMERGENTES
11. EL DÉFICIT DE INVESTIGACIÓN EN ESPAÑA

1. LA ADAPTACIÓN PERMANENTE DE LAS EMPRESAS

La reestructuración es una parte inherente al proceso de desarrollo económico. La adaptación permanente al cambio ha devenido ya en un paradigma de la actuación de muchas empresas. El propio surgimiento de la Europa política tuvo su origen en la necesidad de racionalizar los sectores del carbón y del acero. La Unión Europea, tal como hoy la conocemos, nació de la necesidad de reestructurar.

Se ha escrito mucho sobre las reestructuraciones empresariales, especialmente en los primeros años de esta década en los que se ha convertido en moneda corriente. La literatura de la gestión empresarial, del análisis macro económico y, por supuesto, de los marcos jurídicos, transnacionales y europeos, ha sido abundante. El estudio de sus efectos sociales no ha sido menor, contándose por decenas los estudios de casos de grupos y empresas analizados, especialmente a partir de sus consecuencias laborales.

La reciente crisis financiera y económica contribuye sin duda a aumentar, aun más si cabe, el interés por esta nueva realidad presente en la economía mundial que afecta a nuestro entorno inmediato, algo con lo que debemos acostumbrarnos a convivir. Lo global y lo local se funden en esta nueva etapa del capitalismo y de la economía de mercado.

Las operaciones de reestructuración han evolucionado sustancialmente respecto a aquellas que conocimos en los años setenta. Entre otros aspectos, han cambiado la forma en que se manifiestan y su propio contenido, además de su frecuencia, acelerándose al ritmo de las modificaciones estructurales acaecidas en la economía mundial en los últimos años.

Un ejemplo claro es nuestro país o cualquiera de sus comunidades autónomas. La economía española ha sufrido profundas transformaciones en los últimos 30 años. Primero por su apertura al exterior, combinada con un notable desarrollo de la demanda interna y, posteriormente, por los cambios promovidos por la globalización y la mundialización de los mercados. Sin temor a exagerar, podríamos afirmar que la reestructuración ha sido un hecho constante durante este periodo, con algunos cenit marcados por la influencia de las sucesivas crisis económicas internacionales y la consecuente necesidad de reconversión industrial de algunos sectores (naval, siderurgia o más recientemente, el textil y la piel, entre otros). Los recientes procesos de deslocalización o de partes de la producción de algunas empresas multinacionales, precedidos a su vez por periodos de intensa instalación de empresas extranjeras atraídas por los bajos costes laborales comparados desde los años setenta, son la penúltima muestra de este dinamismo de la producción. La última, sin duda, la constituye el actual y profundo ajuste empresarial y de empleo que estamos viviendo desde el año pasado.

El objetivo de este artículo es revisar algunos de los debates intelectuales vinculados al análisis de los procesos de reestructuración en el ámbito de la Unión Europea. Pretendo acercar algunos elementos menos tratados habitualmente cuando se abordan las reestructuraciones, al menos en España. Para ello apuntaré sintéticamente algunas reflexiones que se están realizando entre los investigadores sobre la naturaleza de estas operaciones con relación a la tipología de las empresas o grupos de empresas que toman parte en las mismas, la cultura de la gestión directiva o la gobernanza corporativa de las estructuras societarias. Dejaré deliberadamente a un lado los textos y discursos oficiales, algunos de ellos muy meritorios, elaborados por las instituciones y, especialmente por la Comisión europea, realizados desde la óptica de las políticas públicas comunitarias. Finalmente, expondré de forma somera las experiencias en algunos países de nuestro entorno al abordar casos de reestructuración. El enfoque tendrá aquí más un carácter más práctico y una orientación social y divulgativa. Este trabajo no tiene una finalidad jurídica, dado que no habrá espacio para analizar la legislación comunitaria sobre reestructuraciones, aunque necesariamente incluirá referencias legislativas. El propósito es intentar aproximar las formas habituales de tratar este hecho multidimensional en otros países, lo que implícitamente puede contribuir a compararlas con la forma en que se aborda en el nuestro.

Existen muchos tipos de reestructuraciones. En cierto modo, podría decirse que cada reestructuración es única por sus efectos e impacto en el entorno económico, social, productivo, local o medioambiental, en su más amplio sentido. Por limitaciones de espacio, he optado por un concepto amplio, que incluiría hechos y manifestaciones tan distintos como reorganizaciones internas, deslocalizaciones, totales o parciales de la producción, operaciones societarias transnacionales o nacionales, etc. generalmente realizadas por grandes grupos o empresas nacionales o multinacionales. Obviamente, caben todos los matices dependiendo de cada una de las formas que adopte la reestructuración, pero no es ese el objetivo general de este artículo. El planteamiento, por tanto, no se reduce solo a los cierres de empresas o a los despidos colectivos, aunque estos tengan un protagonismo evidente.

2. LA CRECIENTE COMPLEJIDAD DE LAS REESTRUCTURACIONES

La complejidad de los procesos de reestructuración que se suceden en el ámbito de la Unión Europea y en el mundo, la diversidad de sus formas y el alcance de sus consecuencias sociales hacen que resulte difícil conseguir una comprensión clara de su naturaleza y funcionamiento. Resulta imprescindible conocer e interpretar el contexto macroeconómico en que se inscribe, ya que la reestructuración es, ante todo, una expresión concreta de las estrategias de las empresas en el mercado europeo que, a su vez, constituye una parte importante de la economía mundial. Todos los factores que contribuyen al proceso de globalización económica desempeñan un papel en la reestructuración, ya se trate de la rápida expansión ocurrida en el comercio mundial, del incremento del número de empresas multinacionales y de su presencia en todo el mundo, de las nuevas funciones desempeñadas por la tecnología, del desarrollo de los servicios, de la modificación de las pautas de consumo y de las necesidades de los consumidores, o de la aparición de nuevas formas de competencia a escala nacional, europea y mundial. Todos estos factores, que revisten mayor o menor importancia en cada sector de actividad concreto, explican las opciones estratégicas realizadas por las empresas.

Las empresas han tenido que afrontar una competencia creciente en los mercados internos y externos, lo que les ha llevado a buscar nuevas formas de aumentar su competitividad sobre el telón de fondo de la aceleración del progreso tecnológico y la difusión de los nuevos conocimientos y la innovación. Se han producido profundos cambios tanto en la organización de los mercados en sectores clave, como en la forma de organización de las empresas. La lenta agonía de las organizaciones de tipo fordista, que hoy vemos agravada

por la crisis de demanda existente, ha dado paso a nuevas formas de empresa con funcionamiento en redes que se ha materializado en el desarrollo de nuevos sistemas de gestión empresarial y de organización por líneas y unidades de negocio que están transformando la relación espacial y temporal con la actividad comercial. Por consiguiente, no es posible entender las reestructuraciones sin explicar el contexto en que se mueven las empresas e incluso, aunque queda fuera de la ambición de este artículo, el de los individuos que las rigen, dirigen y gestionan.

Las economías de Europa se han tenido que adaptar a transformaciones de la división internacional del trabajo para poder explotar sus ventajas competitivas potenciales y desarrollar nuevas áreas de especialización en el nuevo orden económico y productivo mundial que está aún forjándose. Las personas, los trabajadores y trabajadoras también se han visto afectados por los mismos procesos imparable de cambio que las empresas. Quienes han tenido y tienen la suerte de trabajar en sectores económicos en expansión o en empresas ganadoras y poseían las capacidades demandadas en el mercado laboral han podido conservar su empleo o encontrar rápidamente otro, en caso de perderlo en este periodo de transformaciones. Los demás, han tenido y seguirán teniendo que adaptarse a la situación creada y aunque la reestructuración, entendida como la sustitución de actividades en declive por otras nuevas, o como la expansión de empresas más competitivas y eficientes a expensas de las menos eficientes, es una parte ineludible y fundamental del proceso de desarrollo económico y de mejora de los niveles de vida, son los efectos sobre este último grupo, los trabajadores y sus familias, los que suscitan la mayor preocupación política y social.

Los procesos de reestructuración son polimorfos y se llevan a cabo bajo multitud de formas basadas en lógicas distintas: por una parte, la gran mayoría de las reestructuraciones se desarrolla a través de transformaciones de la organización interna de la empresa (que varían desde una transformación de la producción, el cierre de una unidad de negocio, la deslocalización o la externalización); pero es también cierto que otras formas de reestructuración pueden tener también por resultado la creación de nuevas unidades de negocio (oficinas, fábricas, sucursales) y de empleo.

Estas distintas posibilidades están reguladas por una legislación específica, generalmente la ley nacional, el derecho del trabajo y el derecho de sociedades. La reestructuración también puede modificar la naturaleza de la empresa: los cambios de estructura corporativa desembocan en fusiones, concentraciones, cesiones y quiebras. Aquí interviene el derecho sobre competencia de la Unión Europea (a través del control de las concentraciones y del abuso de posición dominante), el derecho de sociedades (en especial, las fusiones transfronterizas o las ofertas de adquisición y/o de canje). A no tardar mucho, se deberán aplicar asimismo una serie de principios sobre buen gobierno de las empresas.

3. LAS TRANSFORMACIONES DE LA EMPRESA Y DEL PROPIO CONCEPTO DE REESTRUCTURACIÓN

La reestructuración ya no es tan solo un resultado directo de los procesos de desindustrialización a nivel nacional, europeo o mundial. Como se ha mencionado anteriormente, desde los años setenta las reestructuraciones han adoptado otras expresiones y modalidades, debido a la sofisticación con que se ha ido dotando la organización de las empresas, incluida la organización del trabajo. El tiempo y el espacio han desempeñado un papel esencial en este proceso y modificado la idea misma de reestructuración. Un claro ejemplo es la liberalización de los mercados a escala mundial (transformación del espacio), así como a la masiva utilización de las tecnologías de la comunicación (gestión del tiempo), para lograr un constante incremento de los flujos financieros. Las empresas organizan ahora su actividad y desarrollan su negocio en un terreno de juego que ya es global, donde todo discurre a enorme velocidad. Esta asimetría entre el espacio y el tiempo necesario para llevar a cabo la reestructuración en la empresa es una característica típica de nuestros días.

Por su parte, el *tempo* en que discurre la reestructuración se ha convertido en un factor esencial que condiciona la capacidad de reacción de los actores¹. En muchas ocasiones, un proceso de reestructuración sólo es una crisis ocasional, pero si éstas se suceden de manera regular y continuada, contribuyen a crear una pulsión permanente de reestructuración y de adaptación al cambio. Entre la “crisis” y el “proceso de adaptación al cambio”, existe una infinitud de situaciones que desafían la capacidad de acción de los representantes de los trabajadores, los sindicatos y a los propios actores territoriales, autoridades locales y regionales.

La aceleración del ritmo de cambio como consecuencia de la globalización y la emergencia de nuevos gigantes en el comercio mundial como China o India, a menudo afectando a un sector de actividad concreto, explica en gran parte el aumento del número de casos de reestructuraciones. El tiempo se ha convertido en un factor clave tanto para analizar los acontecimientos como para identificar las situaciones de riesgo. Pero el factor tiempo es dominio de la dirección de la empresa y de la estructura corporativa y ello condiciona el desarrollo y el impacto social y territorial de los procesos de reestructuración. La evidencia se muestra en la importancia concedida a la gestión de los tiempos, previos y posteriores, al anuncio del inicio del proceso de reestructuración, a partir del cual, por lo general, ya solo cabe seguir los procedimientos establecidos para que intervengan los representantes de los trabajadores o, en su caso, otras partes afectadas.

¹ Modelo propuesto en los intentos de sistematización de las interacciones existentes entre los modelos de gobierno corporativo, que explica la relación entre accionistas y partes interesadas y los modelos de relaciones colectivas. G. RIENK y W. ALLERZ (2007).

4. LA INFLUENCIA DEL MODELO DE GOBERNANZA CORPORATIVA EN LAS OPERACIONES DE REESTRUCTURACIÓN

Diversos autores sostienen que existen relaciones entre las características del gobierno corporativo, el modelo de gestión de la empresa y las relaciones laborales dentro de ella. Un ejemplo serían las tensiones introducidas por las inversiones financieras de capital riesgo, tanto sobre el empleo (amenaza de despido por saneamiento), como sobre los sistemas representación de los trabajadores². Como es bien sabido, la estrategia de negocio diversos tipos de fondos (*equity*) pasa por la compra de empresas en dificultades para su reestructuración, puesta en rentabilidad y posterior venta en un plazo de tiempo determinado.

Esta teoría se basa en que el contexto de una empresa determina en gran medida la estrategia, la organización y la gestión del trabajo en la misma. Por este motivo, la gestión del factor trabajo por las empresas, incluyendo el tratamiento de los derechos de los trabajadores, no se puede estudiar aisladamente de los retos de la internacionalización, las presiones de los mercados financieros, las características de la concentración de la propiedad y el funcionamiento de los órganos de administración.

Como principales exponentes de gobierno corporativo, en la Unión Europea se distingue entre el modelo de stakeholders o “partes interesadas” y el modelo de accionistas. Mientras que en el primero se busca un equilibrio a través del desarrollo de coaliciones estables con los diversos actores y partes implicadas, con el fin de compartir mutuamente los beneficios, el principal objetivo del segundo se dirige a maximizar los beneficios para los accionistas, aunque incorpore el conflicto y la confrontación con las partes interesadas.

El modelo de gobierno corporativo adoptado por la empresa explica las relaciones existentes entre los accionistas y las partes interesadas. Con frecuencia se opone un modelo continental contra un modelo anglosajón, más centrado en el “valor para el accionista” que en la satisfacción de los intereses de las partes afectadas o stakeholders. La investigación más reciente pone de manifiesto una tendencia a la hibridación o convergencia entre los dos modelos, como consecuencia de las transformaciones sufridas por el capital y el desarrollo exponencial de la actividad de los fondos de inversión.

Estos diferentes modelos corporativos están relacionados con el sistema de relaciones industriales vigente en cada país. Se pueden identificar dos pautas de interacción entre los accionistas y la representación de los trabajadores. La

² R. GOODIJK. Gobierno corporativo, dirección de los trabajadores y relaciones laborales. Un papel teórico en las estructuras de gobierno corporativo, la toma de decisiones de la dirección y la dinámica de los actores. 2007.

primera prevalece en países septentrionales como Suecia, Alemania y los Países Bajos: las decisiones políticas que afectan a la empresa y, desde luego, a los intereses sociales de los trabajadores se discuten de antemano con los representantes de las partes interesadas que, a su vez, se sienten parcialmente responsables de las opciones estratégicas adoptadas que tienen que ver con la actividad empresarial.

La segunda pauta se da en países meridionales como Francia, Italia o España. Los representantes de los trabajadores no participan –o sólo lo hacen en una medida muy limitada– en el proceso de decisión en calidad de partes interesadas. La relación de poder se organiza de manera conflictiva y la intervención del Estado a través del marco regulatorio es intensa. En el caso de las relaciones laborales de la Europa meridional no es el enfoque del negocio, sino fundamentalmente el sector y el territorio, lo que canaliza la organización de la participación de los sindicatos y los comités de empresa nacionales.

No obstante, sea cual fuere el sistema nacional de relaciones industriales, diversos estudios señalan una relativa erosión del poder de los representantes de los trabajadores en esta correlación de fuerzas que los procesos de reestructuración ejemplifican con claridad durante los últimos años. Incluso en los países (Países Bajos, Alemania y países nórdicos) con una potente representación de los trabajadores, se observa esta tendencia, aunque las experiencias parecen estar también influidas por la composición del accionariado. Ello es consecuencia, en parte, de una dinámica en la que como consecuencia de la financiarización de la economía y la irrupción de inversores anónimos en el capital de las empresas, el negocio se ha desvinculado de compromisos u obligaciones reales con el producto o la marca, con los correspondientes efectos respecto al clima social, el mantenimiento de empleo o la continuidad misma de la empresa.

Más allá de las funciones respectivas de los accionistas y las partes interesadas, merece la pena señalar que las relaciones con los representantes de los trabajadores siempre están condicionadas por dos factores: el grado de internacionalización de las empresas en función de su estrategia global y la estructura de dirección. Dependiendo de su grado de internacionalización, las empresas tomarán en cuenta o, por el contrario, desatenderán el interés del nivel local o territorial. O bien cumplirán los requisitos exigidos a nivel local con el mínimo necesario, o por el contrario, dejarán a la dirección local un espacio de acción significativo para relacionarse con la comunidad y el entorno, tanto institucional como social.

5. LA INFLUENCIA DEL MODELO DE NEGOCIO Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA EMPRESA

El grado de internacionalización de la empresa o grupo se perfila como un factor determinante para explicar la lógica aplicada por la dirección corpora-

tiva. Son ejemplos ilustrativos, algunos llamativamente cercanos a la realidad de Andalucía, los casos de reestructuración en que la empresa aplica su estrategia internacional sin contar apenas con las particularidades locales, y al hacerlo, impone decisiones que no toman en cuenta ni los recursos positivos que podría aportar el conocimiento sobre el terreno de la dirección local, ni la cultura industrial del lugar, ni las prácticas de representación de los trabajadores, ni por supuesto, los efectos sociales.

Las estrategias de internacionalización de las empresas multinacionales no solo afectan o son solo una cuestión de desarrollo del negocio³. Tienen también su impacto en las relaciones laborales nacionales e internacionales y, en especial, en la participación de los representantes de los trabajadores y los comités de empresa, nacionales y europeos.

Como es conocido, las decisiones estratégicas importantes, como los programas de inversión o las reorganizaciones de la producción, con frecuencia con consecuencias directas para el empleo, ya no se toman por la dirección de la empresa en el país en que está asentado el centro de trabajo, sino por gestores radicados en el extranjero, a escala europea o global. Esto produce una fractura entre los niveles de control corporativo. Por una parte, los situados en un plano internacional y altamente politizados; y, por otra parte, niveles de control corporativo nacionales orientados a la creación de beneficio y al desarrollo de actividades operativas.

Esta división tiene efectos trascendentes para la posición de los representantes de los trabajadores nacionales y su participación en el desarrollo de la política estratégica y en las decisiones que se adopten como consecuencia de la misma, por ejemplo, las operaciones de reestructuración). Es decir, la posibilidad de que los órganos nacionales de representación de los trabajadores participen e influyan en las decisiones importantes depende, en gran medida, del modelo de control corporativo de la empresa y de la estructura directiva que surja del mismo. En ocasiones, no hay ningún tipo de oportunidad, el nivel de toma de decisiones nacional queda neutralizado y la dirección local del país tiene que aplicar decisiones y defenderlas sin haber tenido ningún control sobre la forma en que se han adoptado.

Se han identificado cuatro categorías predominantes de empresas en función de las opciones seguidas como estrategia de internacionalización, teniendo en cuenta que, por su propia naturaleza, estos procesos son dinámicos, sus características se combinan entre sí y es difícil hallar modelos puros:

La empresa “emergente” se concentra principalmente en las exportaciones. El proceso de decisión se desarrolla dentro de las fronteras nacionales, es decir, en el país donde se localiza la sede central o estratégica de la empresa.

³ W. ALLERTZ. GITP Internacional. “Cross-border organisation development and its consequences for industrial relations. A business approach to globalising businesses and the involvement of national stakeholders” (2007).

La empresa “multinacional” ofrece un producto geográficamente diversificado y su estrategia se adapta al mercado local donde se desarrolla. La dirección local desempeña un papel determinante en lo referente a la estrategia de mercado y disfruta de un gran poder de decisión y de acción.

La empresa “internacional” combina cierta independencia nacional en su estrategia de mercado, con una estructura u organización internacional (línea de negocio internacional) que le permite actuar flexible y rápidamente en un mercado determinado. Por ello, es necesaria una interacción permanente entre la central y la dirección local, no siempre pacífica.

La empresa “global o mundial” funciona utilizando un producto normalizado producido en uno o varios centros o líneas de negocio internacional. La dirección local sólo administra las tareas operativas, bajo la dirección de la estructura central.

Tanto el factor del grado de internacionalización de la empresa como el modelo de gobierno corporativo condicionan el proceso de toma de decisiones, las sinergias entre los actores y la lógica de actuación aplicada en el territorio. Estos factores se hallan exclusivamente en manos de la dirección de la empresa o del grupo, lo que revela el extraordinario aumento del desequilibrio de poder producido durante los últimos años como consecuencia de los fenómenos asociados a la reestructuración.

Finalmente, estos condicionantes se combinan, a su vez, con otras variables como la cultura y tradición social del país, lo que explica en buena medida el comportamiento de los actores y su capacidad de reacción cuando se enfrentan a una reestructuración. Otra variable es la cultura empresarial, relacionada los aspectos institucionales y legales. Por una parte, se encuentra asociada con el sistema de relaciones interprofesionales del país, que predetermina las opciones estratégicas y la capacidad de actuación (y movilización) con las que reaccionan los actores sociales ante el anuncio de un proceso de reestructuración. Un segundo aspecto tiene más que ver con las prácticas propias internas de la empresa, en especial en lo referido al desarrollo de la consulta y negociación con los representantes de los trabajadores. El enfoque de estas prácticas pesa enormemente para evitar conflictos laborales y judiciales y tiene que ver con el clima de confianza mutua, la voluntad de aplicar políticas de responsabilidad social y de velar por la imagen de la empresa. Una tercera variable estaría constituida, en su caso, por la cultura propia del territorio o del mercado laboral local en que la empresa tiene asentados centros de trabajo específicos.

6. EL ENFOQUE SOCIAL DE LAS REESTRUCTURACIONES DE EMPRESAS: EXPERIENCIAS EN ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Al igual que sucede en España, no existen muchos datos en otros países ni en el conjunto de la Unión Europea que identifiquen y permitan hacernos una

idea de la dimensión del fenómeno de las reestructuraciones. Exceptuando la estadística macroeconómica que refleja los flujos de inversión extranjera directa y su distribución sectorial, los datos disponibles más habituales se relacionan tan solo con el cierre de empresas y los despidos, principalmente los colectivos. Resulta difícil identificar otros indicadores directos.

Como sucede en casi todos los órdenes del análisis comparado, los enfoques y medidas sociales dirigidas a acompañar y paliar las consecuencias de las reestructuraciones son muy diversos en la Unión Europea. Siguiendo a algunos autores y en un esfuerzo de síntesis, podríamos agrupar los distintos regímenes de reestructuración y de ajuste del factor trabajo en tres categorías principales⁴:

regímenes orientados por el mercado en los que éste juega un papel principal, con una influencia reducida de la intervención estatal y la negociación colectiva.

regímenes predominantemente orientados desde los poderes públicos en los que el Estado y las entidades infraestatales (nacional o regionales) asumen el protagonismo, relegando la negociación colectiva a un nivel secundario e intentando reducir la influencia ejercida por el mercado.

regímenes de reestructuración basados en la negociación colectiva en los que acuerdos e instrumentos promovidos por los agentes sociales constituyen el fundamento, con una intervención reducida del Estado y de las fuerzas del mercado.

Por este orden, Reino Unido, Alemania y Francia representan cada una de estas categorías y la mayoría de Estados Miembros se ajustan a esta clasificación, aunque sea posible encontrar formulas mixtas y combinaciones de elementos pertenecientes a distintos regímenes.

Por otra parte, las medidas sociales pueden significar cosas muy distintas en cada uno de los miembros de la Unión Europea. Desde esta perspectiva, hay que considerar las medidas específicamente incluidas en las directivas europeas adoptadas desde los años 70 relacionadas directamente con las reestructuraciones⁵. No es objetivo de este artículo examinar esta legislación, pero citaremos brevemente tres directivas:

⁴ B. GAZIER, F. Bruggeman y otros. "Managing change in an era of globalisation. Restructuring work and employment in Europe". Edward ELGAR. 2008.

⁵ C.E. Triomphe "Does Europe have Restructuring Policies?" en "Managing change in an era of globalisation. Restructuring work and employment in Europe", B. GAZIER, F. Bruggeamn and allii. Edward ELGAR. 2008.

La Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos – adoptada primero en 1975 y modificada en 1998 - tiene como objetivos:

- regular los despidos, en función del tamaño de la operación y de las empresas involucradas.
- introducir para los empresarios obligaciones especiales dirigidas a permitir el diálogo social (información y consulta) y favorecer la aplicación de medidas paliativas sociales.
- proporcionar información a las autoridades públicas de los Estados Miembros

Esta directiva vincula los despidos, las medidas sociales y el diálogo social. Es la única que menciona medidas sociales como tal, en su artículo 2 apartado 2 “medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”. Y en el artículo 3, b) v) cuando hace referencia a “los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido”; y 3, b) vi) “el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales”.

La Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad – adoptada en 1977 y modificada en 2001 – en relación a la reubicación y transferencia de empresas, tiene por objetivos introducir:

- una certeza jurídica sobre la transferencia de trabajadores tras una operación societaria, fusión, adquisición, etc. que habitualmente suelen ir acompañadas de reorganizaciones o reestructuraciones.
- una obligación de respeto de los contratos laborales existentes y los derechos inherentes de los mismos.
- la protección de los derechos colectivos de los trabajadores que se ven afectados por estas operaciones.

En el caso de que el traspaso forma parte de la reestructuración, no se menciona el concepto de medidas sociales de forma explícita, aunque contempla los potenciales despidos.

La Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 80/987/CEE del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario regula los temas relacionados con los fondos de garantía social (salarios, prestaciones, etc.) para los trabajadores cuyas empresas se han declarado en bancarota o en proceso de liquidación.

En este caso, el enfoque son los derechos básicos de los trabajadores víctimas de quiebras o procedimientos concursales, sin establecer ninguna medida adicional a aquéllas que les garantizan obtener algún tipo de aseguramiento que cubra sus derechos.

Además de estas tres directivas directamente relacionadas con medidas específicas en potenciales operaciones de reestructuración, podemos citar también las siguientes:

La Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, cuyo objetivo principal es asegurar que la empresa informe y consulte a los miembros de estos comités en situaciones excepcionales que afecten a los intereses de los trabajadores, especialmente en caso de traslado, cierre o despidos colectivos. En el momento de escribir este artículo, la revisión de la directiva, acordada a finales de 2008, se encontraba pendiente de ser publicada en el DOCE.

La Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, cuyo objetivo es consolidar y, en su caso, fomentar el diálogo social (por ejemplo, en algunos Estados de la ampliación o en el Reino Unido) aunque sin requisitos específicos en cuanto a las medidas sociales a tenerse en cuenta en caso de que ocurra una reestructuración.

Analizaremos a continuación dos tipos de medidas sociales aplicadas en algunos países europeos vinculadas, por un lado, con políticas pasivas o activas, referidas a los casos de reestructuración empresarial. Por otro lado, con aquéllas otras fruto del diálogo social, principalmente a nivel de empresa, aplicadas cuando tiene lugar la reestructuración

7. MEDIDAS SOCIALES VINCULADAS A DESPIDOS COLECTIVOS (“MEDIDAS PASIVAS”)

En la mayoría de países de la Unión Europea, los despidos relacionados con procesos de reestructuración dan derecho a los trabajadores a ciertas

medidas sociales que consisten bien en indemnizaciones por despido, bien en la provisión de prestaciones por desempleo.

7.1. Prestaciones por desempleo

En los casos de reestructuración que no son consecuencia o no están relacionados con quiebras o procedimientos concursales, los despidos producidos otorgan derecho a los trabajadores a recibir prestaciones de desempleo bajo ciertas condiciones. Normalmente, la duración y cantidad de la prestación por desempleo se encuentran asociadas a:

La antigüedad de la vida laboral del trabajador y/o en la empresa, o en algunos casos, en el sector o rama de actividad.

El último salario percibido, aunque en algunos casos la cantidad es fija e independiente de su sueldo.

La edad: la duración y/o la cantidad a percibir pueden ser mayores para las personas mayores (normalmente más de 50, 55 o 60 años).

En algunos países, como en Francia, existen políticas y regulaciones específicas sobre reestructuraciones que desarrollaremos más adelante y las prestaciones de desempleo para las personas afectadas son mayores que para otros trabajadores despedidos, además de ofrecer un más completo acceso a otras medidas adicionales: asesoramiento para la reclasificación profesional, formación, etc.

7.2. Indemnizaciones

Las indemnizaciones se encuentran reguladas por ley en la mayoría de los Estados miembros, mientras que en otros están normadas en los acuerdos colectivos. Una minoría de países de la Unión no tiene indemnizaciones estatutarias (Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Alemania, Malta). En países como Alemania, depende del acuerdo alcanzado con el comité de empresa o a la decisión del tribunal laboral (*Arbeitsgericht*). Las empresas, especialmente las de gran tamaño, frecuentemente completan la indemnización regulada con otras medidas adicionales.

Las estadísticas y/o estudios relacionados con las indemnizaciones y, a fortiori, su impacto son poco habituales en Europa. De los pocos existentes, algunos mencionan las cantidades medias de las mismas o la forma en que se calculan. La tabla a continuación resume la información disponible sobre prestaciones de desempleo e indemnizaciones. Sería necesario un estudio más completo, de carácter cualitativo y cuantitativo, no disponibles por el momento, sobre a) las cantidades de estas prestaciones a nivel individual, de empresa, sector y nacional en términos de comparabilidad homogéneos; b) su impacto con relación a los ingresos, rentas y poder adquisitivo.

Todos los países de la tabla prevén en sus legislaciones medidas de protección por desempleo en caso de despido por razones económicas. Sin embargo, aunque existen algunos estudios cualitativos sobre las prestaciones por desempleo que cubren parcialmente el territorio de la UE, no los hay sobre la UE-27. La información disponible no suele hacer distinción entre las diversas categorías de desempleados que obtienen estas prestaciones (despido por razón económica y despido colectivo, por un lado; despidos por otras razones, por el otro).

Tabla 1: Indemnizaciones por desempleo

Estados miembros	Indemnización	Cantidad o método de cálculo
Bélgica	No	-
Bulgaria	Sí	Un mínimo de 1 mes de sueldo bruto
Chipre	Sí	Los trabajadores tienen derecho a una compensación que no puede exceder el sueldo de 75,5 semanas
República Checa	Sí	2 meses de ingresos medios; los acuerdos colectivos pueden fijar cantidades mayores
Dinamarca	Sí /No	- Sí para los empleados de oficina: desde 1 mes de sueldo tras 12 años de trabajo hasta 3 meses de sueldo tras 18 años de trabajo - No para los obreros
Alemania	No/ Sí	En empresas con más de 20 empleados, el comité de empresa puede pedir un plan social que proporcione indemnizaciones
Estonia	Sí	2-4 meses de ingresos medios dependiendo de la antigüedad en la empresa
España	Sí	20 días de sueldo por año trabajado; un máximo de 12 meses de sueldo
Francia	Sí	Compensación de 0,2 meses/año después de 2 años trabajados; los acuerdos colectivos pueden fijar cantidades mayores
Grecia	Sí	El pago de una compensación es una condición para que el despido sea válido
Hungría	Sí	De 1 a 6 meses de ingresos mensuales medios, dependiendo de la antigüedad en la empresa
Irlanda	Sí	Bajo ciertas condiciones, un trabajador tiene derecho a un pago estatutario único que se calcula de la siguiente forma: dos semanas de sueldo por año de antigüedad más una semana de sueldo (sujeto a una cifra máxima de ingresos anuales justificables de €31.200)

Estados miembros	Indemnización	Cantidad o método de cálculo
Italia	Sí	En cualquier caso en que se termine un contrato: El salario de 1 año dividido por 13,5 + 1,5% por año de antigüedad + compensación por la inflación
Lituania	Sí	De uno a seis meses de sueldo medio dependiendo de la antigüedad en la empresa
Letonia	Sí	No hay más información disponible
Luxemburgo	Sí	Si el empleado tiene una antigüedad de al menos 5 años y aún no tiene derecho a cobrar pensión de jubilación
Malta	No	-
Países Bajos	Sí	Si el contrato lo disuelve el tribunal cantonal basándose en un cambio de circunstancias, el juez fijará la indemnización
Austria	Sí	De 2 meses de sueldo (tras 3 años de trabajo) a 12 meses de sueldo (tras 25 años de trabajo): No hay indemnización si la antigüedad es menor a 3 años o si el empleado es responsable del despido
Polonia	Sí	Un mes de sueldo por menos de 2 años de antigüedad; 2 meses de sueldo por entre 2 y 8 años de antigüedad; 3 meses de sueldo por más de 8 años de antigüedad
Portugal	Sí	1 mes de sueldo básico por cada año completo de antigüedad, con un mínimo de 3 meses
Rumania	Sí	Según el acuerdo colectivo a nivel nacional (compensación del 50% del salario mensual del empleado, además de otros pagos); otros acuerdos colectivos pueden fijar pagos más favorables
Finlandia	No	-
Suecia	Sí	No hay indemnización estatutaria, pero los acuerdos colectivos fijan los regímenes que administran los organismos paritarios de los agentes sociales
Eslovaquia	Sí	Si un empleado tiene al menos 5 años de antigüedad en la empresa, la indemnización está fijada al sueldo medio de tres meses
Eslovenia	Sí	Dependiendo de la antigüedad: 1/5 del sueldo mensual por año trabajado para el empresario, incluidos sus predecesores, si el trabajador ha estado empleado de 1 a 5 años; 1/4 del sueldo mensual por cada año trabajado, si se ha trabajado entre 5 y 15 años; 1/3 del sueldo mensual por cada año si se ha traba-

Estados miembros	Indemnización	Cantidad o método de cálculo
Reino Unido	Sí	<p>jado más de 15 años, pero nunca más de 10 sueldos mensuales</p> <p>Indemnización única basada en la edad, sueldo y antigüedad, dado el caso de que la causa esté incluida en la definición de despido por reducción de personal y el abajador haya tenido dos años de empleo continuado.</p>

Fuentes: Termination of employment relationships. Legal situation in the Member States of the European Union, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities. Abril 2006;

Barbara Kresal, Termination of Employment Relationships. Legal situation in the following Member States of the European Union: Bulgaria, Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Romania, Slovakia and Slovenia, European Commission, DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities. Marzo 2007.

8. MEDIDAS SOCIALES DE CARÁCTER ACTIVO

Cuando tiene lugar la reestructuración, las principales medidas sociales de acompañamiento de carácter activas se centran principalmente en:

reinserción laboral en mercados laborales internos, es decir, medidas de sustitución (*replacement*)

reinserción laboral en mercados laborales externos (*outplacement*)

apoyo para actividades de formación profesional, subsidios para facilitar la movilidad, tanto profesional como geográfica, o incentivos para emprender nuevas empresas.

8.1. Sustitución de empleo y recolocación

La sustitución interna por otro empleo y la recolocación son prácticas habituales en las empresas. En algunos casos, los convenios colectivos y/o la legislación laboral mencionan la sustitución interna por otro empleo y la recolocación como una posibilidad o como una obligación, especialmente cuando los despidos por motivos económicos u organizativos se consideran como *ultima ratio*, es decir, que el empresario ha de considerar, al menos en teoría, medidas alternativas o de recolocación dentro de la empresa antes de proceder a la extinción del contrato de trabajo.

Dependiendo del país en se apliquen, estas prácticas se vinculan con medidas de flexibilidad interna y funcional (en vez de externa y numérica) o bien como en Alemania, con modelos de servicios de empleo de gestión privada (“mercados de trabajo internos”). En este país⁶, por ejemplo, según un informe del Instituto Trabajo y Técnica (Institut Arbeit und Technik) de Gelsenkirchen, más de 25% del empleo en grandes empresas y administraciones públicas se gestiona a través de sistemas de recolocación internos, reconocidos y acordados en los convenios colectivos. En comparación con el *outplacement*, la recolocación interna implica más seguridad para los trabajadores, al tratarse de una medida intra-organizativa, aunque ello no asegura la ausencia de conflictos, ya que los diferentes agentes que operan en el proceso pueden tener intereses enfrentados en los procesos de selección. Como ocurre en otros países y en otros modelos de gestión de la intermediación laboral, el dilema al que se enfrentan es el riesgo de una selección sesgada (“descreme”) de las categorías y perfiles de los trabajadores en la cobertura de las vacantes, especialmente en los procesos de destrucción de empleo y las reestructuraciones.

En las grandes sociedades (transnacionales o nacionales), principalmente también se llevan a cabo otras medidas laborales activas aparte de la sustitución y la reubicación, a menudo usando servicios de empleo privados. Estas medidas no son estatutarias, menos en algunos países como Francia y Alemania.

8.2. Medidas de transición

Básicamente, reestructurar consiste adaptarse a los cambios con rapidez, proporcionando la estabilidad necesaria para que las empresas y los trabajadores continúen desarrollando su actividad correctamente. Estos cambios implican riesgos sociales que, en la mayoría de los países, generan como primeras soluciones la creación de ingresos de sustitución (prestaciones de desempleo para los trabajadores despedidos) y la puesta en marcha de planes de jubilación anticipada.

Con los años y la experiencia adquirida, en algunos países se han comenzado a reaccionar estableciendo otros mecanismos que armonizan la recepción de la seguridad, a través de la prestación de desempleo, con la organización de una transición profesional. Por ejemplo, en la región de Valonia, en Bélgica, el Servicio Público de Empleo (Forem), a petición de los sindicatos, ha creado de unidad específica de reclasificación profesional para los afectados por reestructuraciones.

⁶ J. KIRSCH, G. MUEGHE y R. RODRIGUEZ. Servicios de Empleo. Informe final para el proyecto “Redes Innovadoras de Reestructuración” (Innovative Restructuring Network). Proyecto financiado por la Comisión Europea. DG Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades. 2008.

En Francia, los planes de despido incentivado o de otro tipo suelen prever la implementación de una unidad de reclasificación y las “empresas de transferencia” suelen desempeñar el mismo papel en Alemania. En Suecia, se han constituido “Consejos de Seguridad Laboral” como instrumentos sectoriales con representación paritaria para atender estos casos.

Estas regulaciones, organismos y medidas tienen un elemento en común: se enfrentan una situación económica y social que va más allá de la simple recolocación y asumen que en los casos de reestructuración coinciden retos mayores y más complejos que afectan a la autoestima profesional, el cambio ocupacional o la cohesión social y el desarrollo local, entre otros.

9. LA EXPERIENCIA EN ALGUNOS ESTADOS EUROPEOS

Describiremos a continuación ejemplos de experiencias que se han desarrollado en algunos países dirigidas a afrontar los efectos sociales de las reestructuraciones. Por considerar que excede el ámbito de este artículo y porque ya es suficientemente conocido, deliberadamente no analizamos la *causa general*, es decir, la legislación ni el procedimiento que se utiliza para realizar los despidos colectivos, aunque en algún caso mencionaremos su vinculación.

9.1. Bélgica

Como es bien conocido, el sistema de negociación belga, descrito como “neocorporativista” se basa en un alto nivel de implicación de los agentes sociales en los procesos de toma de decisión, de los cuales la reestructuración forma parte. En Bélgica se mantiene un equilibrio entre el derecho del empresario a decidir iniciar el procedimiento de despido colectivo y la obligación de informar a los trabajadores y de consultar a sus representantes (en empresas de más de 50 trabajadores o una cifra menor si existe un acuerdo específico) antes de tomar una decisión definitiva, con la finalidad de concebir medidas alternativas para evitar la pérdida de empleo.

La denominada “Ley Renault” de 13 de febrero de 1998, que siguió al cierre de la planta del fabricante francés en Vilvoorde, hizo más estricta esta norma⁷, estableciendo sanciones explícitas si no se sigue el procedimiento de información y consulta previa. Paralelamente, introdujo la obligación de que los empresarios proporcionen una copia de la notificación de su intención de proceder a un despido colectivo a los trabajadores implicados en el mismo día

⁷ Convenio Colectivo de Trabajo nº 24.

que se informa a las autoridades públicas. Específicamente para estos casos, el procedimiento prevé que la empresa pueda solicitar al Ministerio Federal de Empleo y Trabajo ser reconocida y declarada como empresa “en proceso de reestructuración”.

Planes de apoyo a los trabajadores despedidos

En Bélgica no existe una obligación de establecer medidas sociales adicionales a la indemnización en los despidos colectivos. La ley simplemente establece que los trabajadores que pierden su empleo como consecuencia de circunstancias fuera de su control pueden percibir prestación por desempleo para compensar la pérdida de ingresos. No obstante, existen varias medidas, tanto legales como basadas en la práctica de los acuerdos colectivos, para mejorar las condiciones de los trabajadores afectados por un proceso de reestructuración, como por ejemplo:

- reembolso de parte de los costes del servicio de *outplacement* que hayan utilizado los trabajadores despedidos;
- la reducción de las contribuciones sociales a las empresas que contraten a los trabajadores afectados, así como una reducción también de las contribuciones que le corresponde abonar al trabajador recolocado en otra empresa;
- reducción de las contribuciones a la seguridad social, en el caso de una reducción colectiva de la jornada, implantada para evitar despidos;
- la organización de centros de recolocación;

Otras medidas sociales se negocian de forma paritaria, como por ejemplo, el mantenimiento del seguro de hospitalización o la compensación por daño moral.

9.2. Francia

En Francia los procedimientos de despido colectivo, la legislación impone procedimientos estrictos de información y consulta, además de algunas obligaciones mínimas en las empresas con una plantilla superior a 50 empleados que pretendan despedir a más de 9 personas durante un periodo de menos de 30 días. La legislación confiere al comité de empresa el derecho a obtener información detallada e incluso a recurrir a los servicios de un experto contable externo, pagado por la empresa. Esta obligación de consulta y de emitir opinión, aunque ésta no sea vinculante para el empresario, refuerza el papel de los sindicatos, que suelen estar representados en el comité de empresa para

profundizar en las razones alegadas para la reestructuración, proponer soluciones económicas alternativas y buscar medios de evitar y/o minimizar el número de despidos.

Los representantes de los trabajadores tienen más poder e influencia en el contenido del Plan Social, es decir, la relación de medidas sociales dirigidas a los trabajadores que van a ser despedidos. Normalmente, su contenido será negociado y acordado, ya que los trabajadores tienen derecho a solicitar que un Juez anule el Plan, alegando insuficiencia en los recursos asignados de la empresa o incumplimientos por las características de los trabajadores seleccionados para ser despedidos, entre otros argumentos legales. Asimismo, la autoridad laboral tiene derecho a emitir una “declaración de negligencia”, recomendando que el empresario mejore las medidas contenidas en el Plan Social, si las considera insuficientes o inadecuadas. Aunque este documento no conlleva en sí mismo sanciones, al menos de aplicación inmediata, su importancia en el caso de litigio judicial es indudable. Además, la administración laboral puede participar en la financiación de ciertas medidas del Plan Social, en el caso de que la empresa adopte una actitud socialmente responsable.

Aunque los planes sociales aprobados deben ofrecer soluciones de colocación para los trabajadores despedidos, la tendencia general muestra que el peso de las medidas pasivas (por ejemplo, jubilación anticipada) es más notable en el conjunto de las medidas propuestas.

El tamaño de la plantilla de la empresa es el criterio utilizado para determinar el contenido y alcance de las medidas activas. Existen dos enfoques, uno para las empresas de más de 1.000 trabajadores y otro, basado en la exteriorización de las obligaciones, para las empresas por debajo de este umbral. En el primer caso, la empresa debe ofrecer a todos los trabajadores un “permiso para la recualificación” que mantiene el vínculo laboral entre el empresario y el trabajador entre 4 y 9 meses, proporcionando a éstos últimos, aproximadamente, entre un 75% y un 100% de su último salario. La empresa también debe organizar un “grupo de trabajo para la recolocación”, compuesto por profesionales de los recursos humanos, generalmente externos a la empresa, cuyo objetivo es asistir a los trabajadores despedidos utilizando diferentes recursos para fomentar la movilidad profesional y geográfica. El comité de seguimiento, que incluye a representantes de la empresa y de los trabajadores y en el que también puede participar la autoridad laboral, realiza el seguimiento y el control del cumplimiento correcto del Plan Social.

La diferencia con las empresas de menos de 1.000 trabajadores estriba en que se pueden beneficiar más fácilmente de fondos públicos para financiar el grupo de trabajo para la recolocación. Además, todos los trabajadores despe-

didados tienen derecho a un “acuerdo individual de recolocación”, también financiado principalmente por el Estado, que debe cubrir casi el 100% del último salario bruto durante los dos primeros meses y aproximadamente el 85% durante los seis meses siguientes, al cabo de los cuales, quienes no hayan encontrado un trabajo, tendrán derecho a la prestación de desempleo.

9.3. Alemania

En el sistema dual de administración de gobierno corporativo alemán, las Juntas de Vigilancia son obligatorias en las sociedades que ocupen a más de 500 trabajadores e incluyen a representantes de estos últimos, lo que no es un hecho anecdótico, ya que suelen ser los órganos que conocen y aprueban las operaciones de reestructuración, si bien en las empresas multinacionales cuyas sedes sociales se encuentran en el extranjero, la influencia de los sindicatos y comités de empresa a través es más reducida.

El ‘cambio operativo’ (*Betriebsänderung*) es el concepto legal que representa un enfoque integral de la reestructuración en el centro de trabajo. No es una situación de la empresa que se reconozca o declare públicamente, como ocurre en Bélgica con el estatus de estar “en proceso de reestructuración”. Este concepto sirve para establecer el marco de los intereses que se han de reconciliar, entre las necesidades organizativas de la empresa y los intereses sociales de los trabajadores. El empresario no está obligado a justificar su decisión de reestructuración en términos económicos y tampoco se incluye el impacto regional de la reestructuración en la agenda, tal y como se define legalmente (como en Francia).

El “cambio operativo” sólo tiene lugar cuando existe un comité de empresa que tiene el derecho de información, consulta y negociación. Los despidos colectivos relacionados con la reestructuración están legalmente admitidos como ‘*requisitos operativos urgentes que impiden la continuación de empleo*’. La discriminación en la selección de los trabajadores que serán despedidos con respecto a la antigüedad, la edad, el no respeto a las normas sobre discapacitados y la no participación del comité de empresa en el procedimiento son las bases sobre las cuales asentarán los trabajadores el recuso de su despido. Si tienen éxito, éste será declarado nulo y, en teoría, se reintegrarán en la plantilla. En cualquier etapa del procedimiento, el empresario puede negociar, ofreciendo una indemnización económica a cambio de extinguir el contrato y el procedimiento. No existe una disposición legal general con respecto a las indemnizaciones económicas; tampoco los trabajadores tienen derecho legal a servicios de recolocación externa (*outplacement*) ni existe obligación por parte del empresario a ofrecerlos. Todo esto sólo se puede negociar de forma colectiva dentro del marco del plan de indemnización social, si existe un comité de empresa.

Medidas de transferencia

Los “planes de transferencia de empleo” se han venido desarrollando desde la reestructuración masiva que siguió a la reunificación alemana. El esquema se basa en la oferta que el empresario realiza al trabajador amenazado por el despido para extinguir su contrato indefinido a cambio de un contrato temporal con un tercero creado específicamente para tal propósito, la llamada *empresa de transferencia*. De este modo, el trabajador acepta una especie de extensión temporal a su empleo, junto con servicios de recolocación que se supone ofrece la empresa de transferencia. Se han descrito algunos problemas de picaresca respecto al juego que proporciona la protección por desempleo (a la que se renuncia, al aceptar esta forma).

En general, los comités de empresa negocian los planes de transferencia en el marco de los planes sociales. Las indemnizaciones económicas tradicionales se complementan con servicios de recolocación externa. El componente económico de los planes sociales más innovadores se diseña como incentivos para la transición laboral: pueden acordarse compensaciones adicionales por elegir una empresa de transferencia, en vez de esperar al despido; pero también por tomar parte en acciones de formación u otras medidas activas o por aceptar un nuevo empleo lo antes posible. Las transiciones profesionales son facilitadas por la garantía de poder volver a incorporarse a la empresa de transferencia si el nuevo empleo no es el adecuado, así como por el abono de complementos retributivos en caso de que el salario del nuevo empleo sea inferior al anterior, si bien estos ejemplos no constituyen la norma general, sino que se producen en determinadas transiciones socialmente más innovadoras. La opción garantizada de retorno a la empresa de transferencia una vez terminado el periodo de prácticas o de trabajo temporal en otras empresas desempeña también un papel importante a la hora de promover transiciones.

Las empresas de transferencia ofrecen empleo basado en trabajos de corta duración de *cerca de cero horas*, subvencionados por el servicio público de empleo. El anterior empleador debe pagar las contribuciones a la seguridad social durante todo el periodo de la transferencia, así como el salario completo de los días correspondientes a las vacaciones y permisos retribuidos. En general, en este tipo de trabajos de corta duración, el antiguo empleador suele complementar la retribución durante el periodo de transferencia de tal forma que se garanticen niveles de ingresos entre el 75% y el 90% del salario neto anterior. El empresario que *transfiere* debe también cubrir los gastos de estructura de la empresa de transferencia, además del coste de los servicios de recolocación. Éstos son muy parecidos a la oferta estándar (reclasificación profesional, formación en búsqueda de empleo y asesoramiento, formación profesional, etc). Dado el estatus especial de los trabajadores empleados en la empresa de transferencia,

el incumplimiento de su obligación de participar activamente en las actividades de recolocación puede ser sancionado con el despido *disciplinario*, es decir, por motivos de conducta.

Las transiciones a través de empresas de transferencias son costosas, tanto para el antiguo empleador como para los fondos públicos que financian las políticas pasivas, en este caso, la protección por desempleo. Alternativamente a aquellas, existe otro instrumento denominado “medidas de transferencia”, dirigido a subvencionar el coste de la formación para la recolocación de los trabajadores afectados por el debido como consecuencia de una reestructuración, mientras permanecen todavía empleados por el empresario, es decir, hasta que se resuelve el procedimiento y se produce la definitiva extinción del contrato. Las medidas de transferencia y las empresas de transferencia pueden ser utilizadas sucesiva, pero no simultáneamente. Generalmente, las medidas de transferencia sirven como filtro para seleccionar primero a los excedentes más fáciles de colocar, mientras que la empresa de transferencia actúa posteriormente, a más largo plazo.

9.4. Suecia

En Suecia, los acuerdos colectivos constituyen la fuente primordial de regulación de las condiciones de trabajo e incluyen los despidos colectivos. Como resultado de estos acuerdos interprofesionales entre las cúpulas de las organizaciones sindicales y empresariales, se necesita un motivo razonable para el despido, periodos de notificación y criterios para establecer un orden de prioridad entre los trabajadores afectados. La Ley de Protección del Empleo, vigente desde 1974 se basa en dos principios generales: por una parte, el empleo por tiempo indefinido es el tipo normal de empleo y, por otra, cualquier despido deben basarse en una causa justificada. El empresario tiene la obligación de intentar prevenir los despidos y ha de justificar los motivos económicos que los provocan, cuya objetividad puede ser revisada por los tribunales laborales.

La legislación sobre codeterminación de los años 70 obliga a las empresas firmantes de un acuerdo colectivo a consultar a los sindicatos acerca de cualquier modificación sustancial en su actividad empresarial o que afecte a las relaciones laborales, incluyendo los despidos. Al comenzar el periodo de consultas, la dirección de la empresa debe informar por escrito a los sindicatos del motivo de los despidos propuestos, el número de trabajadores afectados, su categoría profesional y el método de cálculo de la compensación que se propone, adicional a la establecida en el convenio colectivo aplicable. Como es conocido, el canal único de representación de los trabajadores en Suecia, a través de los sindicatos, hace que no existan apenas comités de empresa, salvo los recientes comités de empresa europeos en los grandes grupos de dimensión transnacional.

Existen varios ejemplos de prácticas de reestructuración innovadoras en las que las empresas asumen más responsabilidad que lo contemplado en la legislación para apoyar a los trabajadores despedidos a encontrar nuevos trabajos. Un ejemplo, son las llamadas “intervenciones tempranas”⁸, negociadas con los sindicatos, por las que los trabajadores se encuentran activamente implicados en programas de búsqueda de empleo desde una fase temprana del proceso de reestructuración. Este esquema permite generar programas de recolocación y/o indemnizaciones económicas que mejoran lo contenido en la ley. El contenido de los paquetes de activación (indemnizaciones, jubilación anticipada, formación o medidas de activación) es variado, aunque tienen de interés particular su longitud e intensidad.

Consejos de Seguridad de Empleo

La pérdida masiva de empleo en los años 70 dio origen a la creación, mediante acuerdo colectivo, de organizaciones privadas que proporcionasen servicios que mitigasen los efectos de las reestructuraciones. Los Consejos de Seguridad de Empleo están constituidos por varios órganos bipartitos que deciden el alcance y contenido de las medidas de apoyo a los trabajadores afectados por una reestructuración, en el marco de un acuerdo general.

Estos acuerdos de reestructuración tienen un contenido generalista y conceden un alto grado de libertad a los representantes sindicales y empresariales para su concreción. Su propósito es ofrecer apoyo a los trabajadores que han perdido su empleo en su esfuerzo por encontrar un nuevo empleo. Lo hacen implicándose desde el momento mismo en que comienza la reestructuración (con la notificación de despido) o incluso antes. En algunos casos, el acuerdo incluye una indemnización económica que complementa la prestación por desempleo. Si el afectado por la reestructuración encuentra un nuevo trabajo, aunque peor pagado, el acuerdo establece disposiciones para compensar la diferencia salarial perdida durante un tiempo limitado. La financiación procede de las cuotas que pagan las empresas implicadas.

Aunque históricamente los sindicatos han defendido el modelo de servicio público de empleo para realizar estas funciones, los consejos de seguridad se han extendido con rapidez. Se cuentan aproximadamente 50 acuerdos de este

⁸ Ola Bergström. University of Goteborg. Suecia. Proyecto MIRE (Monitoring Restructuring in Europe), financiado por la Comisión Europea. DG Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades. 2008.

tipo, que dan cobertura a unos dos millones de trabajadores. Desde la liberalización, las empresas de recolocación laboral nacionales y multinacionales también tienen presencia en el mercado sueco de trabajo temporal y de servicios de colocación, junto a otros actores privados, con la lógica pérdida de cuota de mercado del servicio público de empleo en las actuaciones de reestructuración. Ha aumentado la variedad de agentes que proporcionan servicios a los trabajadores, además de la expansión y crecimiento de los Consejos de Seguridad de Empleo basados en los acuerdos colectivos. El resultado de este desarrollo en los últimos años ha sido el establecimiento de una red compacta de agentes públicos y privados que pueden colaborar para proporcionar servicios variados a los trabajadores expuestos al despido, incluyendo medidas de anticipación.

10. EL IMPACTO TERRITORIAL DE LAS REESTRUCTURACIONES: NUEVOS ACTORES EMERGENTES

Durante mucho tiempo no se ha considerado a los territorios (regiones, localidades) como sujetos y actores directos en los procesos de reestructuración. Se pensaba que los ajustes y su negociación concernían exclusivamente a los agentes sociales, a las empresas y a las autoridades laborales centrales. La aparición de las regiones y territorios como agentes activos en la gestión de los procesos de reestructuración supera la visión tradicional conocida, al romper la estancamiento en las relaciones entre los agentes económicos y sociales y proponer una invitación y una oportunidad para ir más allá en casos cuya complejidad excede los límites de la empresa.

Francia ha sido pionera en esta materia, al incluir un artículo en el Código de Trabajo de 2002 que establecía los compromisos que debían asumir las empresas en los aspectos sociales en los casos de reestructuración con grave impacto en el territorio. Ningún otro país europeo tiene una regulación similar. El principio general es que las autoridades generales deben estar asociadas al proceso cuando las empresas llevan a cabo despidos colectivos que tienen un grave impacto negativo en la economía local. Si la empresa tiene más de 1.000 empleados, se reconoce la obligación de compensar el perjuicio causado, por lo que la dirección de la empresa debe realizar una contribución financiera para fomentar el desarrollo de la economía local (entre 2 y 4 veces el importe del salario mínimo por trabajador despedido). El Prefecto, como representante local del Estado, organiza reuniones entre los representantes de la empresa, de los sindicatos regionales y las autoridades locales con el fin de promover el diálogo y buscar acuerdos, además de reconocer implícitamente al el territorio como actor colectivo.

Cuando la región se ve seriamente afectada por la reestructuración, incluyendo a las PYMES, en el periodo de post-reestructuración es bastante habitual que las autoridades locales elaboren y dirijan programas de recolocación mediante la creación de plataformas de recolocación inter-empresarial o impulsando programas de formación.

En Bélgica se ha desarrollado gradualmente un marco legal para gestionar las consecuencias sociales de las reestructuraciones, garantizando principalmente la protección social de los trabajadores en la fase de transición entre empleos. La Ley especial de 8 de agosto de 1980 proporcionó competencias a las regiones respecto a la gestión de empleo y de los programas de recolocación para los desempleados en busca de trabajo, lo que dio lugar a enfoques diferentes a los que se desarrollaban por las autoridades federales. El decreto de 2004 que instauró el Programa de Apoyo a la Recolocación, las autoridades regionales para el empleo y la formación profesional permitió profundizar en distintos planteamientos sobre cómo abordar esta cuestión a las tres entidades con competencia, Forem en Valonia, Orben en la región de Bruselas-Capital y el VDAB en Flandes. En Valonia se han creado unidades de re-colocación, gestionadas por representantes de los trabajadores, como un grupo social activo que utiliza incentivos para la recolocación, mientras que Flandes y Bruselas-Capital se centran más en sistemas de apoyo individualizado como el *outplacement*, generalmente ejecutados por empresas privadas.

11. EL DÉFICIT DE INVESTIGACIÓN EN ESPAÑA

En España, las reestructuraciones han sido analizadas básicamente desde la perspectiva jurídica, por una parte, y dentro de ésta, de sus efectos laborales, centrándose en su manifestación más dramática en términos sociales: los despidos colectivos y los costes sociales. Excepto algunos estudios sobre las reconversiones sectoriales de los años ochenta, mucho menos investigada ha sido su evolución en el tiempo y su vinculación con los fenómenos concurrentes en la empresa en sí misma o con el entorno que la rodea. Sorprende esto en un país que ha pasado por reestructuraciones sectoriales severas o en más recientes casos traumáticos de deslocalización de la producción. Y todo ello, por no detenernos en la reestructuración silenciosa que padecen las micro empresas, al margen de los expedientes de regulación de empleo y facilitada por la alta tasa de temporalidad existente en nuestro mercado de trabajo.

No menos llamativo resulta que no exista, como tampoco ocurre en la mayoría de los países de la Unión Europea, instrumentos específicos de moni-

torización de los efectos de las reestructuraciones que permitan anticipar tendencias de comportamientos futuros. En este sentido, una explotación regionalizada⁹ de los datos del Observatorio Europeo de las Reestructuraciones, gestionado por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo de Dublín, referida a España sugería algunas orientaciones sobre lo ocurrido en los últimos años. El análisis tenía en cuenta el fenómeno en su doble dirección: registrar la pérdida de puestos de trabajo debida a reestructuraciones, pero también las ganancias de empleo, es decir, la creación de empleo como consecuencia de operaciones de reestructuración que generaban la aparición de nuevas empresas o líneas de negocio, bien en el ámbito nacional como consecuencia de operaciones transnacionales.

Por la naturaleza de este observatorio europeo, el análisis se constreñía a empresas grandes y, por tanto, recogía datos sobre el número de trabajadores y empleos afectados por despidos colectivos. Aun con las importantes limitaciones¹⁰ de esta base de datos, para el periodo 2002-2006 el estudio señalaba que la pérdida de empleo había sido mayor que la creación de nuevos empleos y que aquella había ocurrido en las CCAA más prosperas y con mayor presencia de empleo industrial, como Cataluña y Madrid, con la excepción de Asturias, debido al declinar de los últimos restos de la minería. Las ganancias de empleo se concentraban en el País Vasco (un 37% de todo el nuevo empleo creado) y en los sectores de la construcción, mientras que la destrucción de empleo se centraba en la industria básica, la química, plásticos y metales. La pérdida de empleo debido a reestructuraciones es evidente en el sector del automóvil en Cataluña, o en el transporte aéreo, las TIC y banca y seguros en la Comunidad de Madrid, aunque en ésta última se compensaba parcialmente con la creación de empleo (hasta un 60%) por otras operaciones de reorganización empresarial. En Andalucía, la pérdida de empleo tenía como fuente principal el sector del automóvil, su industria auxiliar y los componentes.

Recientemente, la reestructuración sectorial sí ha sido objeto de atención más específica, estableciéndose planes de saneamiento y reorganización acordados con los representantes de los agentes sociales en el sector. Las ayudas públicas establecidas han creado instrumentos de consenso y participación,

⁹ T. Ward, Alphametrics. Investigación en el marco del proyecto AgirE financiado por la Comisión Europea.

¹⁰ Entre otras, que el Observatorio Europeo de las Reestructuraciones solo recoge información sobre reestructuraciones y despidos anunciados en los medios de comunicación (que posteriormente pueden ser modificados a la baja, durante el periodo de negociaciones); tampoco sus datos pueden ni pretenden ser representativos, ni de los sectores ni de las regiones. Aun así, constituye una fuente interesante de información sobre tendencias, prácticamente la única existente en la Unión europea.

como observatorios y otras medidas de apoyo (formación, modernización tecnológica y empresarial, diversificación productiva, mejora en la comercialización y distribución, etc).

Creados en el contexto de reestructuraciones, los Observatorios sectoriales industriales son instrumentos gestionados conjuntamente por la administración pública (Ministerios de Industria y de Trabajo), los sindicatos y las organizaciones de empleadores, en el marco de planes de ayuda para la reorganización y modernización del sector. En el año 2005 se crearon seis Observatorios para los sectores de Electrónica, Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones, Fabricación de Automóviles y Camiones, Fabricación de Bienes de Equipo, Fabricación de Equipos y Componentes para automoción, Químico y Textil-confección. En 2006 se pusieron en marcha dos nuevos para los sectores de la Madera y del Metal. Se conciben como instrumentos de política industrial, de análisis y prospectiva, dirigidos a mejorar la competitividad de cada sector.

A pesar de estas herramientas, se tiene la impresión de que en general y comparativamente con otros países de nuestro entorno, la representación de los trabajadores, las organizaciones sindicales y las direcciones de las empresas operan en marcos estrechos, legislativos y corporativos, con una relativa ausencia de herramientas de ingeniería laboral, social y organizacional para hacer frente a los casos de reestructuración. Salvo contadas excepciones en sectores estratégicos, generalmente con presencia de empresas multinacionales, no existe un desarrollo de elementos variados de flexibilidad interna en las empresas que facilite gobernar desde dentro los casos de reestructuración, incluyendo la anticipación a los mismos. La actual crisis financiera y económica ha resaltado, aún más si cabe, estas deficiencias.

AUTONOMÍA Y HETERONOMÍA EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Consejero Permanente de Estado*

EXTRACTO

Palabras Clave: Despidos Colectivos, Administración laboral

El estudio del papel real que el Ordenamiento Jurídico reserva a la Administración Pública en la reestructuración de las plantillas de las empresas, sea en situaciones de crisis económica o incluso al margen de ellas, constituye el objeto del presente estudio. Tras unos apuntes de contextualización, de carácter histórico, sobre los compromisos del Derecho comunitario y los referentes comparados, se analizan las distintas vías de flexibilización que permiten a las empresas extinguir relaciones contractuales sin mediación necesaria de la Administración Laboral, que van desde el despido individual en sus distintas modalidades, hasta las previsiones de la Ley Concursal.

En un segundo bloque se analiza en sentido estricto el papel que a la Administración reserva la actual regulación de los despidos colectivos, así como las dificultades interpretativas con las que se enfrenta la jurisprudencia, sea en el orden social o en el contencioso-administrativo.

El estudio concluye con unas reflexiones sobre el futuro de esta institución y los diferentes modos de intervención en estos procesos, a la luz de los postulados del Libro Verde sobre la modernización del Derecho del Trabajo y los requerimientos de la flexiguridad.

ABSTRACT

Key Words: Redundancy procedure, Labour Administration

The present study focuses on the Spanish Public Administration Judicial Law's role under company restructuring in the context of economic crisis, -or without crisis-. First we provide the EU-Law's commitment and scenario and we revise its history. Then we analyse how redundancy procedure's flexibility is allowed in companies without the intervention of the Labour Administration, such as any type of individual dismissal, and the Spanish Bankruptcy Act's provisions.

Secondly, we strictly analyse the Administration's role regulating collective dismissal, and those difficulties under social order or any administrative dispute to define the Judicial Law. The study concludes with a diagnosis about the future of such institution, and, different ways of intervention in restructuring processes while considering the Green Book on the modernisation of Labour Law and flexisecurity's requirements.

INDICE

1. CRISIS ECONÓMICA Y REPERCUSIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL
2. LAS DISTINTAS MODALIDADES DE DESPIDO Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL, COMO VÍAS PARA EL REAJUSTE DE LAS PLANTILLAS
3. OTRAS VÍAS DE ELUSIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL, LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, LAS EXTINCIONES INDIVIDUALES Y LAS PREVISIONES DE LA LEY CONCURSAL
4. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

1. CRISIS ECONÓMICA Y REPERCUSIÓN EN LA RELACIÓN LABORAL

Las informaciones que a lo largo del planeta anuncian cierres o medidas de reestructuración de grandes empresas acompañados de amplias reducciones de plantilla que afectan a casi todos los países y los sectores afectados por una recesión que si se prolonga va a generar muchos más despidos colectivos con negativas consecuencias sociales y considerable incremento del desempleo, son posiblemente la punta del iceberg de un fenómeno más global y profundo de reducción y destrucción de empleos también en empresas de más reducida dimensión.

La actual etapa de crisis económica ha acentuado la reestructuración de empresas y la adaptación de la estructura y volumen de su personal a las necesidades de un sistema productivo abierto, dinámico y altamente competitivo, y ahora en crisis con cambios tecnológicos, de división internacional de actividades, y de la demanda que están generando una recomposición del tejido productivo, reajustes de personal continuos, redistribución de trabajadores entre actividades productivas y servicios, y una destrucción, transformación y creación de empleos que afectan a contratos de trabajos en curso, a sus modificaciones y extinciones y que hacen cada vez más infrecuente el tradicional empleo de por vida y más frecuentes las reestructuraciones de empresas, los despidos por causas económico-productivas y las transiciones en los mercados de trabajo.

Cuando se organizaron estas jornadas y se eligió el tema de los expedientes de regulación de empleo, es posible que se intuyera la preeminente actualidad de la cuestión, y también el importante papel que corresponde a la Inspección de Trabajo en esos expedientes. La regulación de empleo está, pues, de rabiosa actualidad y, dentro de ella, el papel de la Administración laboral.

El título de esta intervención requiere alguna aclaración. El propio término “expediente” se refiere a un procedimiento administrativo, a intervenciones públicas en la dinámica del contrato de trabajo, que vienen impuestas a las partes de ese contrato por disposiciones heterónomas que establecen determi-

nadas conductas y condiciones para lograr como objetivo una “regulación” de empleo, y que reconocen a las autoridades determinadas potestades y poderes de decisión. La referencia a regulación de empleo es más genérica lo que permite un examen más global de las relaciones entre heteronomía y autonomía en las estrategias empresariales de regulación de empleo, en especial en las extinciones de contratos de trabajo por reducción o supresión de plantillas advirtiendo. Por ello esta charla no versará tanto sobre el régimen jurídico de los expedientes de regulación de empleo, que es objeto de talleres sucesivos, sino del papel que esos expedientes tienen en el conjunto de los instrumentos de regulación de empleo que tienen a su disposición las empresas, observado desde la perspectiva de la autonomía individual y colectiva y de la heteronomía entendida en su sentido más estricto de decisiones públicas no judiciales. La pregunta a la que trataré de responder es la del papel decisor que tiene la Administración laboral en el conjunto de las regulaciones de empleo de cuya respuesta depende el grado efectivo de heteronomía del sistema de regulación de empleo y, en concreto, de despidos colectivos.

Nuestro ordenamiento se ha venido caracterizando por una intervención preceptiva de la Administración laboral en los despidos colectivos. Empezó en 1935 para el caso de despidos parciales de trabajadores por falta de trabajo, o sea reducciones de plantilla sin cese total de actividades. Se facultó entonces al Ministro de Trabajo a establecer, como alternativa a esos despidos, turnos de trabajo o reducciones de jornada de trabajo oído el parecer del correspondiente Jurado Mixto que había de informar sobre esa posibilidad. Si en el plazo de 15 días el Ministro no adoptaba esas medidas por no considerarlas factibles el empresario podía proceder al despido. Desde ese momento, se han sometido, las reestructuraciones y reducciones de plantilla a intervenciones administrativas de distinto alcance y significado.

Esa intervención decisoria administrativa en las medidas empresariales de reducción de plantilla es singular en el panorama europeo, donde lo normal en Europa es que la Administración se limite a controlar la regularidad del procedimiento de consulta, formular propuestas u ofrecer medidas de reemplazo y protección social para los afectados (BLASCO). La autorización administrativa de los despidos está controvertida, y desde hace tiempo se viene proponiendo su supresión dentro de una reforma del régimen legal del despido que sería excesivamente rígido al que se imputan disfunciones y altos niveles de desempleo en el mercado de trabajo. También en este delicado momento económico se está sugiriendo desde determinados sectores políticos y económicos una reforma flexibilizadora y liberalizadora del despido como medida anticrisis. Reformas de la regulación del despido se han emprendido desde 1994, han tenido un éxito muy relativo, y su profundización habrá de encontrar grandes dificultades, aún más si se quiere que sean consensuadas en el diálogo social y

entre las fuerzas políticas. La regulación del despido se inserta en la ordenación del mercado de trabajo, y en el sistema económico y de empresas y a intereses contrapuestos de trabajadores y empresarios lo que hace muy delicada y difícil su regulación. Desde el lado empresarial, se demanda mayor liberalización o “relajación” del despido con el doble objetivo reducir el coste de las decisiones extintivas y el control o revisión de sus decisiones que implican o conllevan reestructuraciones de personal, en especial despidos. Los defensores de una mayor liberación del despido critican que los mecanismos de control que no ofrezcan suficiente seguridad jurídica y que no acepten causas razonables y proporcionadas teniendo en cuenta las necesidades reales de gestión empresarial, advirtiendo del peligro de que través de ese control no trate de ser sustituida una decisión empresarial por la de un tercero ajeno a la empresa, que desconoce su realidad interna y el desarrollo del programa contractual.

2. LAS DISTINTAS MODALIDADES DE DESPIDO Y EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL, COMO VÍAS PARA EL REAJUSTE DE LAS PLANTILLAS

No cabe olvidar que el despido, que permite al empleador resolver el vínculo contractual y desvincularse del trabajador tutela el interés del empresario, forma parte del haz de facultades, prerrogativas y poderes que el ordenamiento le concede como empleador y como gestor de una organización productiva, e incide en el ámbito y los fundamentos de sus otros poderes y en el grado de dependencia del trabajador. Los límites del despido afectan a la gestión de la empresa pero también a la sujeción y a la dependencia del trabajador y las posibilidades de defensa de sus derechos, por ello la legitimidad del despido se condiciona a la existencia de justa causa, exigencia que el Tribunal Constitucional ha deducido del art. 35 CE.

Esa justa causa puede responder a razones muy diversas, lo que hace que el despido cumpla funciones diversas en la gestión empresarial (resolutorias y liberatorias principalmente) aún con una finalidad común de “librarse” de un trabajador y desvincularse de un contrato cuya continuidad ya no se desea empresario. La regulación del despido aunque protege al trabajador como parte más débil del contrato, permite al empresario liberarse del vínculo contractual cuando comunique y pruebe la existencia de una justa causa que lo justifique a apreciar por el órgano competente.

Este es el objeto del régimen jurídico del despido cuyas fuentes reguladoras han sido fundamentalmente legales y heterónomas, no sólo en el régimen franquista, en el que la autonomía colectiva estaba constreñida, cuando no suprimida y perseguida, sino también en el sistema constitucional y democrá-

tico que ha consagrado al mayor nivel esa autonomía colectiva. La normativa estatal legal y la reglamentaria dejan muy escaso espacio regulador al contrato de trabajo (se han declarado nulas cláusulas contractuales que permitía la extinción por reducción de actividad) y, sin perjuicio de lo que luego se dirá, al convenio colectivo en el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo, y muy en particular del despido y de sus modalidades, en especial el de los expedientes de regulación de empleo.

Nuestro régimen legal de despido, establecido en el Estatuto de los Trabajadores y completado en la Ley de Procedimiento Laboral, ha incluido, como es sabido, tres regulaciones diferenciadas, la de los despidos “disciplinarios” basados en un incumplimiento del trabajador, la de los despidos individuales “objetivos” (y entre ellos los verdaderamente objetivos, por necesidades de la empresa), y la de los despidos colectivos. Cada una de estas modalidades puestas a disposición del empresario cumple una función propia y diferente en la gestión de la empresa. La diversidad de régimen jurídico no impide que sea un único instituto jurídico y que el poder de despido se ejerza siempre en interés de la empresa y al servicio de sus necesidades productivas. En teoría, sólo el despido objetivo del art. 52 c) ET y el despido colectivo son instrumentos de reestructuración de plantillas, sin embargo, la existencia de una única figura jurídica de despido, ha permitido la conversión de la utilización del despido individual improcedente formalmente disciplinario como vía de canalización y tratamiento jurídico de reestructuraciones de empresas y de la reducción de plantillas.

Este ha sido un primer factor para relativizar y reducir el papel real de las intervenciones heterónomas públicas en las decisiones empresariales de regulación del empleo. No todas las regulaciones de empleo con reducción de plantilla se canalizan a través del expediente de regulación de empleo. Además, no es ocioso recordar la operatividad del acuerdo bilateral o mutuo disenso, como mecanismo extintivo en el que formalmente la autonomía contractual bilateral tiene el papel protagonista pero en el que materialmente la iniciativa empresarial puede jugar un papel relevante, también por las contrapartidas económicas que suelen acompañar a los acuerdos extintivos, formalizados incluso como bajas voluntarias (incentivadas).

Entre nosotros, grandes organizaciones productivas llevan años reestructurando y rejuveneciendo su personal fuera de cualquier control administrativo y muchas veces sin intervención sindical alguna por medio de fórmulas de individualización de la extinción del contrato y de la negociación individual de sus consecuencias, con una cierta complacencia de los poderes públicos y de los sindicatos, que no suelen entrometerse en acuerdos individuales al respecto, pese a que supongan supresión de puestos de trabajo. Se trata, por ejemplo, de las *bajas incentivadas frecuentemente vinculadas a las prejubilaciones* con

convenios especiales y que se han reconducido a una extinción contractual por mutuo acuerdo, incluso cuando tienen una dimensión material colectiva por tratarse de una oferta abierta que puede afectar y ser aceptada por un número importante de trabajadores. Ese plan de prejubilaciones puede estar previsto en un convenio colectivo a través de la fórmula del contrato de prejubilación, siempre voluntario, vinculado a situaciones posteriores de jubilaciones anticipadas a partir de los 61 años, que también pueden conectarse formalmente con un ERE, en cuyo caso la jurisprudencia entiende que el origen de la jubilación no es voluntario, y que no existe mutuo acuerdo extintivo sino aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario, en el marco de un ERE y que impone al trabajador, tras un periodo de desempleo involuntario, una jubilación anticipada involuntaria (STS 21 de junio de 2007). Asimismo, la jubilación ordinaria aceptada por el trabajador o impuesta por la norma colectiva permite una reducción de personal al no ocupar el puesto de trabajo dejado vacante sin coste ni intervención externa.

También el *despido individual "subjetivo" injustificado* ha permitido reducciones de personal de alcance colectivo sin intervención administrativa alguna, ni siquiera de la representación de los trabajadores, mediante la aceptación del carácter improcedente del despido por el empresario y del coste de la indemnización cuando no se han logrado bajas incentivadas o acuerdos indemnizatorios, facilitado ello porque la doctrina de suplicación tiende a no computar para el umbral de los despidos colectivos los calificados ya de improcedentes y sean indemnizados o los que su improcedencia fue reconocida por el empresario (STJS Comunidad Valenciana, de 28 julio 2001). El carácter tasado de las indemnizaciones de despido ha dado certeza al coste del despido y, además, la reforma del artículo 56 ET de 2005 ha permitido al empresario reconocer que el despido ya realizado era improcedente y consignar la indemnización correspondiente a favor del trabajador (que con frecuencia se encuentra conforme a ese depósito). Con ello se evita el juicio y se ahorran los salarios de tramitación, lo que facilita y abarata el despido individual sin causa justificada, ha servido de incentivo para la extinción singular e indemnizable de contratos de trabajo y ha permitido reducciones de personal fuera del ERE, operando como mecanismo de reestructuración de plantillas.

Por otro lado, no cabe olvidar que en los procesos de despido hay un componente conciliador importante que refleja transacciones que pueden estar ligadas a situaciones de reducción de plantilla. En 2006 hubo un total de 64.000 procesos de despidos de los que sólo el 52% termina en sentencia, 34.000 casos se resolvieron en conciliación y el resto con desistimiento del demandante que puede implicar una transacción fuera del proceso. Al mismo tiempo, hubo unas 111.000 conciliaciones administrativas de las que terminaron con avenencia

unos 46.000. De este modo, 80.000 demandas de despido, acabaron en acuerdos conciliatorios fuera de control de fondo alguno, sin que quepa excluir que parte de ellos encubrieran reducciones de plantilla. Cuestión distinta es la del coste de esos despidos negociados y si en ese coste ha podido influir la amenaza de una intervención administrativa o las dificultades de canalizar los despidos a través de los expedientes de regulación de empleo.

También dentro de esos expedientes, la Administración ha permitido que antes y durante el período de consulta existan acuerdos extintivos individuales o bajas incentivadas con mejora de las indemnizaciones, sin profundizar las causas y razones que lleven a esas supresiones de empleo. Algunos acuerdos colectivos negocian no tanto despidos como las condiciones a través de las cuales el trabajador, voluntariamente, se incluye o acepta un plan empresarial de reducción de plantilla. El diseñado control colectivo y administrativo sobre las reducciones de personal ha tenido muchas veces un papel reducido y una rebaja del coste del despido improcedente podría tener efectos indirectos importantes en la dinámica de los ERE, pero en el sentido de facilitar su elusión en las reestructuraciones de empresas con reducción de plantilla, ampliando la esfera de individualización del despido, sin permitir a la Administración ni al control colectivo un papel moderador y racionalizador de las reducciones de personal.

3. OTRAS VÍAS DE ELUSIÓN DEL CONTROL ADMINISTRATIVO: LA CONTRATACIÓN TEMPORAL, LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA, LAS EXTINCIONES INDIVIDUALES Y LAS PREVISIONES DE LA LEY CONCURSAL

Otra quiebra importante de la intervención heterónoma resulta de la utilización de la contratación temporal facilitada como medida de fomento de empleo, tras las reformas del Estatuto de los Trabajadores de 1984 y otras posteriores. La dualización del mercado de trabajo en cuanto el mantenimiento del régimen actual de despido, sin modificar el núcleo del trabajo estable, ha generalizado fórmulas de flexibilidad de los márgenes, excesos de segmentación y desequilibrios en el mercado de trabajo con incremento de contratos temporales o atípicos precarios o fácilmente desechables, excluidos de hecho de la regulación del despido y de la intervención pública y colectiva en la reducción de ese personal, por estar excluidos del sistema de protección frente al despido. A través de la contratación temporal el empleador ha recobrado márgenes de autonomía y de disponibilidad sobre el nivel de empleo con la consiguiente reducción de la intervención administrativa.

Una cuarta vía que ha permitido eludir intervenciones heterónomas sobre las decisiones empresariales de reestructuraciones de personal han sido los

complejos fenómenos de descentralización productiva. Sin necesidad de hablar de las deslocalizaciones en las que la producción se externaliza a terceros países, fuera de todo control estatal interno, las empresas en red, los grupos de empresa, las contratas de servicios y actividades, la utilización de empresas de trabajo temporal, que permiten a un empresario mantener un núcleo duro mínimo de personal, que sería el único controlable por la Administración en los despidos colectivos, y servirse de otros instrumentos para externalizar o subcontratar actividades sin asumir la condición de empleador directo, facilitando la adaptación de esos servicios externos a las cambiantes necesidades, y desprenderse de personal “indirecto” sin tener que acudir a expedientes de regulación de empleo. Serán los empleadores de esos trabajadores lo que tengan que asumir esa tarea, basándose precisamente en las necesidades que derivan del cese o reducción de encargos por la empresa principal, decisión no controlable por la Administración que no puede responsabilizarle de esos ceses. De nuevo reaparece la autonomía en forma de poder empresarial en un ámbito que podría haber sido heterónimo o estar intervenido.

Una quinta razón de exclusión de la intervención heterónoma ha sido el establecimiento de umbrales para la exigencia de un ERE permitiendo un espacio de despidos individuales o plurales por motivos atinentes a la empresa, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Según la jurisprudencia, las extinciones contractuales que regula el art. 52, c) son una variedad de las extinciones colectivas caracterizadas por afectar a un menor número de trabajadores que la regulada en el art. 51,1 ET (STS 16 de febrero de 1998). La STS 30 de septiembre de 2002 ha afirmado que “la mayor gravedad de la situación en atención al superior número de trabajadores afectados”, justifica particulares exigencias y procedimiento en los despidos colectivos, que no se dan en los individuales o plurales y que conduce a dotar de una mayor flexibilidad a éstos. Pese a que la causa sea común la doctrina de suplicación ha afirmado que el despido colectivo del art. 51. 1 ET presenta exigencias más rigurosas para su justificación que el despido del art. 52 c) ET (STSJ Cataluña 15 septiembre de 2000).

La ampliación del espacio legal de actuación del art. 52.c) ET y una interpretación judicial más abierta de esta causa de despido para respetar “el campo de actuación de la libertad del empresario” y no “desbordar” el ámbito del control judicial han hecho de este tipo de despido un mecanismo extintivo que puede operar de forma alternativa o complementaria al ERE sin los controles públicos y sindicales propios de éste (sólo hay que dar cuenta a la representación de los trabajadores, con la función según la doctrina de suplicación de evitar un so fraudulento del despido sin utilizar el ERE), contando además las pequeñas empresas con la ayuda del FOGASA. El art. 51.1 ET establece un umbral numérico para los despidos colectivos sometidos a ERE, tomando en

cuenta, como es sabido, un periodo de referencia de 90 días, y un número máximo de trabajadores en función de la dimensión de la empresa. Respetando esos umbrales el despido es posible aún en el caso de supresión de todos los puestos de trabajo y cierre de la empresa. En empresas de hasta 20 trabajadores el art. 52 c) permite desprenderse hasta casi la mitad de la plantilla, solo en las empresas de más de 100 trabajadores el umbral numérico impide reducir más del 10 por ciento de personal. Dada nuestra estructura productiva la operatividad del ERE queda reducida en la práctica a empresas de más de 50 y en especial de más de 100 trabajadores, que dependen el ochenta por ciento del ERE. Los demás despidos objetivos están fuera del control administrativo y se someten a una revisión judicial sobre su causa y forma, teniendo su calificación como procedente, improcedente o nulo.

Pero aún superado ese umbral, la aplicación del régimen previsto en el art. 51.1 ET para la intervención administrativa, queda excluida en los procedimientos concursales. Dentro de la Ley Concursal se ha incluido un subsistema de regulación de los despidos colectivos, que sigue muy de cerca el esquema del art. 51 ET pero con singularidades respecto a las partes que intervienen y a su tramitación, pues el ERE concursal ya no es un expediente administrativo sino judicial y su resolución no es administrativa sino judicial, tras una participación colectiva similar a la del procedimiento ordinario. Lo más significativo de este sistema legal diferenciado de regulación de empleo en el procedimiento concursal es la falta de resolución administrativa del ERE. Este expediente se ha de tramitar ante el juez del concurso, al que corresponderá resolverlo excluyendo la competencia de la autoridad laboral y del juez de lo contencioso administrativo o el de lo social. El juez de lo mercantil ocupa el lugar de la autoridad laboral en la autorización de los despidos que es “una resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal” (art. 208, 1, 1, a) LGSS). No obstante la Ley Concursal prevé que el Juez del concurso solicite “un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado”, que habrá de tenerse en cuenta al adoptar la correspondiente resolución” (art. 64.6, 2 Ley Concursal). A diferencia del ERE administrativo ese informe se solicita finalizado el plazo de consultas y no lo lleva a cabo la Inspección de Trabajo sino la autoridad laboral competente.

4. LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Podemos entrar ya en el campo propio y limitado del ERE, cuyo marco legal es el art. 51 ET. No obstante ha de recordarse que el art. 85 ET, reconoce la competencia del convenio colectivo para establecer procedimientos para

resolver las controversias surgidas en los ERE y para “articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos colectivos en el ámbito correspondiente”. Esta última competencia, introducida en la reforma de 1997, ha de ejercerse respetando en sus líneas esenciales del marco legal y reglamentario y en especial las competencias administrativas. La práctica negocial hasta ahora no ha sido muy rica y ha operado unas veces en sentido negativo, como compromisos de no acudir a ERE, en otros casos se han determinado indemnizaciones, criterios de selección de trabajadores, compromisos de recolocación, etc., sin incidir sustancialmente en el margen de decisión de la Administración.

En el ERE, la autonomía colectiva juega un importante papel que opera fundamentalmente a través de derechos de consulta, información y negociación de la representación de los trabajadores, también como posible solución alternativa a la heteronomía pública. El ERE incluye, como es sabido, una fase preceptiva de consulta con la representación de los trabajadores que incluye un deber de negociar de buena fe y que supone una procedimentalización del ejercicio del poder empresarial de despido. El carácter coetáneo y masivo de los despidos y el basarse en una causa común inherente a las necesidades de la empresa, le ha dado una dimensión colectiva, no solo cuantitativa, sino con un valor cualitativo; el despido trasciende de los despedidos, de sus contratos de trabajo, y de los intereses de las partes concretas afectadas, incide en intereses colectivos no siempre homogéneos y sobre los que la representación de los trabajadores han de buscar un difícil punto de equilibrio en el momento del control colectivo de la decisión. Esa dimensión colectiva explica e, incluso, justifica la intervención de los representantes de los trabajadores, impuesta, además, por el Derecho Comunitario, y que responde a finalidades que van más allá del mero control de la causa de despido.

Esa consulta incluye un suministro de información, de puesta en conocimiento de los hechos que justifican la existencia de la causa económica, en el sentido amplio del término, para justificar las medidas de despido. El ERE tiene por objeto principal probar la existencia de la causa alegada y la idoneidad de los despidos proyectados para contribuir a superarla. Por ello, la solicitud a la autoridad laboral y la simultánea apertura del período de consultas en cada centro de trabajo, deberán acompañarse de toda la documentación necesaria “para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar” (art. 51). El desarrollo reglamentario exige acompañar como documentación mínima, la memoria explicativa documentada de las causas del proyecto de despido colectivo, el número y categoría de los trabajadores que vayan a ser afectados, los criterios que se tendrán en cuenta para su designación, y el período a lo largo del que está previsto efectuar las extinciones contractuales, y un plan de acompañamiento social, en empresas de cincuenta o más trabajadores. En la consulta se deberán examinar por la repre-

sentación de los trabajadores las causas motivadoras del expediente y las posibilidades de evitar o reducir sus efectos y sobre “cuantas soluciones procedan para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados y posibilitar la continuidad del proyecto empresarial”. Es una consulta con vistas a una posible negociación, que ofrece ocasión de negociar las medidas empresariales en proyecto. Como en toda negociación se podrán formular propuestas y contrapropuestas que deberán tender a la búsqueda de soluciones al problema tratando de evitar en lo posible consecuencias negativas para los trabajadores.

En esas negociaciones se entrecruzan dos planos. Primero el plano de la realidad y suficiencia de las causas alegadas; el despido colectivo se somete rigurosamente al principio de causalidad, y se ha de constatar la existencia de la causa y la proporcionalidad de la medida de reestructuración de la plantilla con pérdida de empleos. En segundo lugar, el plano de las medidas sociales de acompañamiento a las medidas de reestructuración a favor de los trabajadores afectados por la reestructuración (p.ej. medidas laborales relativas al reparto interno del trabajo y a la reorganización de la jornada, de empleo alternativo, de reocupación en otra empresa, de movilidad geográfica, de políticas activas de formación o readaptación o de protección social, como las jubilaciones anticipadas). Las medidas sociales de acompañamiento, que no son meramente reparadoras, forman parte del objeto de las consultas y suponen una carga empresarial con vistas a la aceptabilidad de los despidos, aunque no cabe ignorar que en esas medidas sociales de acompañamiento la complicidad y el apoyo de los poderes públicos, incluido el INSS o el FOGASA pueden reaparecer para facilitar acuerdos. Como en toda negociación, con un trasfondo de posibles medidas de conflicto no cabe excluir intervenciones públicas tendentes a facilitar el acuerdo. Por otro lado no cabe olvidar que durante ese periodo de consultas se habrá emitido normalmente el Informe de la Inspección de Trabajo sobre las causas motivadoras del expediente que aunque tenga por objetivo facilitar la resolución de la autoridad administrativa y el posterior control judicial de la autorización es un elemento relevante que debe influir en el resultado negocial del periodo de consultas.

El art. 51 ET establece que la finalidad de la consulta es posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, y también un vehículo para lograr ese objetivo con el menor sacrificio laboral posible, pero dando primacía a esa viabilidad y permanencia de la empresa sobre el interés de los trabajadores a la conservación de puestos de trabajo. Prevalece el interés del mantenimiento de un tejido productivo eficiente al del mantenimiento de empleos redundantes, aunque no debe olvidarse que el expediente puede estar dirigido no al salvamento de la empresa sino a su liquidación extraconcursal. La consulta y del eventual acuerdo aseguran un control colectivo preventivo de la reducción de empleos, que puede condicionar y mediatizar el ejercicio del poder de despido,

que continua siendo un poder unilateral frente al cual el control colectivo no opera como posible veto pero sí puede facilitar su ejercicio. En caso de lograrse un acuerdo “la autoridad laboral procederá a dictar resolución autorizando los despidos” (art. 51, 5 ET), sin perjuicio de la posible y excepcional impugnación judicial.

El acuerdo es vinculante, excluye un margen de decisión heteronómo, y reduce sensiblemente el protagonismo de la autoridad laboral. En el año 2007, de 2319 ERE de extinción de contratos, 2190 terminaron con acuerdo, resolviéndose administrativamente sólo 120 expedientes, que han afectado únicamente a 1.354 trabajadores, sobre los que ha operado realmente el control administrativo (alrededor de un 1'5 % de la totalidad de los despidos). El legislador ha favorecido la gestión colectiva de las reestructuración y concede a las partes un amplio espacio negocial limitado haciendo que la intervención pública opere materialmente sólo a falta de acuerdo. De todo lo anterior cabe deducir que el problema central de la reforma de la regulación de despido no es ya cuantitativamente la aceptación o eliminación del control administrativo de esos despidos. Lo que lleva la cuestión al significado cualitativo de ese control.

Antes de entrar en el análisis de ese control administrativo, cabe abrir un breve paréntesis sobre la dialéctica individual y colectivo, en los acuerdos sobre despidos colectivos, en el seno de los expedientes de regulación de empleo. La autonomía colectiva, en cuanto opera sobre los contratos individuales y los vincula, aparece frente a ellos como una decisión heterónoma. Lo que llamamos despidos colectivos no son tales, sino sólo por el número de afectados, suponen actos de despido distintos y diferenciados. La homologación preceptiva por la autoridad laboral del acuerdo logrado con los representantes de los trabajadores permite al empresario acordar legítimamente esos diversos despidos con las consecuencias correspondientes.

La imprecisión normativa existente sobre los criterios de selección de los despidos, puede dar al empresario un amplio margen de elección y su cuestionamiento es un momento decisivo si no el único para defender al trabajador individual. Ese acuerdo favorece a los que se quedan y perjudica a los que se van, pese a las compensaciones económicas que reciban pierden su empleo, a veces definitivamente y en ello los intereses de unos y otros trabajadores pueden estar en abierto conflicto. Nuestro sistema sacrifica en estos casos el interés individual del trabajador singular cuya capacidad de defensa individualizada frente a la actuación colectiva queda sustancialmente limitada. Ha recordado LUCA TAMAJO, que el control sindical de los procesos de decisión empresarial de reorganización del proceso productivo, incluye derechos de información, consulta y negociación, que permiten a la representación de los trabajadores conocer los términos y las modalidades del proyecto empresarial e interferirse en él, incluso con acciones de presión o autotutela, pero ese control,

hace que las garantías individuales pierdan centralidad respecto las tutelas procedimentales colectivas y limitar la posibilidad del trabajador individual de hacer valer en vía autónoma sus propios derechos individuales, incluso frente al grupo, para cuestionar el contenido de acuerdos “concesivos” al aceptar extinciones del contrato de trabajo y que someten al trabajador individual con sacrificio de su autonomía individual.

En el ERE se favorece, en línea con el legislador comunitario, la dimensión colectiva y las técnicas de tutela colectiva, lo que ha permitido una supremacía de la autonomía colectiva sobre la autonomía individual, sacrificando legítimos intereses individuales al dar mayor valor a los intereses e instrumentos colectivos, a través de los cuales se defienden los intereses del conjunto de trabajadores. Este es un tema que incide también en la autorización administrativa, pero que no se resuelve con su supresión, como medida que afecta a un colectivo o grupo, el tratamiento del despido colectivo y el de su control deben atender primariamente a la dimensión colectiva, y la dimensión individual reaparece fundamentalmente en el tema, no bien resuelto entre nosotros, de la elección empresarial de los trabajadores a despedir.

Pero volvamos al control administrativo. Este control es cualitativamente diverso del poder sindical; el marco legal y su interpretación judicial han tratado de asegurar una decisión administrativa ponderada y equilibrada, sometida a requisitos estrictos de motivación y controlable judicialmente, imponiendo un informe técnica a cargo de la Inspección de Trabajo como garantía de objetividad haciendo del control administrativo un control casi judicial eminentemente jurídico lo que ha permitido recuperar los aspectos negociales del acto de despido, diluido hasta hace poco en el marco del procedimiento de extinción colectiva de los contratos de trabajo y reducir notablemente la anterior discrecionalidad administrativa, que no había servido de factor de flexibilidad sino de rigidez.

El proceso de objetivación de la causa de despido colectivo ha estado influido por el proceso paralelo de objetivación y especificación del despido previsto en el artº 52 c) ET que en las reformas de 1994 y 1997 ha tratado de ampliar las posibilidades del despido individual por necesidades de la empresa como instrumentos de una gestión productiva de la empresa, abriendo esta vía, poco transitada, de despido individual con el propósito declarado de asegurar la pervivencia de la empresa y su competitividad.

La nueva redacción de esta causa de despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y su interpretación por la jurisdicción social ha influido mucho en la interpretación por los tribunales de lo contencioso administrativo de las causas del art. 51 ET, confirmando la identidad de causas al margen del diferente régimen jurídico aplicable por el número de trabajadores afectados. Ello ha hecho difícil una distinta interpreta-

ción y aplicación judicial y administrativa del alcance de esas causas al revisar el motivo empresarial alegado y probado, desde el análisis de la situación de la empresa y de las consecuencias que los despidos pueden tener en el funcionamiento de la empresa, en relación con el mercado, la evolución de la demanda y la mejor organización de los recursos humanos y al tener en cuenta la posición de los trabajadores. Así por ejemplo, la STS de la Sala 3^a de 12 septiembre de 2008 cita al aplicar el art. 51 la jurisprudencia social sobre el art. 52, c) ET, o la STS Sala 4^a de 12 de junio de 2008 sobre la base de los arts. 51 y 52 c) llega a la conclusión de que basta con acreditar la existencia de pérdidas continuadas y cuantiosas para estimar que la supresión de de puestos de trabajo contribuye a superar la situación de crisis económica sin que la empresa tenga la carga de probar la suficiencia de la medida para superar la crisis, ni que adoptaba otras medidas que garantizaban la superación de la crisis.

El legislador ha sujetado el despido colectivo, en caso de falta de acuerdo colectivo, a un control administrativo de fondo sobre la seriedad y corrección de las razones alegadas por el empresario para justificar los despidos proyectados; las exigencias de la empresa operan como justa causa que las legitima y justifica, habiendo de comprobar el órgano administrativo si las mismas pueden contribuir a mejorar la situación de la empresa, a recuperar o mantener su eficacia productiva o si, incluso, la organización productiva ha de desaparecer. La exigencia legal de acreditación objetiva de la causa en este despido supone positivamente suficiencia, actualidad y realidad, y negativamente, eliminar arbitrio, caprichos o posiciones subjetivas. El estándar de referencia es lo que razonablemente cualquier “buen empresario” haría en el caso, teniendo en cuenta también que nuestro legislador ha tratado de minimizar los costos sociales de estos despidos a través de la exigencia de indemnización y de la cobertura del desempleo y de medidas sociales de acompañamiento.

Como ha afirmado la jurisprudencia, el expediente de regulación de empleo es un mecanismo de control causal encaminado a evidenciar si concurre realmente la causa alegada por el empresario. La autoridad administrativa, contando con el valioso informe de la Inspección de Trabajo, ha de controlar, pues, la seriedad de las razones alegadas, y valorar la existencia de nexo causal entre la decisión organizativa y los despidos verificando la racionalidad de la decisión empresarial de acuerdo a reglas de experiencia o de normalidad técnico-organizativa sin sustituir el margen de discrecionalidad del empresario en el diseño de lo que estime más adecuado de su organización y de los recursos necesarios para ello. A este respecto, la STS de 26 de mayo de 2003 destaca cómo en el ERE confluyen elementos de trascendental importancia, vinculados a derechos individuales y a las posibilidades de supervivencia de la empresa y que, por ello se mantiene el sistema de intervención administrativa, aunque flexibilizado al considerarse bastante la proporcionalidad de la extinción colec-

tiva de contratos de trabajo, cuando resulta idónea para superar la situación de crisis y hacer viable en su caso la continuidad de la empresa. La interiorización y contractualización del interés organizativo en la estructura negocial ha evitado restricciones desproporcionadas frente al despido por interés económico-productivo, examinando su razonabilidad, racionalidad, congruencia y proporcionalidad aunque ello ha generado una cierta traslación de riesgos al trabajador, que se trata de compensar mediante indemnizaciones a cargo del empresario y prestaciones sociales y políticas públicas activas de empleo. Por eso, se prevé que simultáneamente al despido se habrá de abonar a los trabajadores la indemnización legalmente prevista, o la mejorada por acuerdos colectivos individuales.

El punto de equilibrio entre la tutela de trabajo y la libertad de empresa está en la exigencia de razonabilidad, racionalidad, congruencia y proporcionalidad de los despidos en relación con la causa alegada, debiendo comprobar la Administración si el mismo se corresponde y contribuye previsiblemente a superar la problemática y propósito empresarial que se configura como causa que lo justifique, sea ésta económica, técnica u organizativa, en la medida que la circularidad de estos conceptos permita establecer distinciones claras entre ellos.

No basta, pues, alegar y probar una causa objetiva, vinculada a las circunstancias de la empresa, ésta ha de tener entidad e importancia como para justificar el despido, como medida razonable, ponderada (en función también de la adecuada toma en cuenta de los intereses del trabajador), y proporcionada, no siendo factible una alternativa menos dolorosa. El despido, aparece como “inevitable”, pero en cuanto meramente proporcionado ya no es “ultima ratio”. Según la STS de 21 de abril de 2005

“La intervención administrativa en los expedientes de regulación de empleo tiene por objeto... que los despidos colectivos se produzcan con un control previo en defensa de los intereses generales que pueden resultar afectados, entre ellos, los intereses de los trabajadores, también la competitividad empresarial, costes económicos de los procesos de reestructuración o ajuste de plantilla. Se sujetan los poderes empresariales a la existencia de causas justificativas previstas legalmente, sin que la necesaria autorización pueda desligarse de su condición causal... La Administración, al otorgar o denegar ha de confrontar la solicitud empresarial con las causas legales con independencia de la complejidad material o técnica de esa confrontación y de las dificultades que supone la valoración que la Administración debe hacer de la concurrencia de las causas legales atendiendo a los fines previstos por el legislador. Y con independencia, asimismo, de los posibles intereses enfrentados de los trabajadores en la tramitación del procedimiento administrativo”.

De lo anterior se deduce que el control de la Administración se ha restringido sensiblemente por obra de la jurisprudencia, convirtiéndolo en “un proce-

dimiento de verificación... de carácter reglado”, sin que (las Administraciones) dispongan de facultades discrecionales que les permitan oponerse a los despidos ni tampoco arbitrar o solucionar conflictos entre intereses de los empresarios y trabajadores al margen de las previsiones causales establecidas por el legislador”. La Administración laboral carece de un margen de discrecionalidad ni puede oponerse a los despidos si existen causas legales, ni puede buscar soluciones intermedias para conciliar los intereses en contraste. Para nuestro Tribunal Supremo se ha de limitar a comprobar si concurren las causas legales, y no puede denegar la autorización “si se aprecia la concurrencia de una causa legal a la que se anuda la procedencia de la regulación de empleo” (STS 12 de septiembre de 2008). La autorización administrativa no puede denegarse si quedan evidenciadas suficientemente las causas y como todo acto reglado está sometido a una revisión judicial plena. Sin embargo, el informe técnico de la Inspección de Trabajo incorporado preceptivamente al expediente, puede ser decisivo no sólo para la resolución de la Administración, en cuanto que goza de presunción de veracidad sobre la realidad de la situación negativa de la empresa y la contribución de las medidas empresariales propuestas para su superación. Pero aquí ya no se está ante una fase decisoria sino ante una función administrativa de consulta técnica a través de un informe que procesalmente podía calificarse de “pericial”.

La jurisprudencia contencioso administrativa más reciente tiende a excluir del contenido de la autorización administrativa la fijación de indemnizaciones, teniendo en cuenta, además, la competencia del orden social de la jurisdicción para exigir y determinar el abono de esa indemnización a la que no se condiciona el efecto del despido, siguiendo una larga tradición de que la falta de abono o la determinación del importe de la indemnización es competencia de la jurisdicción de trabajo (STS 9 de abril de 1990), en un proceso laboral ordinario, como una reclamación de cantidad y no como una demanda de despido. No obstante, al homologar el acuerdo colectivo, la Administración homologa también la cuantía superior indemnizatoria que pueda establecerse en ese acuerdo. Lo que la Administración no puede es por sí misma ampliar esa cuantía más allá de los mínimos legales.

Un problema más complejo es el de la necesidad de incorporar o no la relación de los trabajadores afectados por la extinción, o si basta establecer criterios cuantitativos y cualitativos para su determinación, correspondiendo al empresario, en principio, la selección de los trabajadores afectados por las extinciones (STS 4 de mayo de 2004), respetando así las reservas legales establecidas y evitando medidas discriminatorias.

La tendencia dominante hoy es que la autorización administrativa no tiene por qué contener una relación nominativa de los trabajadores afectados por la extinción, sino únicamente de los criterios aprobados para adoptar la determi-

nación correspondiente. “Si la Administración se limita a homologar el acuerdo extintivo pactado y sus criterios de afectación individual, sin integrar en tal resolución la determinación de las personas que deban ser incluidas en la extinción de la relación laboral, bien por su designación nominal, bien por referencia a una condición, cualidad o circunstancia que prácticamente equivalga a esa determinación, únicamente cabrá impugnar la resolución de aprobación del expediente por la vía contencioso-administrativa, bien sea alegando la vulneración de los requisitos formales a seguir en la tramitación del mismo, la falta de legitimación negociadora de las partes firmantes del acuerdo, o la falta de las razones tecnológicas, económicas, organizativas o de producción que sirvan de justificación al despido colectivo” (STS de 12 de febrero de 2003).

La selección de los trabajadores a despedir, cuando no se establece en el acuerdo o en la autorización administrativa la lista concreta de los trabajadores afectados plantea conflictos que han de ser resueltos en vía administrativa. Ante la falta de claridad legal sobre cual sea el órgano judicial competente para conocer sobre esa selección, se ha llegado por parte de los Tribunales a un reparto competencial algo salomónico. El conocimiento por la jurisdicción laboral o administrativa no depende del tema mismo, esa selección, sino del contenido de la resolución administrativa, de modo que las cuestiones relativas a la selección o inclusión de los trabajadores afectados por los despidos sólo pertenece al orden contencioso administrativo cuando la lista de trabajadores afectados se incluya en la autorización administrativa, toda cuestión fuera de esa resolución administrativa será competencia del orden social de la jurisdicción “puesto que no se haya incluido dentro de la parcela reservada a la Administración” (BLASCO PELLICER). Por eso, corresponde a la jurisdicción social conocer de las demandas de despido de las personas concretas elegidas dentro del número determinado dentro de la cifra máxima establecida en la resolución administrativa, y ateniéndose a los criterios de aceptación establecidos en su caso, cuyo respeto es responsabilidad del empresario pero que ha de ser exigido ante los tribunales del orden social. Esa dualidad de órdenes jurisdiccionales también ha generado también un proceso progresivo de reducción del espacio de decisión de la autoridad laboral y una ampliación del margen de decisión empresarial, aunque sometido al control de la jurisdicción social.

Con ello queda definitivamente claro que la autorización administrativa no extingue por sí misma los contratos de trabajo, se limita a autorizar al empresario para extinguirlos, y que es necesario un ulterior acto de despido. La tesis dominante hoy, tanto en la jurisdicción contencioso administrativa como en la social, es la de 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 12 de septiembre de 2008).

En todo este diseño de la intervención decisoria de la Administración, el punto más crítico no está tanto en el alcance muy limitado de esa decisión sino en las disfunciones que ha provocado su revisión judicial posterior y la dualidad de jurisdicciones, la del orden social y la del contencioso administrativo, que intervienen pues se sigue manteniendo, a la espera de la aplazada reforma del art. 3 LPL, una dualidad de órdenes jurisdiccionales competentes en torno a los despidos colectivos, dada la concurrencia de competencias administrativas y laborales

Dado el carácter reglado de la intervención administrativa en los expedientes de regulación de empleo, ya sea para homologar un acuerdo que no puede objetar salvo defectos formales o existencia de fraude, dolo o coacción, ya sea para aceptar una medida de despido colectivo cuando existe y se prueba satisfactoriamente causa que lo justifique. La Administración resuelve por sí misma pocas veces (a diferencia de la intervención de la Inspección de Trabajo) y su función se ha reducido a un control jurídico similar al de un órgano judicial. El grado de heteronomía en esta materia es bastante menos intenso de lo que a primera vista resulta en un diagnóstico frecuente sobre el exceso de rigidez y de intervencionismo administrativo en las reestructuraciones de empresa.

No cambiarían muchas las cosas si el art. 51 estableciera, a falta de acuerdo colectivo en el ERE, la remisión del asunto al órgano judicial, que habría de ser el juez de lo social que asumiría la función que hoy le corresponde en los despidos objetivos de menor dimensión, y que ya tiene asignada el juez concursal. O se impone esta solución judicial directa, que solo puede ser de la jurisdicción social, o se resuelven de una vez los problemas del control judicial ex post de los despidos colectivos autorizados.

Por un lado, los acuerdos en el período de consulta han de ser impugnados ante la jurisdicción social, por eso se ha cuestionado la virtualidad de la homologación administrativa de esos acuerdos que reflejan materialmente pactos extintivos (DESDENTADO), y en los que en la vía judicial laboral puede ejercerse un control adecuado y, posiblemente, con mejor conocimiento del papel propio de la autonomía colectiva. De ser así esto, la autorización administrativa sólo operaría en los casos de falta de acuerdo.

En relación con esa autorización en sentido estricto el orden jurisdiccional competente es el contencioso administrativo, con la función propia revisora de esta jurisdicción, que habrá de examinar si se han cumplido los requisitos procedimentales, pero que también examina la existencia de la causa alegada y su congruencia con la medida empresarial. En este tema ha habido una evolución jurisprudencial paralela a la evolución normativa que ha acentuado la

intensidad del control judicial sobre la decisión administrativa a partir de la calificación de ésta como acto reglado, partiendo primero de la idea de error manifiesto, para luego, llegar a entrar en una nueva valoración jurídica de la causa que ha llevado a anular resoluciones administrativas que han afectado siempre ya a contratos de trabajo extinguidos, y han generado problemas muy complejos, en parte irresolubles sobre los efectos de esa anulación sobre los despidos ya consumados al ser ejecutivas las resoluciones administrativas correspondientes, y alargarse mucho en el tiempo el proceso contencioso administrativo y sus distintas fases, sin que la sentencia judicial resuelva sobre las consecuencias esa anulación en los despidos ya realizados materia, relativa a actos privados ulteriores a la autorización administrativa y que se considera propia de la jurisdicción social. Ésta viene decidiendo que esa anulación de la autorización supone la pérdida de efectos de esos despidos como si los correspondientes contratos de trabajo no se hubieran extinguido y continúan vigentes con el correspondiente derecho del trabajador a reincorporarse al trabajo con las condiciones laborales precedentes, haciéndose equivalente la no readmisión a un despido (bien entendido que, según la doctrina de duplicación, ese despido se genera por la no readmisión y no meramente por la anulación de la autorización). Ello supone volver las cosas a como estaban antes del inicio del expediente de regulación de empleo, varios años después, y, aunque el legislador ha tratado de reducir los efectos *ex tunc* de esta pérdida de efectos del despido, al no reconocer el derecho a los salarios de tramitación, el empresario afectado por esa anulación tendrá o que mantener esos puestos de trabajo que trató de eliminar o proceder de nuevo a los despidos, teniendo en cuenta que no puede alegar ya como causa de despido colectivo la causa que hubiera rechazado la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las consecuencias de esa anulación posterior de la autorización administrativa son considerables para la empresa afectada, que, incluso, ha tratado de imputar a la responsabilidad patrimonial de la Administración el coste económico de esas consecuencias. En todo caso, de esa problemática judicial en relación con la autorización administrativa, en buena parte derivada de la reforma de los despidos objetivos iniciada en 1994, deriva que puedan cuestionarse seriamente las ventajas de una intervención administrativa, que es previa pero no alternativa a la intervención judicial. Es claro que, como los despidos han de ser justificados han de someterse a “mecanismos de control de la existencia o cumplimiento del elemento causal de la extinción, sean éstos administrativos y previos o judiciales y (también previos o) posteriores” (CASAS BAAMONDE). La Directiva comunitaria sobre despidos colectivos se refiere a procedimientos y/o jurisdiccionales, es neutra sobre el mantenimiento o la eliminación de la autorización administrativa, pero esa neutralidad en parte refleja la indiferencia del autor del control si ese control se reduce a la legiti-

midad de la decisión empresarial, en relación con la apreciación de la existencia de una causa de despido. Hay una cierta incongruencia en la jurisprudencia contencioso administrativa cuando, por un lado, justifica la intervención administrativa por razón de los intereses en juego y, luego, al apreciar la causalidad del despido opera en una perspectiva de racionalidad y proporcionalidad en la que entra en juego, ante todo, la existencia de un efectivo interés empresarial que es objeto de especial tutela. La defensa de los intereses generales en razón de su dimensión colectiva es la que ha venido legitimando la intervención administrativa, pero si esos intereses generales se desdibujan o marginan, al reconocerse un derecho de despedir cuando exista justa causa, y si se eliminan facultades discrecionales de la Administración, la razón de ser de esa intervención se reduce, al centrarse en el control de la existencia efectiva de las causas legales, que supone un control limitado de la salvaguardia de los intereses y de los derechos de los trabajadores.

De todo lo anterior se deduce, por un lado, que el régimen de autorización administrativa como tal tiene más un valor simbólico que real en la regulación legal del despido y su posible reforma, una vez que se determina la causalidad del despido colectivo y su necesario control, a lo que se subordina estrictamente ese control administrativo, a su vez rigurosamente controlado por los jueces que, por otro lado, progresivamente están reduciendo su anterior riguroso control sobre las decisiones empresariales, al haberse flexibilizado la definición de las causas de los despidos objetivos en el plano individual y como reflejo en el plano colectivo.

La cuestión está muy relacionada con la posible reforma del régimen de despido que ocupa el centro del debate actual sobre la flexiguridad que ha iniciado el Libro Verde de la Comisión sobre la Modernización del Derecho del Trabajo, que propicia reformas en los sistemas nacionales de Derecho del Trabajo, para adecuarlos a los cambios tecnológicos, económicos, demográfico organizativos y culturales, que habrán de afectar al régimen jurídico del despido, consistentes en “una combinación entre una relajación de la legislación de protección del empleo y una asistencia adecuada a los desempleados, en forma de compensaciones por pérdida de ingresos (políticas pasivas del mercado de trabajo) y también mediante políticas activas del mercado de trabajo”.

La conclusión es, por un lado, que la autorización administrativa, en cuanto homologación del acuerdo colectivo, no tiene hoy fundamento sólido, y, por otro lado, que el mantenimiento de la autorización administrativa a falta de acuerdo podría justificarse pero no es un elemento necesario al sistema, dada la progresiva judicialización del control de las causas de despido. En todo caso, de mantenerse, habría de revisarse el régimen actual de competencia judicial compartida, restableciendo la vigencia del art. 3.2 LPL.

Se postulan hoy como elemento central de la modernización del Derecho del Trabajo cambios en la regulación del despido, renunciando a asegurar la estabi-

lidad en el puesto de trabajo para establecer un régimen de despido más abierto y flexible, compensado con medidas de protección social y políticas activas de empleo que ofrezcan al trabajador mayor seguridad en el mercado y más facilidad de encontrar nuevos empleos. El Libro Verde de la Comisión sobre esa modernización se refiere a un reajuste de las causas, de sus costes y de los instrumentos de control, para facilitar una gestión más eficaz de las empresas y su adaptación a las necesidades de sistemas productivos más dinámicos, abiertos y competitivos. Los despidos colectivos ya no obedecen a sólo situaciones de dificultades o desequilibrios económicos ello ha dado lugar a una noción más amplia del motivo económico y a mecanismos de control alternativos, a los que se refiere el art. 85 ET.

La noción de flexibilidad podría servir para superar la lógica individualista compensatoria, de la indemnización del despido, que no asegura ni facilita la pronta vuelta al trabajo, y asegurar un acompañamiento del trabajador en las “transiciones” con prestaciones sociales más generosas y políticas activas más eficaces, evitando las consecuencias dramáticas de la pérdida de empleo. Introducir más racionalidad en el sistema de despido sólo será posible si se acompaña de mecanismos de seguridad “profesional” en el mercado, lo cual es muy costoso y nada fácil dada las rigideces existentes no tanto en el régimen de despido sino en la falta de dinámica de nuestro mercado de trabajo, en la que el despido aparece como el principal si no único instrumento de reestructuración.

La mayor flexibilidad debería afectar no a la exigencia de causa razonable para el despido, sino, sobre todo, a la distribución social de las consecuencias de los costes del despido mediante una mayor protección en el mercado de trabajo, facilitando su acceso a él, favoreciendo transiciones y adoptando instrumentos de formación permanente, impidiendo el deterioro profesional del trabajador desempleado o la ruptura de carreras asegurando mecanismos adecuados de cobertura social de la situación de desempleo, pero evitando que los mismos desanimen la vuelta al trabajo.

Estas medidas son en su mayor parte externas al Derecho del Trabajo y al régimen jurídico del despido; se trata de modernizar la protección social, la formación profesional, las políticas activas de empleo y la transparencia del mercado de trabajo, todas ellas pueden facilitar un funcionamiento más satisfactorio de la protección legal contra el despido, pero suponen también una transformación del papel de la Administración Laboral menos de policía y de control y mucho más proactiva con intervenciones en el mercado de trabajo y en las relaciones laborales, lo cual podría facilitarse quizá con la supresión de la autorización administrativa de los despidos colectivos, que podría facilitar un mayor dinamismo y libertad de acción de la Administración laboral y una mejor coordinación con las demás Administraciones implicadas al ya no ser juez pudiendo ser parte activa también como mediador en el procedimiento de consulta.

EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO: CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN. PERSPECTIVA JURÍDICA

M^a FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: ERE, despido colectivo, causas

Analizar la funcionalidad de las distintas fórmulas que utiliza el legislador laboral para graduar la capacidad de adaptación y respuesta que se permite a la empresa a la hora de afrontar situaciones de crisis o desajuste, es el objeto principal de este trabajo. Para ello se parte de un diagnóstico de situación que no obvia ni los importantes condicionantes constitucionales, ni del Derecho Comunitario o de los propios antecedentes históricos de nuestro sistema de relaciones laborales.

En cualquier caso, es la redacción de las diferentes causas que habilitan el uso tanto de medidas menos traumáticas como las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (arts., 40 y 41), como la amortización de puestos de trabajo –sea de corte individual (art. 52.c ET), como, y sobre todo, mediante extinciones o despidos colectivos (art. 51)–, el centro principal de referencia. Fundamentalmente, además, a partir de su modulación por la Jurisprudencia de las dos Salas del Tribunal Supremo que son competentes en la materia.

ABSTRACT

Key words: ERE, Redundancy procedure, collective dismissal, causes

The present study pretends to analyse the labour legislation's different formulas to see how a company adapts and reacts under a crisis or a readjustment situation. In order to do so, first, we make a diagnosis of the situation to determine the constitutional factors such as the EU-Law or the historical background in our industrial relations system. Also, the study shows which are those factors that allow an implementation of less traumatic measures and working conditions modification (article 40 and 41), such as individual dismissal (Article 52.c ET) and collective dismissal (Art.51). Mainly, we study the Supreme Court of Spain Judicial areas -Criminal and Civil Law- that regulate redundancy procedure (Jurisprudencia de las dos Salas del Tribunal Supremo).

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS CAUSAS DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
3. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN
4. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA III SOBRE CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN

1. INTRODUCCIÓN*

El despido colectivo es una materia particularmente trascendente en el marco de las medidas de ajuste que se le ofrecen a la empresa para hacerle frente a las necesidades cambiantes del mercado; quizás la más radical, no es negable que, aunque sólo sea por su dimensión, tenga una trascendencia que va más allá de la propia empresa, y se adentre en la dinámica de funcionamiento del mercado de trabajo local.

Por eso no es extraño que en nuestro ordenamiento haya sido objeto de atención legislativa ya en fecha muy temprana (durante la II República, aunque con algún antecedente aislado anterior), y que la orientación intervencionista de nuestro Estado haya generado una dinámica de control que, primero, contemplaba al despido colectivo en el marco de una escala graduada de medidas de las que era ultima ratio, y, después, superada esa etapa, conserve todavía una modalidad de control preventivo que ha desaparecido progresivamente en Europa por parte de la Administración y, en última instancia –esto sí ya compartido con los países de nuestro entorno– por parte de los Jueces y Tribunales.

Lógicamente, por la propia naturaleza del tipo de control auspiciado entre nosotros, el análisis de la justificación de la medida empresarial se convierte en uno de los ejes del control, con un añadido peculiar en la experiencia española: el control de proporcionalidad, manifestado en la evaluación de la proporcionalidad de la medida adoptada para hacer frente a la causa manifestada como fundamento del despido. Por eso no es posible analizar las “causas” de los despidos colectivos desde una perspectiva jurídica sin tener en cuenta cómo han valorado nuestros Tribunales estos extremos, porque, como pusiera hace tiempo de relieve RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA las mismas normas han podido generar prácticas más o menos flexibles al amparo de una jurisprudencia o una doctrina administrativa cambiante para adaptarse a los tiempos.

* El presente trabajo recoge el texto que sirvió para dictar la conferencia que, bajo el mismo título se impartió en el seno de las VIII Jornadas Técnicas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social celebradas en Baeza, los días 3 y 4 de noviembre de 2008.

Esta va a ser la perspectiva que se adopte en este trabajo, teniendo en cuenta que la dinámica del despido colectivo ha sido objeto, en tiempos recientes, de un particular interés en la doctrina científica española.

Claro que, para describir el modelo español hay que partir de dos ejes argumentales imprescindibles: el primero, el marco de regulación comunitario de estas formas de extinción; el segundo, las eventuales exigencias constitucionales que se confrontan en el despido colectivo, y, si las hay, las pistas que el TC haya podido dar para su ajuste.

Haciendo referencia al primero de los elementos mencionados, de sobra es sabido que una de las primeras intervenciones en política social por parte de la UE –que no estuviera ligada a la prohibición de discriminación por razón de sexo o a la libertad de circulación– tiene su sede en la regulación de los despidos colectivos. La Directiva 75/129, de 17 de febrero es éste acto, que ha sido sucesivamente reformado hasta su redacción actual en Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos que, como se desprende de su propio preámbulo, tiene una finalidad clarificadora y codificadora de la primera de las Directivas citada. Pues bien, ya desde el art. 1 de la norma se evidencia que la noción de despido colectivo a efectos comunitarios descansa en dos elementos:

- uno, evidente, el número de trabajadores afectados
- el segundo, causal, no se enuncia en positivo; no dice lo que es un despido colectivo, sino cuáles son los tipos de acto extintivo que pueden sumarse para alcanzar los umbrales señalados con arreglo al primer criterio. Y el dato fundamental es el siguiente: se trata de extinciones del contrato de trabajo “por uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador” (art. 1,1).

El análisis del resto de la regulación de la Directiva evidencia que los motivos del despido, en efecto, han de ser comunicados por el empresario a la autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores, pero en un contexto de negociación de los efectos del despido, más que de la concurrencia de sus causas. En otras palabras: la causa última del despido no es relevante para evaluar el ajuste a derecho de la decisión del empresario. En palabras de la propia Directiva “las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos” (art. 2.2). Y, sustanciado el procedimiento, agotada la negociación de buena fe, la decisión es empresarial, sin más; el titular de la organización

productiva será el “sólo Juez” para evaluar la incidencia en su empresa de los motivos que invoca y en última instancia, la propia viabilidad del proyecto empresarial. La seguridad no se ajusta tanto en el trabajo concreto, como en el empleo, de ahí la relevancia en estos ámbitos de la planificación social, la prevención y el acompañamiento externo de las medias extintivas en sus consecuencias más desfavorables para los trabajadores, de cara a una más o menos próxima reentrada al mercado de trabajo. Se trata de una pauta que se ha extendido en los países de nuestro entorno, con la excepción de Holanda.

Por supuesto, la Directiva se sigue auto-configurando como norma mínima, en cuyo contexto es posible que los países miembros adopten prácticas de despido más favorables para los trabajadores (VALDES DAL-RE). Ese es el anclaje de la pervivencia de nuestra legislación al respecto.

Nuestro marco constitucional, por otra parte, reproduce los valores enfrentados en sendos preceptos, insertos en la misma sección del Título Primero de la CE: el art. 38, que garantiza “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” y que impone a los Poderes Públicos la función de garantizar y proteger su ejercicio “y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. Y el art. 35 CE, reconociendo a todos los españoles el derecho al trabajo.

La cohabitación de estos dos derechos es sin duda difícil; y es evidente que el reconocimiento de la libertad de empresa no es incondicionado y que la norma constitucional traza límites de servicio a la economía general y de sometimiento a la planificación, cuando existe. Se trata de un derecho de contenido algo desvaído en sus contornos porque, como señala el TC, la libertad de empresa –más una garantía institucional que un derecho fundamental– “tiene tanto un límite negativo como otro positivo...constituyendo el segundo, que es el que aquí interesa, «el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial». De manera que si la Constitución garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial «en libertad », ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general” (STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 4). Este carácter limitable por el legislador en aras del mejor funcionamiento del mercado y de otros derechos fundamentales es destacado con frecuencia por el TC: “no hay un ‘contenido esencial’ constitucionalmente garantizado de cada...actividad profesional

concreta”, de tal modo que “las limitaciones que...a la libertad de empresa puedan existir no resultan de ningún precepto específico, sino de una frondosa normativa” (STC 83/84, de 24 de julio, FJ 3). Así que “toda la actividad económica y, dentro de ella, la actividad que, en el sentido más amplio, podemos designar como actividad mercantil, aparece disciplinada hoy en las sociedades que siguen el modelo de la economía de mercado, por un conjunto de normas en donde se mezclan de manera inextricable el Derecho público y el Derecho privado” (STC 208/1999, de 11 de noviembre, FJ 3).

Entre ese complejo conglomerado normativo se encuentra evidentemente la regulación sobre el despido. Y sobre ésta, y su significado limitativo potencial de la libertad de empresa, aunque parcamente, el TC ha tenido algún apunte que hacer: primero tímidamente, moviendo el razonamiento en el nivel de la legalidad ordinaria, afirma que “en nuestro actual derecho positivo, existe una regla general mediante la cual a falta de una norma que expresamente, disponga lo contrario, el cese en el empleo por voluntad del empresario sin justa causa lleva consigo, como mínimo, el abono de una indemnización, cualquiera que sea la naturaleza común o especial de la relación laboral” (STC 103/1990, de 4 de junio, FJ 4). Luego, de forma más contundente, el TC supera la mera referencia a la legalidad ordinaria y se enfrenta al entronque constitucional de la propia legislación sobre extinción del contrato de trabajo. En un caso en que se sometía al TC la legitimidad constitucional de la extinción libre no indemnizada de la relación laboral del capitán de un buque congelador al amparo de la Ordenanza de Trabajo en Buques Congeladores, con mucha dificultad el recurrente plantea –bajo la genérica cobertura del derecho a la igualdad– la eventual colisión de la libre iniciativa del empresario en este terreno con su derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y la respuesta del TC es sorprendentemente contundente (STC 20/94, 27 enero, FJ 2): “la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas (indemnización), es uno de los aspectos básicos en la estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva [SSTC 7/1993 y 14/1993]. En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho (art. 1 CE), cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación mutua o sinalagmática, máxime si

ello acontece a título individual y no colectivo”. Ha de llamarse la atención, primero, sobre la conclusión de que art. 35 y art. 38 CE están condenados a entenderse. Y en segundo lugar, que los puntos de entendimiento son básicamente dos: la reacción frente al despido, y la indemnización frente al despido ilícito.

Nada se dice sobre la causación del despido, o sobre la intensidad de control que esa “reacción” frente al despido puede desencadenar. Esas son cuestiones abandonadas a la práctica legal, administrativa y judicial, en la “fronda” normativa que contempla la libertad de empresa.

Y nuestra práctica histórica ha sido, sin duda, intervencionista, autorizando a la Administración y a los jueces un fuerte papel interventor en el control de las facultades extintivas del empresario. Ciertamente antes más que ahora —en cuanto el marco legal, lógicamente, ha cambiado— pero nuestro control judicial sistemáticamente implica, en todas las modalidades de despido, un control, como mínimo, triple sobre:

- realidad de la causa alegada;
- gravedad de la misma y
- proporcionalidad de la decisión extintiva, medida en parámetros que son normalmente ajenos a la singular voluntad del empleador, como, por ejemplo, lo que disponga un Convenio Colectivo en materia disciplinaria.

La variante administrativa de ese control —típica de los despidos colectivos— ha tendido a reproducir esa pauta, también cuando la normativa dejó de amparar la más amplia dimensión posible del control de proporcionalidad (que había pasado a ser más bien un control de adecuación o conveniencia) a favor de una dinámica más próxima a la que se había acuñado en vía judicial.

Curiosamente, en el repaso general a nuestra jurisprudencia, es de destacar el papel menos que discreto que ha jugado la libertad de empresa como derecho del empleador a cesar a un trabajador o a cesar en la actividad empresarial. Explícita o implícitamente el derecho al trabajo se convierte en el eje del razonamiento, de modo que entre nosotros el despido causal, y bien justificado, es la regla básica.

Es fuerte el contraste con otros ordenamientos como el francés —que no hace tanto tiempo poseía como nosotros un sistema de autorización administrativa de los despidos colectivos—. Con ocasión de una reforma legislativa del Código de Trabajo, se introdujo en el art. L-321.1 modificado una nueva definición de “despido económico”, según la cual “constituye un despido por motivo económico el despido efectuado por un empleador por uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador, resultante de una supresión

o transformación del empleo o de una modificación del contrato de trabajo, consecutivas, bien a dificultades económicas serias que no hayan podido ser superadas por cualquier otro medio, bien por mutaciones tecnológicas que ponen en peligro la pervivencia de la empresa, bien a necesidades de reorganización indispensables para la salvaguardia de la actividad de la empresa”. Varios parlamentarios impugnaron, entre otros, este precepto ante el Consejo Constitucional, invocando precisamente el derecho a la libertad de empresa, que consideraban excesivamente restringido. El Consejo Constitucional asumió estas críticas –las únicas que asumió, pues el amplio recurso fue rechazado en los restantes motivos– afirmando, sintéticamente, lo siguiente:

FJ 47.– “considerando...que la nueva definición de despido económico...limita a los tres casos que enuncia las posibilidades de despido económico, con exclusión de cualquier otra hipótesis como, por ejemplo, la cesación de la empresa”.

FJ 48.– “...en segundo lugar, que al no permitir los despidos económicos para reorganización de la empresa más que si esta reorganización es indispensable para la salvaguardia de la actividad de la empresa y no, como sucede bajo la actual legislación, si es necesaria para la salvaguardia de la competitividad de la empresa, esta definición impide a la empresa anticipar las dificultades económicas por venir tomando medidas que eviten despidos ulteriores más importantes”.

FJ 49.– “...en tercer lugar, que subordinando los despidos económicos a dificultades económicas serias que no hayan podido ser superadas de otra manera, la ley conduce a que el juez no sólo controle, como es el caso bajo la actual legislación, la causa económica de los despidos decidida por el empresario a tenor de los procedimientos del libro IV y del Libro III del Código de Trabajo, sino aún más, a sustituir su apreciación a la del empresario en cuanto a la elección entre las diferentes soluciones posibles”, y

FJ 50.– “Considerando que el cúmulo de restricciones que esta definición hace pesar sobre la gestión de la empresa tiene por efecto no permitir a la empresa despedir más que si su pervivencia está en juego; estableciendo estas disposiciones el legislador ha atentado contra la libertad de empresa de modo manifiestamente excesivo respecto del objetivo perseguido de mantenimiento del empleo”, motivo por el cual tal definición se considera contraria a la Constitución francesa.¹

¹ Cour Constitutionnel Décision num. 2001-455 DC, de 12 de enero de 2002.

En resumen, ni se niega la posibilidad de que la ley establezca causas para el despido; ni se niega la posibilidad o aún la necesidad de que el Juez evalúe si esas causas concurren. Parece que el eje de la resolución es la profundidad de unos límites que no se niegan en principio: una profundidad medida en la calificación del despido como *ultima ratio*, respuesta extrema que ha de ser realmente inevitable para salvar la pervivencia de la empresa. Y sólo eso. La ley ha descartado el despido como respuesta a situaciones de entidad menor, en las que tuvieran cabida la prevención de males mayores o la defensa de la competitividad empresarial. Eliminando esta posibilidad de gestión “*prévisionnel*” del empleo se ha cercenado abusivamente la libertad de empresa. El empresario “solo juez” sigue siéndolo también a estos efectos en el marco de la legislación francesa.

2. LA REDACCIÓN DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Ya he tenido ocasión de poner de manifiesto que la legislación sobre el despido colectivo no ha sido continuada en nuestra historia. Tampoco lo ha sido la delimitación de las causas que lo justificaban, que han pasado –en los últimos 30 años– desde las causas técnicas ó económicas de la legislación franquista a las “causas económicas” o los “motivos tecnológicos” o la “fuerza mayor” de la primitiva redacción del art. 51.1 ET en 1980, a la actual redacción del precepto, tras la ley 11/1994, inserta en una reforma que, como es sabido, pretendió tener en la flexibilidad –también de salida– una de sus marcas distintivas, con resultados variados, según la materia. En concreta relación con las necesidades de la empresa como causa de despido, son tres los preceptos que deben ser tomados en consideración.

El primero de ellos, y principal, el art. 51.1 ET: “la extinción de contratos de trabajo” podrá estar “fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción,...Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”.

El segundo, dado que las causas que consideramos se encuentran enlazadas, habrá que tener en cuenta el art. 52.c)² en sede de despido por circuns-

² En redacción dada por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.

tancias objetivas, según el cual procederá el despido “cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 5.1.1 de esta ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”.

Y, a título comparativo, el art. 41.1 ET, que autoriza las modificaciones sustanciales de trabajo por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción, si bien “se entenderá que concurren las causas a que se refiere este artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”.

La lectura de estos tres preceptos combinados es inexcusable, porque pone de manifiesto una serie de rasgos que condicionarán el ulterior control judicial o administrativo de los despidos.

El primero es particularmente evidente: en nuestro ordenamiento no se ha tomado en consideración la posibilidad que abría la norma comunitaria de ceñir la definición de despido colectivo exclusivamente a aquél que coincida con un número determinado de trabajadores que vean sus contratos extinguidos por causas que no les son inherentes, absteniéndose de entrar en los motivos del empresario. Nuestra ley, siguiendo un amplísimo recorrido histórico, se ha decantado por definir las causas que justifican el despido.

Aunque parezcan consecutivos por razón de número –cuando el número de trabajadores afectado supere el umbral del art. 51 ET, despido colectivo; cuando no se supere, despido objetivo– y sin embargo paralelos en las causas que los motivan, el ET introduce significativas diferencias entre la intensidad en que las causas han de incidir sobre la empresa, por lo menos, cuando las invocadas son técnicas, organizativas o productivas –TOP– (a partir de la reforma de 1997). Cuando son económicas, las causas se entenderá que concurren, en las dos modalidades de despido, cuando contribuyan a superar una situación económica negativa. Cuando son TOP, en cambio, si se persigue un despido colectivo, aquéllas deberán “garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”. En tanto que si el despido es objetivo deberá adoptarse “para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”. Viabilidad cuestionada

versus buen funcionamiento, un importante matiz que ha recogido, como no podía ser menos, la jurisprudencia de nuestros Tribunales

Y, finalmente, es de reseñar cómo, siguiendo pautas que se marcaron en la legislación franquista, en la base del cúmulo de medidas que el empresario puede adoptar ante las necesidades de reestructuración y cambio de la empresa se encuentran las modificaciones sustanciales, por ello, aún siendo el enunciado de las causas que las justifican idéntico –económicas y TOP–, varía sustancialmente el contexto y la intensidad de las mismas: procederá la modificación “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. En este ámbito la dinámica preventiva es total.

Si cupiera duda acerca de la voluntad de legislador de crear un sistema de respuesta gradual a las necesidades de reestructuración empresarial –sería la versión colectiva del control de proporcionalidad de otras causas de despido– esta sucesión de preceptos y su indudable conexión la disiparía. En el marco legal español, las causas de despido por necesidades de la empresa están tasadas, como en los otros ámbitos extintivos, e incumbe a los poderes públicos de control evaluar no sólo si concurren en un caso dado, sino si lo hacen con entidad suficiente como para atentar contra los valores empresariales que el legislador ha seleccionado en cada momento.

Esto crea un entrelazamiento entre las resoluciones judiciales que controlan la legitimidad de los despidos que aproxima como pocas instituciones la jurisprudencia de las Salas III y IV del Tribunal Supremo, que se intercambian con extraordinaria intensidad. Por eso, antes de examinar la jurisprudencia de la Sala III del TS, que es lo procedente al hablar de despidos colectivos y sus causas, es imprescindible hacer un repaso de la jurisprudencia de la Sala IV al interpretar el art. 52.c) ET, porque, como veremos, han sido éstas las originales en las definiciones jurisprudenciales.

3. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA IV DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN

Por lo que hace a las causas del despido objetivo, ya se ha visto que, tras una larga evolución normativa, la ley admite como tales a las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, señalando una diversa intensidad en relación con la primera respecto de las segundas. La causa económica procederá si el despido contribuye a superar una situación económica negativa. Las TOP si con ellas se pretende “superar las dificultades que impidan el buen

funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”. La lógica de la causa económica es, o lo parece, remontar un problema ya acreditado, presente en la empresa; las TOP descansan sobre una orientación protectora, resolutoria de dificultades que generan un mal funcionamiento de la empresa y que, de persistir, sin duda generarán la “crisis” que se trataba de evitar. Cualquiera que sea la interpretación que se dé de ellas es claro que hay una importante flexibilización de las causas de despido objetivo, que se ha abierto la posibilidad del recurso a ellas como una herramienta de gestión preventiva.

Pues bien, en el devenir de la jurisprudencia de la Sala IV del TS resulta crucial una Sentencia, en unificación de doctrina que, aunque *obiter dictum*, se detiene en definir lo que haya de entenderse por causa económica, técnica, organizativa o productiva, con tanto acierto que es de cita obligada en la jurisprudencia posterior. Se trata de la STS de 14 de junio de 1996 (RJ 1996\5162), en la que, razonando conjuntamente sobre los arts. 51.1 y 52 c) ET³, señala que los elementos a tomar en consideración a la hora de analizar la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, son tres:

El primero “es la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa («situación económica negativa») o en la eficiencia de la misma (carencia o necesidad de «una más adecuada organización de los recursos»)). El legislador ha querido distinguir cuatro esferas o ámbitos de afectación en los que puede incidir la causa o factor desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos: 1) la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción («causas técnicas»); 2) la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal («causas organizativas»); 3) la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado («causas productivas»); y 4) la esfera o ámbito de los resultados de explotación («causas económicas», en sentido restringido)”.

“El segundo elemento del supuesto de despido por motivos económicos que se describe en los artículos 51.1 ET y 52, c) ET es la amortización de uno o varios puestos de trabajo. Esta medida de empleo puede consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen «la plantilla de la empresa»; y puede consistir, asimismo, en la supresión de la «totalidad» de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por

³ “Tres son los elementos integrantes del supuesto de despido por motivos económicos descrito en el art. 51.1 ET, al que remite el art. 52, c) ET, y que ha sido en el caso el invocado por la empresa como fundamento legal de su decisión extintiva”.

mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores, con las indemnizaciones correspondientes...En los casos en que la amortización de puestos de trabajo no conduzca al cierre de la explotación, la medida de reducción de empleo adoptada ha de formar parte de un plan o proyecto de recuperación del equilibrio de la empresa, en el que la amortización de puestos de trabajo puede ir acompañada de otras medidas empresariales (financieras, de comercialización, de reducción de costes no laborales), encaminadas todas ellas al objetivo de compensar los desequilibrios producidos, superando la «situación negativa» o procurando «una más adecuada organización de los recursos». En estos mismos casos de no previsión de desaparición de la empresa, la amortización de puestos de trabajo se ha de concretar en el despido o extinción de los contratos de trabajo de aquel o de aquellos trabajadores a los que afecte el ajuste de producción o de factores productivos que se haya decidido”.

Por último, “El tercer elemento del supuesto de despido por motivos económicos en la nueva redacción del Estatuto de los Trabajadores hace referencia a la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos. Conviene examinar esta conexión funcional o de instrumentalidad en los dos supuestos señalados de cierre de la explotación y de reducción de plantilla en el marco de un plan de recuperación del equilibrio de la empresa”. De ese modo “En el supuesto de cierre de la explotación, la conexión entre la supresión total de la plantilla de la empresa y la situación negativa de la empresa consiste en que aquella amortigua o acota el alcance de ésta.... En el supuesto en que la amortización de puestos de trabajo pretenda sólo la reducción de la plantilla, la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados ha de consistir en la adecuación o proporcionalidad de éstos para conseguir la superación de aquella, en el marco del plan de recuperación del equilibrio empresarial expuesto por el empresario. Tal conexión funcional de adecuación ha de apreciarse en concreto, respecto del despido o de los despidos de trabajadores determinados acordados por la empresa”.

Cierra el argumento con una observación fundamental: “Siendo así que, en el supuesto de reducción de plantilla, la valoración de adecuación o proporcionalidad se proyecta sobre hechos pasados, y también sobre la situación actual y previsiones futuras de la empresa, los factores a tener en cuenta por el órgano jurisdiccional no son siempre susceptibles de prueba propiamente dicha, limitada por naturaleza a los hechos históricos, sino de apreciación de razonabi-

lidad, de acuerdo con reglas de experiencia reconocidas en la vida económica. El objeto de valoración es, por tanto, en este punto, a diferencia de lo que sucede en la comprobación de la situación de ineficiencia o falta de rentabilidad de la empresa, no un juicio sobre hechos probados, sino un juicio de atenuamiento del empresario a una conducta razonable, con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresas.

En fin, la prueba de concurrencia de todas estas causas incumbe al empresario, “lo que supone de un lado la identificación precisa de dichos factores, y de otro la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador. Esta concreción se refleja normalmente en cifras o datos desfavorables de producción, o de costes de factores, o de explotación empresarial, tales como resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad del trabajo, retraso tecnológico respecto de los competidores, obsolescencia o pérdida de cuota de mercado de los productos o servicios, etcétera”.

Como puede verse, la Sentencia extiende el razonamiento a todos los pasos que conlleva la evaluación de la licitud de un despido por necesidades empresariales:

aparentemente al margen de todo el proceso está la que se ha llamado “causa última”, pero realmente es el contexto en que nacen las dificultades que llevarán al despido, que serían la “causa próxima”. Los tribunales, por ello valoran su realidad y su intensidad como presupuesto de las valoraciones de cada una de las medidas adoptadas.

los desajustes que se generan en la empresa son el segundo paso a evaluar. La diferenciación legal entre causas económicas, técnicas, organizativas o productivas parece tener un carácter técnico y tasado, pero probablemente no sea el resultado en todos los casos. Más bien se trata de señalar áreas de la empresa afectadas, que pueden interconectarse —que suelen aparecer, en la práctica, interconectadas—. Y que, en último extremo, son reconducibles a las dificultades económicas como causa última de todo el aparato extintivo,

el tercer elemento, los despidos, de toda o parte de la plantilla, y el elemento clave, una vez acreditado que la causa próxima se ha producido, es el control típico de nuestros jueces en todos los ámbitos del despido: la proporcionalidad y la adecuación de las medidas extintivas para superar la dificultad que en un determinado momento experimenta la empresa.

Sobre todos estos elementos, partiendo de una aceptación de fisuras de este esquema teórico, se han pronunciado otras resoluciones de la Sala IV del TS,

precisando o añadiendo algún perfil de interés. Sobre este esquema, por tanto, se hará la remisión breve de la doctrina judicial.

La causa final.— Tendría una efectividad especial en los casos en que de alguna manera la conducta empresarial estuviera en el origen de la misma: si la “crisis” de la empresa se desencadena por una gestión equivocada; una arbitrariedad o mero capricho o simple conveniencia. La fuerza mayor no es contemplada en este ámbito de la doctrina judicial laboral porque como se sabe tiene un tratamiento extintivo aparte. Y en el pasado, centrando el análisis en el origen de la causa, la no imputabilidad de ésta al empresario fue un criterio mantenido por nuestros Tribunales, claramente inspirados por la actuación administrativa. Era el requisito de “objetividad” de la causa alegada, de absoluta externalidad de la misma respecto de la gestión empresarial, que se enunciaba en las instrucciones administrativas. Pero, como bien se ha dicho, “a partir de la Ley 11/1994 desaparece como requisito de legalidad la objetividad de la causa alegada que, de acuerdo con una determinada línea jurisprudencial, exigía que la situación que daba origen al despido no podía estar motivada en una gestión ineficaz del empresario, sino únicamente en hechos externos a la empresa”⁴. En el momento presente, pues, la relevancia de la causa última ha decrecido en la valoración de nuestros Tribunales.

Mayor interés tienen los otros tres mencionados. Y ahora procede señalar que la jurisprudencia se ha esforzado en establecer diferenciaciones entre los distintos tipos de desajustes empresariales que generan el despido según el ámbito de la actividad de la empresa en que se ha generado la disfunción: la económica, la pérdida en “la esfera o ámbito de los resultados de explotación”; la técnica, referida a “la esfera o ámbito de los medios o instrumentos de producción”; la organizativa “la esfera o ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal”; y la productiva, “la esfera o ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. Pero que, como era de prever, los resultados obtenidos no son demasiado esclarecedores, dándose con frecuencia un encabalgamiento de unas con otras: por ejemplo, STS 31 enero 2008 (RJ\2008\1899) “respecto a las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen, como una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta, una causa organizativa, en cuanto a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores” (con cita de SSTs 14 junio 1996, y 7 de junio de 2007 (RJ 2007\4648).

⁴ MARTÍN RIVERA, L., “El despido objetivo por necesidades de la empresa”, Ed. Reus, Madrid 2008, pág. 245.

La contratación de un Licenciado en Farmacia, obligada en las oficinas de farmacia en determinadas circunstancias genera un exceso de personal que afecta al auxiliar de farmacia ya existente en el negocio. Esta es “una cuestión de desequilibrio funcional, razones técnicas u organizativas, hemos de prescindir de las económicas, aunque éstas...subyazgan bajo las anteriores” (STS 13 noviembre 2007 (RJ\2008\703)). Esta intercambiabilidad es lógica, pero no es baladí. Como veremos, en nuestro derecho es importante que la causa sea económica en sentido estricto o que no lo sea, sobre todo.

La concurrencia de las disfunciones empresariales que generan las causas individualizadas anteriormente debe ser acreditada por el empresario. En general, el tema probatorio es siempre difícil, pero lo es más en un ámbito en que al menos las causas TOP han sido definidas tan vagamente. La causa económica está claramente vinculada con una gestión económica con resultados negativos, normalmente acreditados a través de auditorías, documentos contables o fiscales, cuya interpretación de la realidad puede ser discutida en el proceso por la contraparte⁵. Una puntualización sin embargo, preocupa frecuentemente a los órganos del OSJ: el ámbito de las pérdidas experimentadas, lo que resulta especialmente significativo en el caso de que la empresa en que se intenta el despido por estos motivos pertenezca a un grupo empresarial que, en su conjunto no registre pérdidas, sino beneficios. O en el caso en que una única empresa tiene varias divisiones o segmentos de negocio individualizados, uno de los cuales registra pérdidas y los otros no (el supuesto, claro es, en el caso de que no haya habido maniobras empresariales de descapitalización). Cuando se da este supuesto de empresa compleja, la tesis generalizada es que, con exclusiva referencia a la causa económica “el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el ámbito de apreciación de las causas TOP es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en el que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento”⁶. “La situación económica negativa, suficiente o trascendente, ha de afectar, por ende, a la empresa o su conjunto o globalidad”⁷. La razón de esta diversidad de régimen está en el cambio de redacción experimentado por el art. 52 ET en 1997, que a juicio de nuestros Tribunales acentúa la vinculación de la causa económica a la empresa, mientras que esa conexión no es explícita en las causas TOP. Cuando se trata de una empresa con

⁵ “No adujo la empresa razones económicas, entendidas en el sentido de implicar un desajuste financiero de la propia empresa, en lo que se refiere a ingresos, coste o pérdidas que hayan provocado ese desequilibrio económico” (STS 13 febrero 2002 (RJ 2002\3787))

⁶ STS 31 enero 2008 (RJ\2008\1899), con cita de SSTSS 13 febrero 2002 (RJ\2002\3787); 19 marzo 2002 (RJ\2002\5212) ó 21 julio 2003 (RJ 2003\7165)

⁷ STS14 mayo 1998 (RJ 1998\4660)

varias unidades de negocio, parece, será más fácil aplicar esta tesis del TS. ¿Qué sucede en cambio en relación con las empresas agrupadas? ¿deben ser autónomas, o bien pueden estar sometidas a unidad de dirección e intercomunicación de patrimonio y de plantillas, al estilo de lo que se conoce como “grupo” a efectos de responsabilidad laboral? Nuestros Tribunales no introducen en estos casos las cautelas que aplican a la noción de grupo laboral⁸. Con ello parece que la extensión al ámbito grupo es ineludible, sea o no un grupo relevante en lo laboral. Pero esta aparente dureza queda matizada si se tiene en cuenta que en todas las Sentencias en que se ha hecho tan comprometida afirmación, finalmente se ha descartado que la causa fuera económica en sentido estricto, sino TOP, desapareciendo el problema con la misma rapidez con la que se plantea. Así no es causa económica, aunque afecte al grupo Pescanova, que globalmente no tiene pérdidas, el despido de un trabajador “con indicación detallada de la disminución de las ventas brutas en kilos y en pesetas correspondientes a dicho puesto de trabajo de 1999 a 2000, y con mención también del incremento en el periodo de “costes directos” y “costes de estructura” de la compañía...todo esto ha dado lugar a una cifra de pérdida por vendedor de más de un millón y medio de pesetas“, lo que legitima el alcance parcial de una medida consistente en el cambio del sistema de comercialización, fuera del área económica “agrupable”⁹. Tampoco es causa económica la constituida por la necesidad de cierre de un centro docente perteneciente a una congregación que tenía varios, por falta total de alumnos. Al contrario, “la alegada es una verdadera causa organizativa o productiva, que afecta más bien al volumen de empleo y tiende a armonizar los medios humanos y materiales de que se dispone”¹⁰. Tampoco lo es el despido de trabajadores redundantes por finalización de una contrato en el marco de la empresa EULEN: “respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores”¹¹. De ese modo, la causa económica relevante a nivel de grupo raramente será inferior a pérdidas globales en el grupo mismo; las disfunciones parciales han salido por las otras causas, aunque hubiera habido pérdidas porque, aún habiéndolas, el exceso de personal difícilmente puede dejar de ser considerado como una causa organizativa.

⁸ Sugiriendo la necesidad de que el grupo de empresas afectado por esta extensión de la causa económica sea un grupo “laboral”, Martín Rivera, L., “El despido...” cit., pág. 286.

⁹ STS 29 septiembre 2003 (RJ 2003\7447).

¹⁰ STS 13 febrero 2002 (RJ 2002\3787).

¹¹ STS 31 enero 2008 (RJ 2008\1899)

Las causas TOP deberán ser probadas en el contexto en que se producen, y de acuerdo a su naturaleza, obviamente. Por eso hay tanta variedad de supuestos: la evolución de las matriculaciones de alumnos en el caso del centro educativo cuyos trabajadores van a ser despedidos, sin que se haya probado que ha aumentado la demanda en los otros centros¹²; la descripción de las pérdidas de ventas por vendedor en el caso Pescanova¹³; la rescisión de la contrata de mantenimiento con una empresa cliente, a iniciativa de ésta, y seguida de otra contrata con menos encargo, lo que genera el exceso de personal que se considera causa productiva¹⁴; la acreditación de la resolución del Gobierno vasco que impone la contratación obligada en ciertas farmacias de un Licenciado en Farmacia, que, manteniéndose la cifra de ventas, genera un exceso de personal, considerado causa organizativa¹⁵.

Como puede verse, en todas las causas se exige la suficiencia, medida en la adecuación de la gravedad de la causa invocada, susceptible de justificar el despido propuesto. Suficiencia y gravedad, que aparecen a veces separadas (en la propia STS 14 junio 1996, citada), son en realidad las dos caras de la misma moneda. Siempre descartando la viabilidad de los despidos generados por comportamientos abusivos empresariales, la adecuación de la medida se ha de valorar tomando en cuenta los criterios que la ley promueve, que no son los mismos para las causas económicas en sentido estricto, y para las causas TOP. En efecto, tras sus sucesivas reformas, ya hemos visto que el art. 52 c) ET circunscribe la suficiencia, si la causa es económica, a la aptitud de la medida para superar una situación económica negativa. Y en relación con las causas TOP, éstas serán suficientes cuando contribuyan a “superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencia de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”. Resulta patente la flexibilización operada en este precepto, que se separa de forma ineludible del patrón interpretativo del art. 51 ET, que era el referente anterior de la suficiencia de las causas. Y por tanto pierde transcendencia la jurisprudencia aplicativa del mismo para el fin que nos ocupa. Pero, como veremos, en la jurisprudencia de la Sala III la ruptura no es total. Todavía siguen sirviendo las pautas de la jurisprudencia laboral. Y en concreto, dos ideas básicas: en relación con la crisis económica, que ésta debe ser patente y persistente, no esporádica, pero no necesariamente irreversible porque si así fuera no habría conexión con un precepto jurídico que habla de

¹² STS 13 febrero 2002, cit.;

¹³ STS 29 septiembre 2003, cit.

¹⁴ STS 31 enero 2008, cit.

¹⁵ STS 13 noviembre 2007 (RJ 2008\703).

“superar” la situación negativa; *si se prueba se presume que el despido contribuye a superarla*. Una situación negativa, en principio, parece que presente, no pudiendo ser invocada cuando se prevean pérdidas, pero aún hay beneficios, punto éste criticado por la doctrina porque evita la posibilidad de una gestión preventiva de la empresa, para centrar la norma legal en crisis ya desencadenadas. En cuanto a las demás, la necesidad se deduce de la adecuación, de la hipotética utilidad de la extinción que se pretende para mejorar la competitividad y la eficiencia de la empresa. Y es en este punto donde el control judicial se hace más delicado: la aptitud para alcanzar esos resultados de la medida propuesta es una aptitud abstracta, posible, sin que el Juez pueda descender en su análisis a ver si ésa medida y no otra es la que va a sacar a la empresa de la situación comprometida. Eso, teóricamente; como reconoce la propia STS de junio de 1996, la evaluación de la causa económica ha de basarse en la prueba de las pérdidas. La de las causas TOP, sin embargo, en consideraciones económicas generales o futuras, en criterios de buena práctica de un empresario diligente. Ni qué decir tiene, en las causas TOP queda abierto un amplio margen al subjetivismo y a la tentación judicial de sustituir al empresario. En efecto, si se desciende a este detalle, el Juez sustituiría al empresario en lugar de ponerse por encima, velando por el correcto uso de sus poderes extintivos —justo este control de optimización era el que perseguía la reforma francesa que fue descartada por el Conseil Constitutionnel—. Por eso no es infrecuente que el control de adecuación sea un control de coherencia: de relación entre el problema planteado y la medida tomada, aunque pudiera haber otras mejores o menos costosas para los intereses de los trabajadores. La medida elegida supone recorte de empleo, si contribuye, es razonablemente compatible con el problema detectado y probado, la exigencia causal ya está cubierta, ya se trate de la única medida directamente tomada (despido del auxiliar de farmacia, o de los profesores del centro que se cierra), ya sea la consecuencia ineludible de otra medida adoptada (despido de los comerciales en aras de una remodelación del área comercial del grupo).

4. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA III SOBRE LAS CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS Y ORGANIZATIVAS

Ya se ha tenido ocasión de señalar que la propia dinámica del reparto competencial entre órdenes jurisdiccionales impone que la revisión de los despidos colectivos por lo que hace a sus causas justificativas se residencia ante los Tribunales del Orden Contencioso Administrativo —no otras materias, también ligadas a los despidos colectivos, generando un reparto competencial nada pacífico—. Por eso el análisis que se desee realizar sobre la exigencia de

las causas de despido colectivo ha de circular sobre resoluciones de la Sala III del TS.

Y hacer algunas precisiones adicionales sobre el alcance de esta jurisprudencia:

La primera, que, como es sabido, el Expediente de Regulación de Empleo puede finalizar con acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores en el seno de los periodos de consulta. Esto sucede con enorme frecuencia en la práctica laboral española. Según datos del Anuario de Estadísticas Laborales, sólo para el periodo 2006–2008, los expedientes pactados supusieron en 2006 un 88% del total de los autorizados; un 83% en 2007 y un 90% en el periodo de enero a agosto de 2008. Esta constatación tiene vital interés porque los expedientes pactados no generan la posibilidad de que la Autoridad Laboral compruebe la concurrencia en el caso de las causas que la ley prevé con la intensidad suficiente como para justificar los despidos. Sólo procederá a homologar el acuerdo adoptado salvo que concurra alguno de los supuestos, ciertamente extremos, que la ley prevé: que concurra dolo, coacción o abuso de derecho en el acuerdo, o que suponga fraude a efectos de las prestaciones por desempleo¹⁶. Así las cosas, una apreciable cantidad de EREs entre nosotros concluye sin control de fondo salvo en los casos extremos citados.

La segunda dice relación con la peculiaridad de funcionamiento del recurso ante la jurisdicción contenciosa, y en especial del recurso de casación. La acción del Tribunal tiene una estructura revisora de lo actuado por la Administración, que de alguna manera condiciona y limita el nivel de interiorización del Juez en la decisión de la Administración. Pero es que, además, si se trata del TS, su capacidad de revisión de los elementos fácticos que han conducido a los Tribunales de instancia a resolver en un sentido o en otro es también muy limitada¹⁷. Por uno y por otro lado, la reducción del control judicial es evidente, lo que trasciende a la relevancia de la doctrina de la Sala III del TS a la hora de conocer de las impugnaciones de las resoluciones administrativas que autorizan o deniegan expedientes.

La tercera y última, que la Sala III es perfectamente consciente de que su intervención en la revisión de las resoluciones administrativas es formalmente integrante del Derecho Administrativo, pero *ratione materiae* es Derecho del Trabajo. Por eso existe una patente interdependencia de su doctrina con la que se ha ido elaborando en la Sala IV en relación con los despidos objetivos por causas económicas y TOP. La concurrencia conceptual es muy significativa,

¹⁶ Por todas, STS 14 febrero 2007 (RJ 2007\2543).

¹⁷ Por todas, STS 24 noviembre 2004 (RJ 2004\8059), con un detallado enunciado de los casos excepcionales en que es posible la revisión de la prueba en el recurso de casación.

pero eso no quita interés a la consulta de esta jurisprudencia en la medida en que ha dado origen a pronunciamientos en los que los conceptos laborales son rediseñados y conducen a soluciones parcialmente distintas.

Para empezar ha de tenerse en cuenta que el art. 51 ET declara que son causas justas para despedir colectivamente una serie de circunstancias específicas que no tienen paralelo en el art 52 ET: la fuerza mayor, la disolución de la personalidad jurídica, la quiebra o venta judicial de la empresa, que tienen entidad y automaticidad operativa suficientes para que operen sin excesiva complejidad, aparte de la inclusión del *factum principis* en el ámbito de la fuerza mayor. La mayor dificultad, y frecuencia de resoluciones, se centra en interpretar los supuestos que el despido procede por causas económicas o TOP. El precepto legal dispone que ello sucederá cuando “contribuya a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos”. Se trata de un texto en que la conexión con el art. 52 c) por lo que concierne a la causa económica es casi literal; sin embargo, en lo referente a las TOP se produce una separación, en cuanto el art. 51 las entiende como supuestos en que la propia viabilidad de la empresa está cuestionada (y no sólo en los que se produzca un mal funcionamiento de la empresa) y en que las medidas contribuyan a “garantizar” esa viabilidad cuestionada, que es algo más intenso que la mera adecuación o coherencia en la medida seleccionada, es idoneidad para conseguir un fin.

Para la concreta definición de las circunstancias en que se ha generado la necesidad de extinguir el despido existe un claro paralelismo entre la Sala III y la IV del TS.

Hay una notoria influencia de la STC de 14 de junio de 1996, que es de cita extraordinariamente frecuente, no necesariamente con justificación expresa de la cita. Un ejemplo particularmente importante de esta orientación es la STS de 8 de febrero de 2002 (RJ 2002\2623), en la medida en que la Sala acoge el efecto ampliatorio de la licitud de los despidos colectivos generado por la reforma de la ley 11/94, y, para señalar el alcance de esa ampliación, destaca que “la innovación legislativa ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Sala de lo Social de este Tribunal...en el sentido de que el supuesto de despido”, sigue una cita literal de la referida Sentencia de junio de 2006 de la Sala IV, y extrae de ella las siguientes consecuencias: “la interpretación de las causas económicas de extinción del contrato de trabajo en los casos de despido colectivo debía hacerse con mayor rigor cuando se trataba de la aplicación de la vieja Ley...Con arreglo a la innovación introducida, por el contrario, es suficiente con justificar: a) la situación económica negativa de la empresa y la idoneidad del despido colectivo para contribuir a superarla; o b) la conve-

niencia de una reorganización de los recursos que lleve consigo el despido para garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma”. Ello, claro, tomando como concreción del nuevo sentido de la ley la definición ya vista de la Sala de lo Social. La Sentencia citada tiene importancia porque es muy didáctica sobre el nivel de exigencia de gravedad en la causa económica o tecnológica bajo el imperio de la antigua legislación, todavía aplicable en el caso. En efecto, frente a lo que se deberá probar con arreglo a la nueva legislación¹⁸, la aplicación de la anterior supone que “en el caso examinado podría, a lo más, estimarse acreditada la introducción de una pauta organizativa consistente en suprimir los expendedores como criterio de organización para aumentar la competitividad de las empresas expendedoras de gasolina...que puede comportar un notable ahorro de gastos de personal...No se ha probado sin embargo que la introducción de dicha medida sea necesaria para garantizar la futura viabilidad de la empresa recurrida, como sería necesario para estimar concurrente la causa legitimadora consistente en la concurrencia de causas económicas que justifiquen el despido. Únicamente se aduce la existencia de pérdidas en un ejercicio económico, justificada con copia de la declaración de pérdidas y ganancias correspondientes a la declaración del Impuesto de Sociedades... Tampoco se ha probado que la medida técnica introducida, más allá del ahorro de gastos de personal que puede suponer una mejora de la competitividad, comporte una adaptación indispensable del proceso productivo a los cambios impuestos por la renovación o modernización tecnológica, consistentes en la sustitución de unos medios obsoletos...pues el autoservicio no es una consecuencia necesaria de la innovación tecnológica consistente en la centralización de la caja”, y, finalmente “tampoco (se) considera probado que los trabajadores correspondientes a los puestos de trabajo que se pretendían suprimir no puedan ser objeto de una reconversión funcional o geográfica”.

Con independencia de la pacífica aplicación del principio de que no bastan las pérdidas de un año para justificar la causa económica, compartido con la jurisprudencia del orden social, es perceptible cómo la Sentencia realiza un juicio de oportunidad que sabe que se va a extinguir con la nueva norma, sobre todo por lo que hace a la causa tecnológica: la centralización de la caja no trae como consecuencia ineludible el autoservicio (que “contribuye” a mejorar los resultados de la empresa, pero no es esencial) y el autoservicio mismo tampoco trae como consecuencia necesaria el despido. Y, aunque lo fuera, existen otras medidas posibles menos intensas para recolocar a los trabajadores, con lo que

¹⁸ Una gasolinera que, alegando las difíciles situaciones por las que pasa el sector, pretende despedir a los tres trabajadores que dispensaban gasolina (para introducir expendedores automáticos), creando a la vez tres puestos nuevos de cajeros.

el despido aparece realmente como la ultima ratio, la última medida posible a adoptar en orden a declarar su legitimidad.

Pero como la Sala admite, la situación ha cambiado a partir de 1994. La ley impone que si la causa es económica debe “contribuir” a superar la situación económica negativa de la empresa; en cambio, cuando las causas son TOP, no existe paralelismo con el art. 52, se exige que esté en cuestión la viabilidad de la empresa, y que precisamente por ello la adopción de estas medidas deba “garantizar la viabilidad” de la empresa mediante la adecuada asignación de recursos. Una gravedad especial en ambos casos, pero no una situación terminal de la empresa; tanto la crisis como las TOP tienen que referirse a situaciones superables, no a casos en que el cierre es la única vía posible. Hay mucho todavía de preventivo, de reparador de situaciones de dificultad en la definición del art. 51 ET.

Pues bien, en relación con los casos en que se solapa la extinción con causas económicas, tecnológicas, organizativas o productivas, la definición de la Sala de lo Social de lo que sea causa económica o TOP se ha de combinar, además, con una serie de cualidades de la “crisis” que habrían de concurrir según la práctica administrativa anterior y nuestro TS sigue aplicando. En Sentencia tan reciente como la de 17 de julio de 2008 (Rec. 6146/2005) maneja la idea, sostenida en la sala de instancia, de que la crisis económica ha de ser “objetiva, global, sobrevenida, real, suficiente y actual”. Una versión recargada de la clásica “objetiva, real, suficiente y actual” que es la realmente manejada en otras Sentencias del TS. Así STS 4 mayo 2005 (RJ 2004\4708), sostiene que “una empresa en crisis económica que es real, objetiva, suficiente y actual...”; o STS 11 noviembre 2002 (RJ 2002\10246), según la cual “la jurisprudencia de esta Sala considera causal el despido colectivo de que se trata, exigiendo que la situación sobrevenida sea objetiva, real, suficiente y actual”.

Es de destacar además cómo, a pesar de que la serie de cualidades se predicen de la “crisis” y, por tanto, en términos vulgares de la causa económica, en realidad el razonamiento se extiende a todas las causas, también las TOP. Sin duda esta extensión era lógica bajo el imperio de la legislación anterior, pero después de 1994, los nuevos términos del precepto, y la clara diferenciación entre la causa económica y las demás, hacen inadecuada esa extensión a las TOP, debiendo quedar circunscritos esos requisitos a la causa económica.

Así las cosas, de la consulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala III, pueden extraerse algunas especificaciones de interés.

La primera, que el requisito de objetividad de la crisis ha de considerarse superado en la nueva redacción legal. Objetividad era, en la jurisprudencia anterior, ajenidad a la empresa de la crisis, que no se debía a causas imputables a su titular. En la presente la causa económica o TOP que desencadene el despido puede ser debida por supuesto a factores externos, pero también a la mala gestión de la misma, a errores en decisiones estratégicas, a conductas irre-

gulares de administradores o accionistas (que tendrán relevancia penal pero no le privan de relevancia extintiva a la causa invocada). Incluso a la masiva bajas de socios de una cooperativa, separando tajantemente la voluntad de los socios de la de la sociedad. Así las cosas, sólo la causa deliberadamente provocada resulta ineficaz para justificar el despido (por todas, SSTS 11 noviembre 2002 (RJ 2002\10246); 17 julio 2008 (Rec. 6146/2005); y también en los Tribunales Superiores de Justicia, así SSTSJ Madrid 14 mayo 2004 (JUR 2005\37301) ó 14 marzo 2005 (JUR 2005\160247).

Por lo anterior la causa extintiva ha de ser suficiente y actual, de entidad proporcionada a la gravedad de la medida y ya manifestada —en la interpretación clásica— si bien se ha producido una sensible matización en el ámbito de las causas económicas. En efecto, para éstas, no es preciso que la circunstancia desencadenante haya generado una situación irreversible, la adecuación de la medida es su razonabilidad, su carácter armónico con el tipo de crisis denunciada, sin tener que aguardar a que la crisis ya no se pueda superar de otra manera. Así, en un caso extraño, en que se descarta la crisis alegada por la empresa porque afecta sólo a la zona de taller de la empresa y no a la comercialización, y no se ha probado suficientemente la concurrencia de la misma, sin embargo el TS da por bueno el razonamiento de la Sentencia a quo que “no se cuestiona el planteamiento general sobre la procedencia del ERE ante una situación económica negativa, aunque la situación no sea irreversible, así como el efecto positivo que en general tales medidas extintivas pueden tener para recuperar el adecuado funcionamiento económico de la empresa”¹⁹. “la causa alegada... (tiene) una permanencia y entidad suficiente para incidir negativamente en el resultado económico o en la producción”²⁰. Para alguna Sentencia concreta, la causa económica se ha de valorar “desde una concepción flexible, para que proceda la regulación de empleo no es preciso (sic) una situación económica prácticamente crítica, sino que basta una mala evolución de los beneficios y que la medida contribuya a superar esa situación”²¹. Incluso si se revisa por el Tribunal sólo el despido de 5 trabajadores, cuando el ERE afectaba a muchos de ellos, “obviamente una empresa en crisis económica que es real, objetiva, suficiente y actual...y que pretende su supervivencia del mantenimiento de puestos de trabajo, no puede mantener 5 trabajadores...si sus funciones las pueden realizar a partir de la nueva tecnología los propios tripulantes que además realizaban otras funciones”²², incluso en esa mínima entidad, la medida era adecuada y suficiente.

¹⁹ STS 24 noviembre 2004 (RJ2004\8059).

²⁰ STS 11 noviembre 2002 (RJ 2002\10246).

²¹ STS 14 julio 2003 (RJ2003\6260).

²² STS 4 mayo 2004 (RJ 2004\4708).

La causa invocada debe ser real, susceptible de ser acreditada y, por supuesto, que incida singularizadamente en la empresa, sin que sea un argumento determinante la generalizada crisis del sector: “no basta una situación de crisis generalizada para justificar el descargar a la empresa –transfiriéndolo a los ciudadanos que somos los que pagamos los gastos sociales—las consecuencias económicas que son inherentes a la gestión empresarial”²³; aunque, por supuesto, la generalizada crisis del sector es un argumento adecuado en el marco de pérdidas reales de la empresa²⁴. La incidencia de la causa por lo demás ha de valorarse tomando en cuenta el conjunto de la situación invocada –en un supuesto de causa económica—, aunque en momentos puntuales el balance registrara ganancias que podían tener origen sólo en la técnica contable, o los trabajadores hubieran hecho horas extraordinarias²⁵.

Una variante de la realidad de la causa, evaluada en su incidencia singularizada, encuentra un campo de aplicación sumamente amplio en los casos en que la empresa pertenezca a un grupo. De hecho, puede generalizarse en el sentido de que la jurisprudencia contenciosa es más flexible que la social a la hora de evaluar si incide la situación del grupo en la causa económica, y, a la inversa, de qué manera la empresa en crisis puede extinguir contratos aunque el grupo al que pertenece no registre pérdidas. Como regla general, esta tesis se desarrolla en particular con la causa económica, al igual que en el ámbito social. La tesis se sintetiza muy bien en una resolución en que se analiza un despido en una empresa de telecomunicaciones integrada en un grupo: “ni la simple justificación de una crisis que afecte, en general, a todas las empresas que constituyen una agrupación económica es suficiente para relevar a cada una de las que lo integran de demostrar cómo y en qué medida le afecta el particular motivo tecnológico, económico o productivo en que base su solicitud de regulación de empleo...ni puede considerarse que la integración en un grupo económico de la empresa que en concreto promueve el expediente de regulación de empleo comporte la obligación de demostrar, formal y exhaustivamente, referida a todas y cada una de las empresas que pueden considerarse integrantes del grupo económico, la realidad efectiva de la crisis afectante al grupo”, en el término medio bastará poner a disposición de los representantes de los trabajadores y de la propia AL “los elementos de juicio necesarios para que hayan podido compulsar la realidad de esa crisis generalizada”²⁶, probablemente con referencia a la documentación consolidada del grupo mismo, en lo contable y

²³ STS 28 febrero 2005 (RJ 2005\4734).

²⁴ STS 4 mayo 2004 (RJ 2004\4708)

²⁵ STS 31 Octubre 2001 (RJ 2001\9913).

²⁶ STS 14 diciembre 2002 (RJ\2003\4144)

en lo fiscal. La referencia a la crisis de un grupo “laboral” no altera estas conclusiones; si hay un grupo laboral o no, habrá de dilucidarse por la jurisdicción social, a la hora de determinar la responsabilidad solidaria frente a los trabajadores en los pagos correspondientes²⁷. Es más, en alguna sentencia de instancia, es la propia política del grupo, la que amenaza con deslocalizaciones y fomenta la competitividad entre sus propias empresas integrantes, una justificación suficiente de la concurrencia de causas organizativas y tecnológicas, pues “el hecho de que la empresa pertenezca a un grupo transnacional hace necesario que ésta implemente los programas de renovación tecnológica y de reorganización técnica, comercial, etc, que le permitan ser parte importante de los planes del grupo transnacional al que pertenece, debiendo en este sentido afrontar el reto de la tendencia mundial a trasladar a América Latina y Asia la producción industrial, y en el caso europeo a los países del Este”²⁸. Ahora bien, como en la jurisprudencia social, aún en caso de grupo, la concurrencia de causa TOP puede acreditarse sólo en relación con una de las empresas del grupo: “cuando se alegan causas técnicas, económicas o productivas no es necesario que la causa alegada ‘haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa’, bastando con que se acredite exclusivamente en el espacio en que se ha manifestado la necesidad de suprimir un puesto de trabajo”²⁹.

Por la propia redacción del precepto legal es obvia la mayor flexibilidad en la acogida de causas TOP, en orden a medir la realidad y suficiencia de la causa invocada; esto es, si las medidas propuestas son adecuadas para mejorar un mal funcionamiento de la empresa, aunque no registrara pérdidas concretas, si la competencia es de tal intensidad que impone “la necesidad de abandonar la explotación directa del transporte marítimo, como consecuencia de la liberalización del tráfico marítimo en la UE, lo que no significa necesariamente abandono de la actividad armadora”³⁰. O, en un supuesto de centralización de un almacén de libros de una distribuidora, con despido de 28 trabajadores en otros centros, se declara razonable “un ajuste de costes al objeto de garantizar su viabilidad a corto y medio plazo, para ello a lo largo del año 2000 realizó los estudios necesarios para conseguir mejorar su posición en el mercado, mejorar el servicio al cliente y por otro lado ser más competitiva reduciendo costes operativos”, para ello automatizó un almacén de libros y cerró los demás, con lo que, según el TSJ de Madrid, “se obtendrá la requerida rentabilidad y se evitará que una situación de desequilibrio pueda conllevar en un futuro a un

²⁷ STS 14 febrero 2001 (RJ\2001\2869).

²⁸ STSJ Madrid 28 abril 2006 (RJ 2006\201239).

²⁹ STSJ Madrid 24 junio 2004 (JUR 2004\279045).

³⁰ STS 25 junio 2008 (RJ 2008\3279).

mayor volumen de desempleo que el ahora propuesto”³¹. Lo cual, evidentemente, parece conducir a una función preventiva de la crisis que es característico de éstas también en el orden social.

En general, en todas las causas examinadas, el Informe de la Inspección de Trabajo, su particular naturaleza administrativa, especializada e imparcial, posee una virtualidad determinante para entender acreditada la causa alegada por la empresa, o para entender que no concurre. Eso sucede en la instancia³², desde luego, y por las propias limitaciones de alteración de la prueba en el recurso de casación, también ante el TS. Sólo el acuerdo entre la empresa y los trabajadores, y la limitación del control administrativo, permite obviar la opinión de la Inspección de Trabajo³³.

Como se ha dicho ya, es patente la importancia operativa que tiene el alcance de un acuerdo entre empresa y trabajadores. Pero esa importancia tiene algunos matices: para empezar, que las reclamaciones acerca de su posible incumplimiento han de residenciarse ante la jurisdicción social, y no la contenciosa³⁴. Pero, sobre todo, que su vigencia es *rebus sic stantibus* de manera que la existencia de un pacto previo en otro ERE no impide la apreciación de la concurrencia de las causas de despido en un momento posterior³⁵. Incluso, en la STS 23 junio 2003 citada, si la solicitud de autorización para despedir resulta o no incumplimiento del pacto previo es cuestión que podrá analizarse ante la jurisdicción social, pero no es obstáculo para que se aprecie la existencia de una crisis cuando es real en el momento en que se solicite.

La extinción, en cualquiera de sus causas, no es la última ratio. Ni es cometido judicial evaluar si había respuestas menos costosas a la situación ya acaecida que genera la dificultad económica o el mal funcionamiento que pone en peligro la viabilidad: en relación con un supuesto de fuerza mayor, la “crisis” es inevitable “sin que sea óbice a esta afirmación el que...se aluda a que pudo evitarse la extinción de los contratos de trabajo optando el titular de la empresa (una cafetería de una estación de Renfe) a otras concesiones...o que procediese pactar con Renfe la transferencia de la plantilla al nuevo concesionario”³⁶. En otra resolución, en un supuesto de causa económica, se afirma aún con mayor contundencia que “es suficiente con justificar, además de la situación econó-

³¹ STSJ Madrid 31 mayo 2005 (JUR\2005\159318).

³² Expresa referencia a este carácter privilegiado del informe de la Inspección, en STSJ Madrid 14 mayo 2004 (JUR 2005\37301); STSJ Madrid 14 marzo 2005 (JUR 2005\160247); ó STSJ Islas Baleares 30 septiembre 2002 (JUR 2002\266440).

³³ STS 5 junio 2007 (RJ 2007\6188).

³⁴ Al tratarse de un acuerdo colectivo STS 23 junio 2003 (RJ 2003\5785).

³⁵ STS 14 febrero 2001 (RJ 2001\2869); 25 junio 2008 (RJ 2008\3279); ó 5 junio 2007 (RJ 2007\6188).

mica negativa de la empresa, la idoneidad del despido colectivo para contribuir a superarla, sin que tal despido se convierta en alternativa última a un determinado esfuerzo inversor, como medida prioritaria o previa, que la norma aplicable no exige³⁷.

³⁶ STS 16 mayo 1995 (RJ 1995\4139).

³⁷ STS 23 junio 2003 (RJ 2003\5785).

CRISIS ECONÓMICA Y ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Catedrático Jean Monnet -European Law
Universidad de Sevilla*

EXTRACTO

Palabras Clave: ERE, Administración laboral

La intervención de la Administración Laboral en la resolución de los expedientes de regulación de empleo, debería ser objeto de un intenso debate en los actuales momentos de crisis económica global. El papel garante de derechos e intereses generales que desempeñan tanto la Administración Laboral como la Inspección de Trabajo puede verse comprometido, hoy más que nunca, si la tradicional actuación autorizante de las extinciones colectivas de empleo o la actividad inspectora no se revisan en cuanto a contenidos y alcance. Una vez constatadas las carencias propias de los sistemas económicos ausentes de controles administrativos e inspectores, que han degenerado en la actual situación de crisis, sería oportuno replantearse la posibilidad de una mayor intervención administrativa e inspectora en el ámbito de los expedientes de regulación de empleo, sobre la base de tres principios rectores: especialización de los órganos resolutorios, descentralización administrativa y coordinación de administraciones laborales, particularmente entre las autonómicas. Esta experiencia observadora debe ser tenida en cuenta para avanzar soluciones de reforma que puedan reposicionar el papel de la Administración en el marco de unas relaciones laborales que, seguramente, ya no volverán a ser lo que fueron.

ABSTRACT

Key words: Redundancy procedure, Labour Administration

In the context of the current situation of global economic crisis, the Spanish Public Labour Administration's intervention in redundancy procedure's resolution should be a key topic to be discussed. The 'safeguard role' ensuring to protect certain rights and general civil interests under the Spanish Public Labour Administration, such as Labour Inspections, could be jeopardized today more than ever, if collective dismissals are not seriously monitored, and its core elements and outcome are deemed revised.

First, we shall analyse the economic system's fallacies which lack an administrative control, and that in certain way, provoked the current crisis. We should think about the possibility of having more administrative intervention, and redundancy procedure inspections based on three premises: conflict-resolution specialisation, administrative decentralisation and the Spanish Public Labour Administration coordination in particular the autonomous communities (a coordination among the three Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales e Inmigración de España, Consejerías de Trabajo y Empleo de las Comunidades Autónomas and Concejalías de Trabajo y Empleo de las Corporaciones Locales). This proposal is a path to search for solutions, while reminding that the Administration has a key role to play on industrial relations, which certainly, will never be what they used to be.

ÍNDICE

1. BREVE ALUSIÓN A LA EVOLUCIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS PROCESOS EMPRESARIALES DE REDUCCIÓN DE PLANTILLA
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
 - 2.1. Actividad reglada o discrecional: ¿un debate ya cerrado?
 - 2.2. El control jurisdiccional de las resoluciones administrativas sobre expedientes de extinción de empleos
 - 2.3. Hacia un cambio de modelo de intervención de la Administración Laboral.
3. BREVE ALUSIÓN A LA INCIDENCIA DE LA LEY CONCURSAL EN LOS ERE

1. BREVE ALUSIÓN A LA EVOLUCIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA EN LOS PROCESOS EMPRESARIALES DE REDUCCIÓN DE PLANTILLA

Aunque la actual situación de crisis económica y financiera global haya puesto en el primer plano del interés jurídico laboral la actuación de la Administración en los procesos empresariales con incidencia en el volumen de plantilla, lo cierto es que en el panorama normativo español la protección del trabajador por la Administración mediante la limitación de las facultades extintivas del empresario ha sido un rasgo caracterizador de nuestro Derecho del Trabajo. Algún autor (Desdentado Bonete, 1999:10) lo llamaba el “mal de piedra” o el “pecado original” del Derecho del Trabajo español, refiriéndose al exceso de intervencionismo administrativo en España en las relaciones laborales.

La Ley de 25 de junio de 1935, sobre medidas transitorias para remediar el paro obrero, fue la primera que estableció la intervención de los poderes públicos en el conflicto de despido colectivo. Esta Ley, y su Decreto de desarrollo de 25 de noviembre de 1935 preveían la puesta en conocimiento de los Jurados Mixtos de la decisión del empresario de despedir a los trabajadores por falta de trabajo. Éste debía probar la causa de su decisión. El Jurado Mixto analizaba posibles medidas alternativas al despido (cambios de turnos, reducción del tiempo de trabajo) y autorizaba o denegaba los despidos solicitados en función de su análisis. La decisión era recurrible ante el Ministro, que podía autorizar o sustituir la medida por otras menos traumáticas. La situación económica, entonces, obligó a pasar de un control administrativo a posteriori a un control administrativo de tipo preventivo (Serrano García, 2002:282).

Durante el franquismo el control administrativo de las extinciones colectivas se incrementó, lo que era lógico si se tiene en cuenta que la administración era la principal protagonista de las relaciones laborales. Lo que entonces se denominaba la “crisis laboral” se encontraba bajo el control monopolístico del Estado. De este modo se aprueba el Decreto de 26 de enero de 1944 sobre

despidos por suspensión o cese de actividades en la empresa que establecía un procedimiento para la modificación de las condiciones de trabajo, la suspensión y la extinción de la relación de trabajo, atribuyendo a la Administración un poder directo de policía de gran intensidad que iba mucho más allá de la mera comprobación de las causas extintivas, estableciendo, de hecho, una política de empleo proteccionista.

En este sentido, y teniendo en cuenta el contexto histórico, político y económico del momento, lo que interesaba al Estado era que los despidos colectivos no quebraran la frágil economía que generaba el país y que los despidos fueran los estrictamente imprescindibles para permitir el mantenimiento de las actividades productivas, sin que la identidad de los despidos contara en ningún momento (Alonso Olea, 1957:18). La inexistencia de un sistema de protección contra el paro forzoso determinó que, en aras del mantenimiento de la paz social, la paz en la calle, la intervención de la autoridad pública fuera inexcusable.

Más tarde, con el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo, se mantendrá la exigencia de la autorización administrativa en el caso de despidos por causa económica, del mismo modo que en la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, que no alteró este esquema de funcionamiento administrativo de forma sustancial. Sin embargo, en otro momento de alto desempleo e inflación, acompañado de una situación social de equilibrio precario, el RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, introdujo una importante modificación al establecer en el artículo 39.1.c) la posibilidad de extinguir mediante decisión directa del empresario el contrato de un trabajador ante la necesidad de amortizar su puesto de trabajo cuando no procediera emplear al trabajador en otras tareas (Serrano García, 2002:283).

El ET de 1980, Ley 8/1980, de 10 de marzo, norma que nace en una situación económica mala y con una tasa de desempleo cercana al 22%, mantiene la precedente situación, salvo en lo que respecta a la forma de fijar las indemnizaciones, que ya no serán determinadas previamente por la Administración laboral o la jurisdicción social, en la medida en que vendrán establecidas legalmente (Valle Villar, 1996:220).

Es evidente que desde aquel primer ET la situación de la economía nacional y mundial ha cambiado de una forma drástica. La velocidad del cambio económico, la internacionalización de la economía, la dependencia económica global, han complicado en grado extremo el control público de las decisiones empresariales, y los modelos intervencionistas, tanto de las relaciones económicas y los mercados, como de las relaciones laborales, han dejado de existir en la mayor parte de los países desarrollados. No obstante, esta afirmación, se vuelve interrogación en el actual momento de incertidumbre económica mundial. ¿Puede decirse hoy, a la vista de las primeras medidas de

intervención económica global, que la Administración Laboral puede seguir en esa senda de no intervención? ¿Cabe pensar en una Administración Laboral ausente cuando el resto de las Administraciones han comenzado a introducir mecanismos de control e intervención en las relaciones económicas como consecuencia de la gravedad de la crisis económica mundial?

La Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, de modificación del ET, la LPL y la LISOS, declaraba que “cuando la necesidad de extinción tiene carácter colectivo y se encuentra basada en la crisis de funcionamiento de la actividad empresarial, en ella confluyen elementos de trascendental importancia, los cuales, según las soluciones que se adopten, pueden llegar a afectar en épocas de especiales dificultades a la propia viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y sociales”.

¿Podríamos en este momento validar estas afirmaciones de la E. de M. de aquella Ley de hace catorce años? La existencia de esos intereses económicos y sociales justifica que actualmente se mantenga el régimen autorizador sólo para los supuestos en los que por el elevado número de trabajadores afectados dichos intereses puedan verse afectados (Serrano García, 2002:284). Como se ha destacado (Serrano García, 2002:284, citando a Baylos Grau, 1999:19, y Durán López, 1998:869;), hay un conflicto, por tanto, entre la libertad de iniciativa económica y otros principios consagrados constitucionalmente, como la subordinación de la riqueza del país al interés general y el compromiso del Estado de garantizar el empleo y la protección social de los trabajadores. En ese difícil equilibrio entre la noción causal de despido colectivo y la relevancia de los intereses en juego, el legislador introdujo en 1994 el denominado “plan social”, llamado “plan de acompañamiento social” por el artículo 6.1.c) de RD 43/1996, de 19 de enero, o también conocido como “plan de viabilidad”.

La cuestión catorce años después es si dicha figura –el plan social– ha tutelado convenientemente los intereses colectivos y públicos, garantizando a la vez la objetividad de los proyectos empresariales de carácter extintivo y la necesidad de los despidos solicitados (Serrano García, 2002:285), o ha sido, simplemente un trámite administrativo cuyo contenido y viabilidad no han podido evaluar correctamente los órganos administrativos por falta de medios de evaluación o por imposibilidad técnica para ello. A esta cuestión, hemos de incorporar un debate que es necesario abrir y que tiene que ver con el papel futuro que debe esperarse de la actuación de la Administración que aprueba y visa las extinciones colectivas y sus correspondientes planes sociales, debate que viene impuesto también por la necesidad de poner al día normas, como son las que regulan el expediente de regulación de empleo, que comienzan a mostrar síntomas de fatiga o de obsolescencia normativa.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Si queremos vislumbrar posibilidades de actuación de la Administración Laboral en los expedientes de regulación de empleo distintas de las actuales, es preciso delimitar el marco constitucional y legal en el que la misma se mueve. Es punto de partida habitual en este análisis el artículo 103 CE que va a determinar que el conjunto de las Administraciones Públicas tiene como objetivo servir al interés general mediante la acción. La Administración Laboral tiene en este sentido un papel complejo, una posición jurídica compleja (Serrano García, 2002:285). El principio de legalidad exige que la Administración Laboral, en tanto que órgano público que interviene en un procedimiento como el expediente de regulación de empleo, se limite en la interpretación y aplicación de la normativa previa pertinente al marco de legalidad trazado por la norma, que está directamente vinculado con la finalidad de la misma buscada por el legislador. La Administración no puede crear el derecho en su actividad de interpretación y aplicación, pues de lo contrario activará el mecanismo de control jurisdiccional correspondiente que anulará el exceso de intervención o el error de apreciación normativa.

Al mismo tiempo, el artículo 106 CE determinará que toda la actuación administrativa está sometida plenamente a la ley, al derecho y a los fines que la justifican. Sin embargo, en el análisis de un expediente de regulación de empleo, la Administración se enfrenta con gran cantidad de aspectos sociales y económicos para los que el estrecho marco legal no da soluciones valorativas, lo que implica un grado de libertad interpretativa y aplicativa que puede comprometer la propia actuación administrativa. Esto ha generado un debate, ya clásico, acerca de carácter reglado o discrecional de la actuación de la Administración, debate que se reaviva en los actuales momentos.

2.1. Actividad reglada o discrecional: ¿un debate ya cerrado?

Es tradicional en nuestra doctrina y jurisprudencia establecer las diferencias entre potestades regladas y discrecionales. En las de carácter reglado la ley agota todas y cada una de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, mientras que en las discrecionales su ejercicio se halla sólo parcialmente programado por sus respectivas normas de atribución (García de Enterría, T. y Ramón Fernández, 1999:447).

La potestad discrecional puede ser reconocida legalmente, e implica la necesidad de tener en consideración criterios no estrictamente jurídicos para adoptar la decisión, es decir, criterios políticos, técnicos, económicos, de mera conveniencia, según los casos. Por tanto, “la discrecionalidad no es un mero

proceso intelectual de aplicación de la ley y del derecho, es decir, no implica un proceso lógico íntegramente guiado, dominado por el razonamiento jurídico, sino que es también, al mismo tiempo, un proceso volitivo de decisión que ha de tener en cuenta otros elementos, cuyo control judicial no puede ser pleno” (Serrano García, 2002:287). En los años noventa hubo una larga y profunda batalla doctrinal en el ámbito del Derecho Administrativo acerca del alcance y la intensidad constitucional exigidos del control judicial del ejercicio de potestades discrecionales atribuidas a la Administración y en torno a los presupuestos y condiciones de legitimidad constitucional de su atribución en un Estado social y democrático de Derecho (Bacigalupo, 1997:45).

En la potestad reglada la acción administrativa se encuentra determinada de forma completa, material o sustantivamente, de forma que la Administración se limita a constatar, que la causa extintiva alegada entra dentro del supuesto típico de la normativa aplicable. En el artículo 51.6 párrafo 2º ET, se establece que “la autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos en el apartado 1 de este artículo”. Parece deducirse de ese tenor literal que el legislador no deja margen a la Administración para valorar o apreciar los intereses públicos en juego y “en función del resultado de esta ponderación decidir si la solicitud empresarial es o no pertinente, en tanto que la utilización del tiempo imperativo –proceder– revela la existencia de una potestad reglada” (Serrano García, 2002:289; García Trevijano Fos, 1964:381).

Si lo que el empresario solicita se adecua a la disposición legal aplicable, a la Administración laboral no le cabe más que autorizar la extinción, dado que la denegación de la solicitud no puede depender de que aquella considere viables otras alternativas más favorables para el interés de los trabajadores, de la economía en general e, incluso, de la propia empresa. ¿Puede erigirse la Administración en garante del propio interés del empresario solicitante denegándole la solicitud de extinción? Parece que el precepto del ET deja claro que si de la documentación obrante en el expediente se desprende razonablemente que las medidas propuestas se requieren para alcanzar los fines la Administración laboral “procederá a autorizar”. Es más, la norma hace referencia expresa también a los criterios que debe aplicar el órgano público en esta actividad de confrontación, como son la razonabilidad, la necesidad, la motivación y la congruencia. Siguiendo el esquema de análisis de Serrano García, 2002:289 y ss., veamos brevemente dichos criterios.

a) Necesidad: El requisito de necesidad garantiza a los trabajadores que el empresario aplicará aquellas medidas que siendo suficientemente aptas para la satisfacción del fin perseguido, son las menos lesivas para sus derechos. Sin embargo la necesidad no justifica todas las medidas (Valdés Dal-Ré, 1994:403)

Sólo serán jurídicamente correctas, y, por tanto, no censurables por los órganos de control, aquellas medidas que dictadas en función de la necesidad, estén sometidas a ciertos límites; entre ellos los de su carácter efectivamente indispensable, los de su adecuación y los de su estricta proporcionalidad a la concreta finalidad por ella perseguida (Alvarez García, 1996:484).

b) Razonabilidad: Una decisión será razonable cuando se adopte en situaciones en las que no sea posible una decisión estrictamente racional, como es el caso del artículo 51 ET, se acomode a una realidad objetiva y se presente debidamente justificada, sustentada en las razones de Derecho y “precedida de la argumentación que la fundamente” de forma que se “puede comprobar que la solución dada es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad”, esto es, de la mera voluntad o simple capricho de su autor, cuando “responde a una determinada interpretación del Derecho”, y, en consecuencia, es capaz de “permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos”. (Serrano García, 2002:316, que cita la STC 199/1991, de 28 de octubre).

c) Motivación: “La exigencia de motivación del art. 51.6 ET es básicamente un requisito que se deriva del principio de proporcionalidad y razonabilidad, en virtud del cual, en las resoluciones limitativas de derechos el órgano jurisdiccional debe plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido para evidenciar la necesidad de la medida (STC 37/1989, de 15 de febrero). La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto, por ello no es un simple requisito formal sino de fondo. La motivación de la decisión administrativa, a su vez, marca la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, en tanto que si no existe motivación el único apoyo de la decisión será la voluntad de quien la adopta” (Serrano García, 2002:318).

d) Congruencia: Introducido tras la reforma de 1994, el principio de congruencia se halla en el interés del ordenamiento por acabar con el uso de lo que se llamó la “laxitud de la congruencia administrativa” (Alonso Olea, 1962:293 y ss., citado por Serrano García, 2002:320), que se traducía en que las medidas autorizadas podían ser diferentes de las solicitadas por la empresa, tal y como sucedía con lo dispuesto por el derogado art. 15 RD 696/1980 (se podían autorizar suspensiones cuando se pedían extinciones). De conformidad con los arts. 89 y 113 de LRJPAC “la congruencia de la resolución final se mide en función, no sólo de lo alegado y pretendido por los interesados, sino también de lo que resulte del expediente mismo con independencia de aquellas pretensiones, respetando los derechos de defensa de las partes (art. 84 LRJPAC)” (Serrano García, 2002:321). La congruencia no exige un seguimiento estricto y meticuloso de las alegaciones o razonamientos aportados por los intervinientes en un procedimiento administrativo para la defensa de sus intereses. Así, no

sería incongruente una resolución que concediera menos extinciones que las solicitadas por el empresario, “pues una sentencia que concede menos de lo pedido no es, por este simple hecho incongruente, ya que la congruencia se refiere, como ya se ha señalado, al juego de las pretensiones contrapuestas, de manera que cabe, por ejemplo, otorgar 50 al que pide 100” (De la Oliva Santos, citado por Serrano García, 2002:323)

La cuestión, en definitiva, es determinar en qué punto del debate doctrinal debemos situar la cuestión de la actuación de la administración laboral en la resolución del ERE. Frente a quienes defienden la actividad reglada de la administración (Martín Valverde, García Murcia, Serrano García, Sánchez Cervera) están los que consideran que las sucesivas reformas legales tan sólo se han limitado a reducir sustancialmente la discrecionalidad (Valdes Dal-Ré, del Rey Guanter), o que la administración ejerce funciones arbitrales, cuasi-arbitrales, parajudiciales o cuasi-jurisdiccional (Matía Prim, Desdentado Bonete). Una cuarta posición, ecléctica, es la que entiende que los esfuerzos por atribuir naturaleza autorizante a la actuación de la administración o naturaleza jurisdiccional o cuasi jurisdiccional, pueden ser equívocos puesto que la actuación de la administración puede ser susceptible de ser analizada desde ambas perspectivas sin que dicha doble óptica sea necesariamente incompatible (Martín Jiménez, Mateos Beato). Consiguientemente, no puede hablarse, ni mucho menos, de que el debate doctrinal en esta cuestión esté cerrado en España (Martín Jiménez y Mateos Beato, 2004:444, desarrollan profusamente este debate).

Ha habido una evolución clara en la propia formulación normativa que ha venido motivada por la necesidad de adaptar la actuación de la Administración Laboral a los tiempos y al momento social y económico. En la regulación del artículo 15.2 del RD 696/1980, de 14 de abril, sobre procedimientos de regulación de empleo, la autorización administrativa venía precedida de una actividad previa de búsqueda de soluciones idóneas para resolver el problema empresarial que generaba los despidos. Dicha solución podía exceder la propia propuesta empresarial. El plan social era evaluado desde el punto de vista de las causas constitutivas de la crisis de empresa y, posteriormente, se determinaba su viabilidad de conformidad con lo propuesto por el empresario.

Actualmente, la administración, en ausencia de acuerdo previo, tiene competencia para el control de la decisión del empresario de despedir colectivamente, pero también puede, en caso de que haya habido acuerdo con la representación colectiva de trabajadores, valorar si dicho acuerdo se ajusta a derecho –el consentimiento no está viciado o su contenido no es contrario a derecho– al objeto de autorizar las extinciones que el empresario solicite. No hay realmente un control de oportunidad, en el sentido de que la Administración no puede jugar con diferentes alternativas de solución ideadas por ella misma. En todo caso va a prevalecer el proyecto presentado por el empresario, si entiende la

conurrencia de las causas alegadas y la idoneidad general de las medidas propuestas. Por tanto no hay margen de discrecionalidad en este sentido.

Suele citarse como demostración material de esta posición doctrinal la Resolución de la DGT 51/1999, de 3 de diciembre, en el caso del ERE de la Sociedad Ibérica de Molturación SA, que se manifestó en contra de la actividad mediadora desarrollada por la administración laboral de una de las CCAA en las que estaba ubicada la empresa, en concreto, señala que “el desarrollo de un proceso de mediación como el que se ha producido en este expediente sin duda que aumenta la información sobre las posiciones y las razones de las partes, pero el órgano administrativo que resuelve el expediente no puede, debido al modelo legal de autorización administrativa, actuar como una especie de segunda o definitiva instancia mediadora, sino que debe valorar si concurren o no las causas alegadas por la empresa, es decir, si en la empresa existe una situación económica u organizativa negativa a cuya superación pueden contribuir medidas laborales como las que se proponen, y si hay una proporción o adecuación entre la entidad de la causa constatada y la magnitud o características de las medidas laborales propuestas” (Serrano García, 2002:291).

Sin embargo, quienes sostienen la tesis de la naturaleza discrecional, cuasi-jurisdiccional o cuasi-arbitral de la actuación administrativa, se basan en el carácter triangular o en la relación trilateral a que da lugar la presentación del ERE (González Navarro, Matía Prim), triángulo en el que se relacionan la administración, el empresario y los trabajadores, y que se separa de la típica relación bilateral que se entabla entre la administración y los interesados en obtener la autorización. No obstante, es claro que existen en este proceso otros intereses distintos a los del solicitante, lo que no desvirtúa necesariamente la naturaleza autorizatoria de la intervención administrativa (Martín Jiménez, R. y Mateos Beato, A., 2004:445).

No puede perderse la perspectiva práctica derivada del hecho de que nada impide que un acto formalmente autorizatorio consista sustancialmente o materialmente en la resolución de un conflicto entre empresario y trabajadores, pues la autorización y la resolución de conflictos son dos actos jurídicos que se sitúan comparativamente en planos distintos al ser ontológicamente diferentes (Martín Jiménez, R. y Mateos Beato, A.: 2004:445), lo que invalida cualquier confrontación u oposición que quiera entablarse entre ellos (García-Trevijano Fos). No resultaría, pues, contradictorio entender que estamos ante una autorización que resuelve un conflicto subyacente o, ante un acto administrativo que constituye una autorización con efectos resolutorios de un conflicto nacido en el seno de una relación jurídico privada (Martín Jiménez, R. y Mateos Beato, A.: 2004:445).

El problema de la discrecionalidad en la intervención administrativa económica planea necesariamente sobre la cuestión, máxime cuando, en situa-

ciones como las que se avecinan, producto de una crisis financiero-económica de imprevisibles consecuencias, la administración se ve forzada a intervenir en una gran cantidad de áreas de la actividad económica so pena de perder el control sobre su obligada función de velar por el funcionamiento de la actividad económica y la productividad general del país. No es que vayamos a trasladar aquí el discurso acerca de cuáles han sido los efectos sobre la economía real de la ausencia de controles administrativos sobre los mercados financieros, para justificar o reivindicar una presencia más incisiva de la administración laboral sobre las situaciones de crisis de empresa. Pero es evidente que la receta de mayor liberalización –y por tanto, acotamiento de la actuación de la administración– para combatir las situaciones de recesión económica que se empleaba en las crisis económicas de los ochenta y los noventa, hoy no parece un buena receta, orientándose buena parte de las políticas administrativas, incluso en aquellos países con economías más desreguladas y administraciones abstencionistas, hacia un mayor intervencionismo administrativo –y una mayor dosis de discrecionalidad– en las relaciones económicas y también laborales.

Si bien se ha afirmado que nos encontramos en un momento fundacional de la economía de mercado –esto sería discutible, pero en cualquier caso, hacemos mención de esta postura– tras el fracaso, como afirmaba recientemente el premio Nobel de Economía, Paul A. Samuelson, (Diario El País, 19.10.2008) de las tesis neoliberales de Friedman y de Hayek, puede que también estemos en el momento de replantearnos el papel de la Administración en las relaciones económicas y laborales. En el marco de la Unión Europea, sería un magnífico momento para dar sentido a la cláusula del artículo 3.3 TUE que habla del modelo europeo de “economía social de mercado”, máxime cuando la intervención de la Administración no se está efectuando tan sólo como un ejercicio de poder público del Estado, sino que se está materializando a través de la aportación de ingentes cantidades de fondos públicos generados por los contribuyentes sobre los que debería haber un estricto seguimiento y control. Es decir, que el incremento de controles interventores tiene una justificación material muy clara: la aportación económica del Estado para combatir la crisis.

Si hay un modelo social dentro de una economía social de mercado, debe haber entonces nuevos roles para la administración laboral que pasen, sin duda alguna, por una mayor especialización, una mayor descentralización y una mayor coordinación. Con ello se debería contribuir a un modelo más interventor de la administración, sobre la base de estos tres criterios –especialización, descentralización y coordinación– y por tanto, contribuir a un modelo de administración más comprometida con el funcionamiento económico de las empresas y, por ende, del sistema económico general.

2.2. El control jurisdiccional de las resoluciones administrativas sobre expedientes de extinción de empleos

En relación a los criterios de que hemos hablado anteriormente, y que componen el marco dentro del cual se mueve la potestad reglada de la administración laboral, recordemos que es la decisión empresarial de extinción la que disfruta de un importante margen de discrecionalidad. La gestión empresarial, aunque haya sido catastrófica –y estamos comprobando en estos momentos la escasa consistencia y sostenibilidad económica de muchos grandes proyectos empresariales en sectores como el financiero, el inmobiliario y de la construcción, que han tenido, muchos de ellos, una efímera vida– no puede ser valorada por la administración laboral, limitándose ésta a comprobar la concurrencia de los requisitos legales en la causa alegada.

La Ley establece que la resolución “motivada y congruente con la solicitud empresarial” deberá ser estimatoria de ésta cuando a partir de un “control de razonabilidad” de la documentación presentada por el empresario se deduzca que las medidas empresariales son “necesarias” para alcanzar los fines previstos en el artículo 51.1 ET, esto es, para superar la situación económica negativa o para garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Esto está en la línea de la STC 39/1999, de 22 de marzo, al recordar que todos los ciudadanos tienen derecho a una respuesta judicial motivada, razonable y congruente con sus pretensiones, siempre que éstas se hubieren ejercido con cumplimiento de los requisitos de legalidad previamente establecidos.

La facultad decisoria de la administración laboral se encuentra, por tanto, limitada en tanto en cuanto su control es de legalidad y no de oportunidad. Esto quiere decir que aunque a la administración le parezca que puede haber otras medidas más acertadas o convenientes, sólo puede entrar a valorar las propuestas por el empresario. En suma, “cuando se trate de resoluciones administrativas, el juicio efectuado deberá ser plenamente acertado y conducir a la mejor decisión posible, por lo que podrá fiscalizarse por los Tribunales, lo que sería mucho más difícil en caso de resolución discrecional”.

Es más, si una sentencia anula una resolución administrativa que haya causado un daño real a la empresa en situación de dificultad, se generaría la correspondiente responsabilidad patrimonial de la administración, y la empresa tiene derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados (STS C–A de 21–4–2005, R. 2005, 4314). En lo que respecta a los trabajadores afectados por la resolución administrativa anulada, la sentencia que así lo declare produce sus efectos no sólo respecto de los que la impugnaron, sino que también se extiende a todos los que estaban incluidos en la autorización extintiva, legitimando a todos ellos, sin exclusión, a reaccionar judicialmente frente a la empresa en caso de que ésta niegue su readmisión (STS 29–11–2006, R. 2006, 8373).

En cuanto al alcance de la nulidad de la resolución administrativa que autoriza una extinción colectiva sobre el empresario solicitante de la extinción, la STS 23-6-1999 estableció que quien establece la relación jurídica con la administración es el solicitante. Por consiguiente, su otorgamiento, no presupone obligadamente que el administrado realice la actuación personal que ha sido autorizada por la administración; es decir, no obliga al empresario a despedir, lo que sigue siendo una decisión libre e independiente. Por ello, la concesión de la autorización no afecta a las relaciones del titular del derecho con los terceros, por lo que si la decisión deviene nula por autorización indebida de la administración, el titular de la autorización podrá recabar de la administración la correspondiente satisfacción o indemnización, pero no puede esgrimir frente a los terceros dicha autorización para eximirse de la responsabilidad de su propia decisión.

2.3. Hacia un cambio de modelo de intervención de la Administración Laboral

La posibilidad de un cambio de modelo de intervención de la Administración Laboral en la resolución de los expedientes de regulación de empleo se encuentra, en buena medida, ahogada por el debate entre quienes, sobre las mismas bases legales, mantienen la pervivencia del sistema de autorización o su cuestionamiento. En definitiva, se trata del debate clásico –hoy más actual que nunca– sobre el intervencionismo de la Administración en el ámbito de las relaciones laborales. No obstante, del mismo modo que la Ley 11/1994 pudo suponer un punto de inflexión en el tratamiento de la cuestión de la intervención de la Administración Laboral en los ERE, podríamos encontrarnos en estos momentos ante un marco temporal idóneo para el replanteamiento del papel de la Administración frente a las autorizaciones de extinciones colectivas y su reforzamiento.

Queremos decir que, con la especialización de medios y recursos humanos suficientes, sería un buen momento para cambiar la proyección de la Administración Laboral en los procesos de extinción colectiva que, de forma estadísticamente imparable, abruma actualmente a buena parte de nuestras empresas y trabajadores. Es obvio que, además de una situación de crisis generalizada, hay un profundo cuestionamiento de todo el sistema económico pero, también, de la propia cultura de empresa que tiene este país, que hace que quienes declaraban beneficios espectaculares hace un año, estén hoy al borde de la extinción total. Entendemos que la Administración, garante de la aplicación racional y ordenada de los recursos públicos, entre ellos los de la Seguridad Social, no puede estar inerte ante situaciones, rayanas en lo escandaloso, de extinciones colectivas de empleo de muy difícil justificación.

Habría que iniciar, pues, el debate sobre el cambio de modelo de intervención, y para ello, quizás pueda sernos útil el debate clásico que ha venido manteniéndose hasta ahora.

a) Quienes abogan por el mantenimiento del sistema de autorización parten del mismo punto argumental que quienes sostienen que dicha pervivencia es cuestionable. Según la E. de M. de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que ya ha sido mencionada anteriormente, la técnica de autorización vendría determinada en su origen tanto por la necesidad de hacer pervivir a la empresa como, y esta razón no es en absoluto menor, por garantizar los elementos de competitividad propio de la empresa y el entorno en el que opera: *“Cuando la necesidad de extinción tiene el carácter colectivo y se encuentra basada en crisis de funcionamiento de la actividad empresarial, en ella confluyen elementos de trascendental importancia tanto a los derechos de los individuos como a las posibilidades de supervivencia de las empresas, los cuales, según las soluciones que se adopten pueden llegar a afectar, en épocas de especiales dificultades, a la propia viabilidad, incluso, de los sistemas económicos y sociales.*

Por ello la norma opta por mantener parcialmente el sistema vigente de intervención administrativa en los despidos colectivos –aunque clarificando y objetivando dicha intervención– en todos aquellos supuestos en los que en función de la necesaria intensidad de la medida, los intereses colectivos y económicos y sociales deben ser ponderados.

Por el contrario, aquellos en los que predominan los intereses de carácter individual pueden ser remitidos simplemente a los instrumentos jurídicos establecidos, con carácter general para la defensa de dichos intereses. Se trata, en definitiva, de garantizar los elementos básicos de competitividad de una empresa, haciendo posible que las decisiones rescisorias, adoptadas con sometimiento a procedimientos legales puedan llevarse a cabo con la finalidad precisamente de mantener en el futuro la pervivencia de la empresa”.

Sin duda alguna, la intención del legislador comunitario expresada en la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, es que la administración tenga conocimiento de la decisión extintiva tomada por los empresarios, a efectos de la garantía de intereses de carácter público y general que tienen que ver no sólo con el mantenimiento del empleo sino, particularmente, con una cierta potestad de tutela de la libre competencia en el mercado. Así podrían interpretarse los dos supuestos introducidos a posteriori en el artículo 51 ET –acuerdo obtenido en fraude de ley y sospecha de obtención indebida de prestaciones por desempleo– a la hora de cifrar la actuación administrativa sobre el proceso de negociación entre empresario y representantes de los trabajadores.

Quienes defienden el modelo de autorización administrativa (Casas Baamonde, 1996:17) toman posiciones referidas a la garantía de la estabilidad en el empleo que supone dicha autorización, pero también vinculan dicha

actuación a la defensa de otros intereses de tipo macro y microeconómicos relacionados con la competitividad empresarial, la incidencia sobre el sistema de seguridad social, la financiación de los procesos de reestructuración inherentes a las medidas adoptadas, la readaptación profesional, etc. Todo ello hace de la intervención de la Administración un cuerpo complejo de equilibrios de intereses que dependerá del visto bueno de la instancia autorizante.

También ha sido destacada (Serrano García, 2002:297) la perspectiva constitucional del asunto para oponerse al mantenimiento de la autorización administrativa, es decir, la alusión a la protección de la libertad de empresa (art. 38 CE) o la exclusividad de la función jurisdiccional (art. 117.3 CE), que choca con la opción legislativa que se ha hecho en el artículo 51 ET, opción que, quienes mantienen la necesidad del sistema autorizatorio, consideran compatible con estas disposiciones constitucionales.

Es más, no podría hablarse tampoco de actividad arbitral directa de la administración en el procedimiento del ERE en tanto en cuanto existen intereses públicos diferentes de los de las partes que justifican la especial protección del despido colectivo, así como concurrencia efectiva de causas legales en los despidos colectivos y su adecuación a los objetivos señalados por el legislador sujetos a un procedimiento de verificación. O sea, la administración no puede legítimamente oponerse a los despidos ni arbitrar entre intereses opuestos de empresarios y trabajadores porque dichos intereses ya han sido equilibrados o arbitrados por el legislador (Casas Baamonde, 1996:21–22, citada por Serrano García, 2002:299).

Como recuerdan, entre otras, las Resoluciones de la DGT 45/1999, de 25 de agosto (Allianz Seguros y Reaseguros SA), o 27/1999, de 22 de julio (BIMBO SA) la Administración pública vela por una serie de intereses generales que pueden verse directamente afectados por el juego de la autonomía colectiva en la negociación del periodo de consultas si dicha negociación se sale del cauce de legalidad que el ET impone. Están en juego bienes superiores –por ejemplo, la estabilidad financiera que hace posible el paso de prestaciones por desempleo o jubilación– que deben ser tutelados por una administración que, a diferencia de lo que ocurre con la actuación de los tribunales, no puede ser completamente neutral porque la norma le impone la confrontación del *petitum* empresarial con las exigencias formales y de fondo del ET, y de ello dependerá la autorización o denegación (Casas Baamonde, 1996:21).

En un marco de Derecho comparado, el ordenamiento laboral francés, que suprimió la autorización administrativa con la Ley 86–1320, de 30 de diciembre, con una notable pérdida de calidad de los planes sociales o planes de acompañamiento (Serrano García, 2002:59), se tuvo que arbitrar un mecanismo tres años después, en la Ley 89–549, de 2 de agosto, para mejorar el procedimiento y las garantías individuales de los trabajadores, y en la Ley

93-121, de 27 de enero, seis años más tarde, hubo que regular el contenido mínimo de los planes sociales e imponer sanciones en caso de incumplimiento –*constatation de carence*– lo que fue considerado por parte de la doctrina francesa como una vuelta al sistema de autorizaciones administrativas precedente.

En Alemania, las reglas del ordenamiento sobre despidos colectivos forma un cuadro complejo de normas en torno a la Ley de Protección contra el Despido de 25-8-1969, que fue reformada profundamente en 1-10-1996 y que se apoya y complementa por la Ley de representación de los trabajadores de 23-12-1988. El procedimiento es bastante similar al español, puesto que el empresario tiene unas obligaciones de información bastante exhaustivas con la Administración laboral y al Consejo de Empresa, en relación a todas las motivaciones del despido colectivo, trabajadores afectados, periodo de aplicación de las extinciones, etc. Con un claro carácter de procedimiento de consulta, las partes intentan alcanzar un acuerdo sobre las extinciones previstas que puede, en caso de bloqueo, llevar a los interesados a solicitar la intervención mediadora de la Oficina de Trabajo del Estado correspondiente a la sede la empresa (Landesarbeitsamt), o a poner la cuestión en manos de un comité de conciliación (Einingungsstelle) que realizará un arbitraje vinculante que sustituirá al acuerdo. Propio de un sistema de participación, el sistema alemán prima sobre todo la redacción del plan social y el acuerdo sobre las medidas que mitiguen el impacto de los despidos, estableciendo la Ley de 1996 la concesión de subvenciones públicas a las empresas que negocien planes sociales con un alto nivel de medidas sociales de ayuda a los trabajadores afectados por el expediente (Serrano García, 2002:63).

b) Por el contrario, las posiciones doctrinales que cuestionan la pervivencia de la autorización administrativa esgrimen cuatro grandes argumentos para ello.

En primer lugar se argumenta que la reforma de 1994 fue un primer paso para reducir el ámbito de intervención de la administración laboral en los ERE. Es decir, la fase de consultas preceptiva a todo ERE constituye un auténtico proceso de negociación colectiva en el sentido (art. 85.1 ET) cuyo principal objetivo es la eficaz protección y mejor defensa de los derechos y, en general, de las condiciones socio-laborales tanto de los trabajadores afectados por la decisión extintiva empresarial como de los no afectados por ella. En consecuencia, la atribución a la autoridad laboral de facultades decisorias en relación con la extinción de los contratos en los casos en que no se alcance un acuerdo en el periodo de consultas, puede considerarse una injerencia que no se ajusta al moderno papel que debe desempeñar la administración pública en el ámbito de las relaciones laborales ni tampoco es consecuente con las funciones propias de los representantes de los trabajadores (Martín Jiménez y Mateos Beato, 2004:446).

En segundo lugar, frente a quienes entienden que los intereses colectivos quedan suficientemente protegidos por la actuación de la autoridad laboral (Casas Baamonde, Montalvo Correa), los defensores de la supresión de la autorización administrativa argumentan que las auténticas garantías de los derechos de las partes se encuentran en las negociaciones del período de consultas y, en caso de alcanzarse el acuerdo, en el control judicial de la decisión empresarial, sin que el control previo administrativo signifique un verdadero impedimento a tal decisión extintiva (Desdentado Bonete), en cuanto que las facultades de la administración relativas al control de la decisión patronal han de limitarse al análisis de las causas, si bien, de otro lado, no puede olvidarse tampoco la presunción legal favorable a la empresa respecto de la concurrencia de las causas alegadas por el empresario en el expediente: “Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo, (51.1. ET) cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya...” (Martín Jiménez y Mateos Beato, 2004:447)

En tercer lugar, están los argumentos fundamentados en las normas internacionales que determinan que la negociación colectiva constituye el mecanismo de garantía jurídica de los ERE. En este sentido, la Recomendación 119 OIT, de 1963, y el Convenio 158 OIT, de 1982, sobre la terminación de la relación por iniciativa del empleador, establece que tan pronto como se prevea una reducción de la plantilla, deberá procederse lo antes posible a la consulta previa con los representantes de los trabajadores sobre todas las cuestiones que resulten adecuadas, en particular, “el modo de prevenir los efectos de una reducción de personal, la disminución de las horas extraordinarias, la formación y readaptación de los trabajadores, las transferencias entre servicios, el escalonamiento de las medidas de reducción durante determinado periodo, la atenuación al mínimo de las consecuencias de esta reducción para los trabajadores interesados y la selección de los trabajadores que hubieran de ser objeto de la reducción” (art. 13.1 y 2). En estas consultas “las dos partes deberían tener presente que puede haber autoridades públicas que podrían ayudarlas al efecto” (art. 13.3) (Martín Benítez y Mateos Beato, 2004:447). O sea, lo máximo que se admite es un papel de colaboración por parte de la administración.

En cuarto lugar, y dentro del ámbito de las normas comunitarias, se exige únicamente que el empresario comunique su decisión extintiva a una autoridad pública a los efectos de publicidad y registro, sin perjuicio de que esta misma autoridad pueda mediar en la negociación y, por extensión, pueda coadyuvar en la resolución del conflicto subyacente (Martín Benítez y Mateos Beato, 2004:448, en cita a Monereo Pérez). Hay que recordar que la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, sobre despidos colectivos, determina que “la autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 (art.

4) para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados” (art. 4.2). Una interpretación literal del precepto, permitiría establecer que cabe una intervención mediadora de la Administración Laboral que podría –y este sería el objeto de la intervención pública– desbloquear en su caso, el proceso de negociación ofreciendo, incluso, alternativas no valoradas previamente por las partes.

Esta posición hermenéutica nos llevaría, lógicamente, a excluir cualquier tipo de actividad de control de la Administración sobre la decisión extintiva del empresario. Por ello, como se ha destacado por la mejor doctrina (Serrano García, 2002:280), la implantación de un control previo o posterior, ejercido por un órgano administrativo o judicial, es una opción que pertenece al ordenamiento de cada Estado miembro, pues la imposición de un examen administrativo previo es ajeno a la voluntad armonizadora del legislador comunitario. De ahí que pueda afirmarse que el ordenamiento español, al exigir la autorización previa a los despidos, ni incumple, ni mejora, ni empeora la norma comunitaria (Serrano García, 2002:281).

Hay que añadir, además, que las numerosas modificaciones legales y convencionales llevadas a cabo en los países europeos en los últimos años muestran la tendencia a la supresión de la autorización previa a los despidos económicos. No obstante, dicha proclividad de los ordenamientos a la eliminación del régimen autorizador no implica la desaparición radical de la actividad administrativa, en la medida en que la propia norma comunitaria obliga a comunicar a la administración laboral los despidos proyectados y atribuye un papel de carácter mediador a dicho órgano público.

Finalmente, habría también que decir que el doble tratamiento que reciben los despidos colectivos del art. 51 ET y los despidos por causas objetivas del art. 52 ET desde el punto de vista del alcance de la intervención administrativa puede que no esté suficientemente justificado en tanto en cuanto pueden existir supuestos de despidos colectivos con muy pocos trabajadores frente a despidos objetivos muy numerosos, pero por debajo de los límites de la escala del art. 51 ET. Quizá no estuviera de más una revisión legal en este sentido.

3. BREVE ALUSIÓN A LA INCIDENCIA DE LA LEY CONCURSAL EN LOS ERE

A partir de la entrada en vigor el 1 de septiembre de 2004, de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal, que deroga el apartado 10 del artículo 51 ET (Disp. Derog. Única Ley 22/2003) y añade un Sección 5ª al Capítulo III del Título I ET, con el art. 57. bis, ambos bajo la rúbrica “Procedimiento concursal”. Señala ese nuevo precepto que “en caso de concurso, a los

supuestos de modificación, suspensión y extinción colectiva de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal”. En síntesis, la modificación implica que la autoridad laboral deja de ser competente para la autorización de los despidos, al ser el Juez de lo Mercantil quien resuelve el expediente de regulación de empleo regulado en el artículo 64 de la Ley, con exclusión de la participación del juez de lo social (art. 50 Ley). En este caso, se contempla la posibilidad de que la extinción colectiva de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado sea solicitada al juez del concurso por la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada, a través de sus representantes legales.

La Ley modificará Igualmente, el artículo 32 ET, sobre las garantías del salario, dejando vigente el art. 274 LPL que está referido a la insolvencia acordada por el juez de lo social en ejecución separada, por lo que mientras que no exista la declaración judicial del concurso, la ejecución podrá ser llevada a cabo por los trabajadores en reclamaciones por deudas del empresario de naturaleza salarial. La Ley Concursal no va a modificar las situaciones de quiebra y venta judicial a que se refiere el art. 51 ET. Dado que la competencia pasa a ser del juez de lo mercantil que resolverá el expediente de regulación de empleo, ambos supuestos legales estarían igualmente afectados (Martín Jiménez y Mateos Beato, 2004:449)

Es evidente que las lógicas del proceso concursal y de la intervención administrativa en la resolución del expediente de extinción colectiva son muy diversas y responden a finalidades no necesariamente coincidentes. En el caso del concurso, el presupuesto objetivo es la insolvencia del deudor o empresario, por tanto de lo que se trata es de resolver la situación económica que se plantea con una masa de acreedores de todo tipo que intentarán hacer valer la primacía de sus créditos. Nada que ver, por tanto, con las motivaciones propias de un expediente de regulación de empleo que debe autorizar la Administración Laboral.

Lo cierto es que el art. 64 de Ley habilita al juez mercantil para que convoque a los administradores y a los representantes de los trabajadores para realizar unas consultas, que realmente consisten en una negociación, cuya duración es variable entre quince y treinta días en función del tamaño de la empresa. Alcanzado el acuerdo, el juez no resuelve directamente sino que insta a la Administración para que informe en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a las partes. De no haber acuerdo, será el propio juez mercantil quien determinará lo que proceda de conformidad con la legislación laboral.

Esto resulta particularmente problemático. No hay un diseño en la ley sobre la intervención real del juez en el proceso de negociación. No hay limitaciones, ni determinación de actividad concreta, lo que deja en una gran laguna

de indefinición la actuación judicial. De hecho, no queda tampoco clara la actuación de la Administración Laboral en todo el procedimiento, pues la absorción por parte de la competencia judicial mercantil de la resolución del expediente de extinción colectiva otorga a la Administración un discreto papel secundario como instancia informadora con escasa o nula capacidad de influir. Entendemos que la tutela sobre la legalidad del acuerdo y la ausencia de vicios en el mismo corresponde plenamente al juez, lo que vacía completamente de contenidos la tradicional competencia de la Administración Laboral sobre dicho control. Es obvio también, que la Inspección de Trabajo, que forma parte de esa Administración a la que alude el art. 64 de la Ley, intervendrá a requerimiento del juez mercantil, lo que introduce a este órgano de inspección en nuevos territorios procedimentales en los que su papel y cometidos habrán de definirse en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

ALONSO OLEA, M.:

1957: El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario), Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

ALVAREZ GARCÍA, V.:

1996: El concepto de necesidad en Derecho Público, Civitas, Madrid.

BACIGALUPO, M.:

1997: La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Marcial Pons, Madrid.

BAYLOS GRAU, A.:

1999: “Globalización y Derecho del Trabajo: realidad y proyecto”, Cuadernos de Relaciones Laborales, nº 15.

CASAS BAAMONDE, M.E.:

1996: “Los despidos económicos en el marco de la reforma legislativa laboral y de la normativa de la Unión Europea”, AAVV, Los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

DESDENTADO BONETE, A.:

1999: “La nueva jurisdicción contencioso-administrativa y el Orden Social: ¿una reforma frustrada?” Revista de Derecho Social, nº 7.

DURÁN LÓPEZ, F.:

1998: “Globalización y relaciones laborales”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 92.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.:

1999: Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid.

GARCÍA TREVIJANO FOS, J. A.:

1964: Tratado de Derecho Administrativo, Edersa, Madrid, vol. 1.

MARTÍN JIMÉNEZ, R. y MATEOS BEATO, A.:

2004: “Despido colectivo”, en AAVV, El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dir. y coord.):

2008: Tratado práctico de Derecho del Trabajo. Relación individual de trabajo. Vol. II, Aranzadi. Cizur Menor.

SAMUELSON, P. A.:

2008: “Adiós al capitalismo de Friedmann y Hayek”, Diario El País, 19.10.2008.

SERRANO GARCÍA, Juana M.:

2002: El plan social en los despidos colectivos, Lex Nova, Madrid.

VALDÉS DAL-RÉ, F.:

1994: “Los despidos por causa económica”, en AAVV, La reforma del mercado laboral, Lex Nova, Valladolid.

VALLE VILLAR, J. M. del:

1996: “La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, ACARL, Madrid.

LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO EN LA LEY CONCURSAL

NURIA ORELLANA CANO

Magistrada Especialista de lo Mercantil
Titular del Juzgado de lo Mercantil Número 1 de Cádiz

EXTRACTO

Palabras Clave: Ley Concursal, ERE

La atribución de competencias laborales al Juez del concurso ha sido uno de los aspectos más novedosos y cuestionados de la Ley Concursal. Para las empresas en concurso, esta Ley le atribuye el conocimiento de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo, con bastantes similitudes al procedimiento común previsto en el Estatuto de los Trabajadores. La parca regulación legal y la judicialización de un expediente administrativo están planteando una variada problemática en la práctica judicial, siendo éste el objeto del presente estudio. La determinación de la competencia del Juez del concurso, la incidencia de dicha declaración en los expedientes administrativos, los supuestos a los que se aplica la tramitación, los trabajadores afectados, los momentos en los que puede instarse un expediente de regulación de empleo ante el Juez del concurso, su tramitación, la polémica colectivización de acciones resolutorias contractuales individuales, la resolución judicial y su impugnación, son las principales cuestiones abordadas.

ABSTRACT

Key words: Bankruptcy Act, redundancy procedure

The reform of the Bankruptcy Act 22/2003 of 9 July (Ley Concursal) in Spain has one significant and original aspect but questioned: the labour competences granted to the Judge of bankruptcy proceedings. Considering companies in bankruptcy, such Act grants substantial modification of the working conditions, cease and collective dismissal, with similar procedures foreseen under the Workers' Statute (Estatuto de los Trabajadores). The focus of the present study is to examine our prevailing poor legal regulation and administrative judicial proceedings. The Judge's adjudge in bankruptcy proceedings, effects of his declaration in administrative judicial proceedings, affected workers, in which cases workers can oppose and demand redundancy procedure upon the Judge, its processing, or controversial collective resolution of individual contracts, judicial resolution and impugnation are the some of the key issues analysed in the present study.

INDICE

1. LA VIS ATRACTIVA DEL PROCESO CONCURSAL Y LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS LABORALES AL JUEZ DEL CONCURSO
2. ÁMBITO OBJETIVO DEL EXPEDIENTE JUDICIAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO
 - 2.1. Modificación sustancial de condiciones de trabajo
 - 2.2. Suspensión de relaciones de trabajo
 - 2.3. Extinción colectiva de las relaciones de trabajo
 - 2.4. Traslados colectivos
 - 2.5. Acciones resolutorias del 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores
3. ÁMBITO SUBJETIVO DEL EXPEDIENTE JUDICIAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO
 - 3.1. Trabajadores afectados
 - 3.1.1. Trabajadores en situación de incapacidad temporal
 - 3.1.2. Trabajadores afectos de incapacidad permanente
 - 3.1.3. Trabajadores en excedencia con reserva de puesto de trabajo
 - 3.2. Legitimación para intervenir en el expediente
4. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO PARA CONOCER DE EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO
5. MOMENTOS PARA LA SOLICITUD DEL EXPEDIENTE ANTE EL JUEZ DEL CONCURSO
6. LEGITIMACIÓN Y CONTENIDO DE LA SOLICITUD
 - 6.1. Legitimación para instar el expediente
 - 6.2. Contenido de la solicitud
7. TRAMITACIÓN: EL PERIODO DE CONSULTAS Y EL INFORME DE LA AUTORIDAD LABORAL
 - 7.1. El periodo de consultas
 - 7.1.1. Diferencias con el periodo de consultas en los expedientes tramitados ante la Autoridad Laboral
 - 7.1.2. Intervención en el periodo de consultas
 - 7.1.3. Sobre la falta de necesidad del periodo de consultas
 - 7.1.4. Ausencia de contradicción en el expediente judicial de regulación de empleo
 - 7.1.5. Posibilidad de practicar prueba en el expediente
 - 7.2. Informe de la Autoridad Laboral
8. EL ACUERDO
 - 8.1. Concurrencia de representaciones legales
 - 8.2. Ausencia de órgano de representación de los trabajadores
 - 8.3. Posibilidad de pactar indemnizaciones superiores al mínimo legal
9. EL AUTO QUE RESUELVE EL EXPEDIENTE
 - 9.1. Notificación del Auto
 - 9.2. Contenido del Auto
 - 9.3. Carácter de la decisión
 - 9.4. Indemnizaciones superiores al mínimo legal en casos de no-acuerdo
 - 9.5. Efectos de la resolución judicial
10. IMPUGNACIÓN DEL AUTO
 - 10.1. Recurso de suplicación
 - 10.2. Incidente concursal laboral
 - 10.2.1. Legitimación
 - 10.2.2. Ámbito objetivo
 - 10.2.3. El plazo para interponer la demanda del incidente concursal laboral

1. LA VIS ATRACTIVA DEL PROCESO CONCURSAL Y LA ATRIBUCION DE COMPETENCIAS LABORALES AL JUEZ DEL CONCURSO

Declarado el concurso, todos los acreedores del deudor, ordinarios o no, cualesquiera que sean su nacionalidad y domicilio, quedarán integrados en la masa pasiva del concurso, sin perjuicio de las excepciones previstas en la Ley (artículo 49 de la Ley Concursal). Se enuncia de esta forma la llamada vis atractiva del concurso, que constituye el pilar básico sobre el que se asienta el proceso concursal: la integración en el concurso de todos los acreedores del deudor. Esta vis atractiva del concurso afecta a todas las ejecuciones y apremios contra el deudor, de forma que iniciado el concurso, no podrán seguirse ningún tipo de ejecuciones, judiciales ni extrajudiciales, ni apremios administrativos ni tributarios contra el patrimonio del deudor, quedando en suspenso las que se hallan en tramitación, con la excepción de los procedimientos administrativos en que se hubiere dictado providencia de apremio y las ejecuciones laborales en las que se hubieren embargado bienes del concursado con anterioridad a la fecha de declaración de concurso, siempre que los bienes embargados no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (artículo 55 de la Ley Concursal). La otra excepción, la constituyen las ejecuciones de garantías reales, a las se somete a un plazo de espera, sin que puedan iniciarse las mismas tras la declaración de concurso, hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración sin que se haya acordado la apertura de la fase de liquidación, quedando suspendidas durante dicho plazo, las que se hallaren en tramitación (artículos 56 y 57 de la Ley Concursal).

Asimismo la vis atractiva se manifiesta en la eventual acumulación de los procesos civiles que se inicien contra el concursado, si bien, es menos intensa la fuerza atractiva del concurso sobre los procesos declarativos, y en principio, continúan hasta sentencia los que se encontraren en tramitación, ante el juzgado que estuviera conociendo de los mismos, salvo que eventualmente se acuerde la acumulación al concurso (arts. 50 y 51 de la Ley Concursal), de aquellos que sean competencia del Juez del concurso (artículo 8 de la Ley Concursal).

Una de las novedades de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y quizás de las más cuestionadas, consecuencia de este principio de vis atractiva del concurso, ha sido la atribución de competencias en materia laboral al Juez del concurso, que ha motivado principalmente las críticas de la doctrina laboralista, por la sustracción de competencias a la jurisdicción social, y de los sindicatos, por el recelo de los trabajadores a perder lo que consideran su “juez natural”, manifestando cierta desconfianza hacia el Juez de lo Mercantil, al que califican como “Juez de Empresa”.

El artículo 8.2 de la Ley Concursal atribuye al juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como de la suspensión o extinción de contratos de alta dirección. A estas competencias hay que añadir la competencia del juez del concurso para conocer de la ejecuciones contra el patrimonio del concursado, de las medidas cautelares y de las cuestiones prejudiciales sociales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del proceso concursal (artículo 9 de la Ley Concursal). Nos vamos a centrar en este estudio en la primera de las competencias, es decir, en el expediente judicial de regulación de empleo.

Esta atribución de competencias sociales al juez del concurso, supone una judicialización y una laboralización, ya que, de una parte, en su mayoría, no eran competencias que hayan sido sustraídas a los jueces de lo social, y de otra, supone la atribución, por vía de recurso, a la jurisdicción social, de competencias atribuidas a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el caso de los expedientes de suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, se le atribuyen al juez del concurso, competencias que fuera del concurso no corresponden a órganos judiciales, sino administrativos (judicialización), y en concreto a la Autoridad Laboral (salvo en los casos excepcionales en los que ésta aprecia dolo, coacción, fraude o abuso de derecho, en cuyo caso conoce el Juez de lo social), y en el caso de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, al empresario; y de otra parte se le atribuye la competencia funcional para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas en estos expedientes a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, mientras que en situaciones extraconcursales, del recurso contra la resolución de la Autoridad Laboral sobre la causa apreciada, conoce la jurisdicción contencioso-administrativa (laboralización), y además se dice que se “laboraliza” el concurso en la medida en que un proceso civil recoge y adapta garantías de un proceso social (reglas sobre representación y defensa, justicia gratuita, incidente concursal laboral y recurso de duplicación).

2. ÁMBITO OBJETIVO DEL EXPEDIENTE JUDICIAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO

El artículo 64 de la Ley Concursal regula el procedimiento para la tramitación ante el juez del concurso de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectiva de las relaciones de trabajo en que sea empleador el concursado, que supone la inserción del proce-

dimiento administrativo de regulación de empleo en el seno de un proceso judicial. Ni el artículo 8 ni el 64 de la Ley Concursal prevén de forma específica este trámite para los traslados colectivos, aunque como veremos, casi de forma unánime, la doctrina considera que han de entenderse comprendidos en dichos preceptos. Asimismo, el artículo 64.10 atribuye competencia al juez del concurso, a efectos de su tramitación por el procedimiento regulado en dicho artículo, para conocer de las acciones resolutorias individuales del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores (por falta de pago o retrasos en el abono de salarios), que se considerarán colectivas a estos efectos cuando superen los umbrales numéricos previstos en el citado precepto, en función de la plantilla de la empresa.

Para analizar estas competencias del juez del concurso es necesario integrar la regulación de los artículos 8 y 64 de la Ley Concursal con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores sobre traslados colectivos (artículo 40), modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41), suspensiones (artículo 47), acciones resolutorias (artículo 50) y despidos colectivos (artículo 51), y demás legislación laboral, dada su aplicación supletoria, conforme al artículo 64.11 de la Ley Concursal.

2.1. Modificación sustancial de condiciones de trabajo

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo se regula en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual tienen dicha condición, entre otras, las que afecten a jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, y funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores. Estas modificaciones podrán ser acordadas por el empresario, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, y se entenderá que concurren dichas causas cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Las modificaciones pueden ser individuales o colectivas, siendo colectivas a tenor del citado artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, las modificaciones de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, sin que se consideren en ningún caso colectivas, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Cuando se trata de modificaciones colectivas, el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores prevé un periodo de consultas previo a la adopción de la modificación.

Aplicando este precepto a las modificaciones sustanciales que pueden solicitarse al juez del concurso, se plantea la cuestión de si el artículo 64 de la Ley Concursal, comprende sólo las modificaciones de carácter colectivo o también las de naturaleza individual o plural. El apartado 1º de dicho artículo utiliza el término colectiva en singular y parece referirse sólo a la extinción. La modificación del adjetivo colectiva fue producto de una enmienda parlamentaria. Sin embargo no se modificó el artículo 8.2 de la Ley Concursal, que utiliza el adjetivo en plural, ni el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial que es idéntico al artículo 8.2 de la Ley Concursal. Teniendo en cuenta que el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores distingue entre las modificaciones de carácter colectivo y las de carácter individual, y prevé un periodo de consultas previo a la adopción de la modificación, sólo para las de carácter colectivo, estimo que la aplicación del artículo 64 de la Ley Concursal sólo se produce en los supuestos de modificaciones que revistan dicho carácter, pudiendo el empresario, o en su caso, la administración concursal, adoptar las medidas de carácter individual o plural, según que el régimen acordado sea, respectivamente, de intervención o de suspensión de facultades de administración o disposición del deudor sobre su patrimonio (A. Orellana, 2007:1238).

El artículo 41.4 in fine en relación con el artículo 41.3.2º del Estatuto de los Trabajadores prevé que los trabajadores que resultasen perjudicados por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, que redunde en la jornada de trabajo, en el horario o en el régimen de trabajo a turnos, tendrán derecho a “*a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses*”. En estos casos, la Ley Concursal prevé que este derecho de rescisión del contrato de trabajo con indemnización, quede en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el Auto por el que se autorizó la modificación.

En la práctica judicial se ha vinculado la medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo con el artículo 66 de la Ley Concursal que prevé

que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores; de tal forma que se desestima la medida modificativa en caso de falta de acuerdo en el periodo de consultas, porque las condiciones laborales afectadas por la modificación se encontraban previstas en el convenio colectivo, y no concurrendo el acuerdo de los representantes de los trabajadores, no es posible acceder a la modificación (Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y Mercantil de Santander de 31 de enero de 2007 autos 621/07 y Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 29 de marzo de 2005 autos 19/2004).

2.2. Suspensión de relaciones de trabajo

De la misma forma que para las modificaciones, la suspensión de los contratos a la que se refiere la Ley Concursal, ha de integrarse con lo dispuesto en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, que regula la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y que remite al procedimiento del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. La cuestión principal que se plantea en relación con las suspensiones de las que ha de conocer el Juez del concurso, radica en determinar si para la tramitación por el artículo 64 de la Ley Concursal, la suspensión ha de afectar al mismo número de trabajadores previsto para la extinción, dada la mencionada remisión del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores al artículo 51 del mismo texto legal. Por un sector doctrinal se considera que aun cuando el artículo 8.2 de la Ley Concursal y el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial se refieren a extinción o suspensión colectivas, cualquier suspensión de contratos de trabajo con posterioridad a la declaración de concurso, aun cuando afecte a un único trabajador ha de ser acordada por el Juez del concurso (Ríos Salmerón, 2003 y Mercader/Alameda, 2004:1200). Otro sector considera que también deben aplicarse los límites del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores a las suspensiones (Desdentado/Orellana, 2007:120 y 151). La única objeción a esta segunda interpretación que mantenemos es que la Autoridad Laboral conoce de todas las suspensiones, y el paralelismo con el expediente de regulación de empleo, podría hacer entender que, de la misma forma, el Juez del concurso ha de conocer de todas las suspensiones.

Respecto del fundamento de la medida, en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla de 16 de diciembre de 2005 autos 484/05, se exponen como motivos para adoptar la medida de suspensión de los contratos, como forma de garantizar la viabilidad de la empresa, en los casos en los que se

continúe la actividad o se prevea que se va a poder continuar en un futuro próximo: (i) La probable aprobación de un convenio que permita la continuidad empresarial; (ii) El ahorro de gastos de personal y seguros sociales que produce un menor endeudamiento de la concursada, lo que favorece la continuidad de la actividad; (iii) El menor coste que supone la suspensión, ya que en caso de extinción, las indemnizaciones que acuerde el Juez se consideran créditos contra la masa. Y en el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y Mercantil de Santander de 31 de enero de 2007 autos 621/07 se considera que la suspensión ha de obedecer a la necesidad de superar una situación económica negativa y a favorecer la viabilidad empresarial, respondiendo a circunstancias coyunturales que pueden ser salvadas sin necesidad de acudir a una medida traumática mayor como es el despido.

2.3. Extinción colectiva de las relaciones de trabajo

Más pacífica resulta la competencia del juez del concurso para conocer de los expedientes de extinción colectiva de los contratos de trabajo, quedando fuera de dicha competencia los supuestos de extinción individual o plural, a los que habrá que aplicar la tramitación del despido objetivo económico (artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores).

El Estatuto de los Trabajadores califica como despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas de producción, cuando en un periodo de noventa días afecte al menos a 10 trabajadores, en empresas de hasta 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores, a 30 trabajadores en empresas que ocupen 300 o más trabajadores y a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a 5 y se haya producido el cese total de la actividad empresarial fundada en aquellas causas.

Por tanto, para la aplicación del artículo 64 de la Ley Concursal a la solicitud de medida extintiva, ésta ha de ser colectiva, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Este es el criterio aplicado en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla de 3 de enero de 2006, en el que, al no superarse los límites del citado precepto, se acordó la inadmisión de la solicitud. No es este el criterio seguido en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 3 de marzo de 2005, en el que se estimó procedente la aplicación del artículo 64 de la Ley Concursal, aun cuando no se superaron los anteriores límites cuantitativos, estimando competente al juez del concurso en los casos en los que la medida extintiva afecte a la totalidad de la plantilla, aunque ésta sea inferior a 5, aplicando analógicamente el artículo 64.10 de la Ley Concursal, que no establece límite mínimo de trabaja-

dores para el conocimiento por el Juez del concurso de las acciones resolutorias del artículo 50.1b) del Estatuto de los Trabajadores, cuando afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa concursada.

Estimo que en el caso de que no se alcancen los límites numéricos reseñados en el artículo 51.1 párrafos primero y tercero del Estatuto de los Trabajadores, la extinción no tendrá el carácter de colectiva, pudiendo ser individual o con un solo trabajador afectado o, plural, si afecta a varios trabajadores pero no en el número suficiente para merecer la consideración de extinción colectiva. Las extinciones individuales o plurales fundadas en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se ajustarán a lo previsto en los artículos 52 c) y 53 del Estatuto de los Trabajadores.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 2005, declaró que la tramitación de un procedimiento individual de extinción del contrato de trabajo ante el Juez de lo social, no se suspende por la solicitud de declaración de concurso del empresario, ya que la competencia del Juez del concurso sólo se extiende a las extinciones de carácter colectivo.

Ha de indicarse, teniendo en cuenta lo anterior, que no será competente el Juez del concurso, para conocer de la extinción del contrato por causas objetivas del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, - es decir, cuando exista la necesidad, objetivamente acreditada, de amortizar puestos de trabajo, fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción -, precisamente, porque el precepto estatutario exige como requisito que no se alcance el número de afectados del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores y, por lo tanto, la extinción no tendrá carácter colectivo.

2.4. Traslados colectivos

Aun cuando la Ley Concursal no incluye de forma específica la competencia para conocer de los traslados colectivos (artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores), lo que hace cuestionarse si se incluyen entre las competencias del Juez del concurso, considero que también se extiende su competencia a los traslados colectivos que supongan movilidad geográfica, con base en el artículo 64.9 párrafo tercero de la Ley Concursal que, - refiriéndose a los traslados colectivos que supongan movilidad geográfica, contemplados en el párrafo segundo del mismo -, señala “*tanto en este caso, como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo...*”. Por lo tanto, el legislador concursal, con buen criterio, a nuestro entender, considera que los traslados colectivos constituyen también una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. De lo expuesto, se extrae que el Juez mercantil conocerá de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, incluidos

los traslados colectivos, que supongan movilidad geográfica, regulados en los artículos 41 y 40, respectivamente, del Estatuto de los Trabajadores.

Al distinguir el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores entre traslados colectivos e individuales o plurales, por los mismos argumentos expuestos para la modificación de condiciones de trabajo, se estima que la competencia del Juez del concurso sólo comprende los traslados colectivos, y no los individuales o plurales, y por tanto, el Juez del concurso sólo será competente cuando se solicite un traslado que pueda conceptuarse como colectivo en los términos previstos en el artículo 40.2 del Estatuto de los Trabajadores. El artículo 64.9 párrafo segundo de la Ley Concursal prevé, en estos casos, la aplicación del mismo régimen de suspensión del derecho de rescisión del contrato que en la modificación sustancial colectiva de las condiciones de trabajo, pero exige, además, que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.

2.5. Acciones resolutorias del 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores

Se trata de la competencia laboral del Juez del concurso que ha planteado un mayor debate doctrinal. El artículo 64.10 colectiviza las acciones resolutorias que pueden ejercitar los trabajadores en los supuestos de empresa concursada, cuando se superen determinados umbrales numéricos en función de la plantilla de la empresa. Podemos afirmar que es una de las competencias “sustraídas” a la jurisdicción social.

El artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores considera justa causa para que el trabajador pueda pedir la extinción del contrato, la falta de pago o retrasos injustificados en el abono del salario pactado. La Ley Concursal, conforme con la doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2001, que permite el ejercicio de acciones resolutorias durante la tramitación de un expediente de regulación de empleo, ha pretendido dar solución al posible ejercicio por los trabajadores de estas acciones resolutorias individuales después de la declaración de concurso, atribuyendo la competencia al Juez del concurso para tramitarlas, a través del procedimiento previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal. El apartado 10º de dicho precepto, atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer de dichas acciones cuando afecte a un número de trabajadores que fija en función de la plantilla de la empresa, considerando en dichos casos que la extinción reviste carácter colectivo. En concreto, la extinción ha de afectar a un número de trabajadores que supere, desde la declaración de concurso, los siguientes límites (artículo 64.10): (i) Para las empresas que cuenten con una

plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa; (ii) Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores; (iii) Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores.

La primera cuestión que se plantea es el cómputo de las acciones. La expresión “afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración de concurso”, indica que sólo han de computarse las acciones ejercitadas tras la declaración de concurso. Sin embargo, esta cuestión no ha sido pacífica. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social) de Galicia de 5 de octubre de 2005 (rec. núm. 3753/2005) declara, con discutible criterio: *“a los efectos del cómputo de los umbrales numéricos, se deben considerar todas las acciones, incluso las anteriores a la solicitud de declaración del concurso, en cuanto que, literalmente entendido, el inciso “desde la declaración del concurso” se refiere, no a “las acciones individuales interpuestas”, sino a “el número de trabajadores (afectados)”, de modo que, aunque la demanda social se interpuso con anterioridad a la solicitud de declaración del concurso, los trabajadores demandantes se computan a los efectos de considerar colectiva la extinción «ex» artículo 64 de la Ley Concursal”*. Posteriormente la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia rectifica el anterior criterio y en la Sentencia de 23 de enero de 2007 AS 2007/1991, señala que *“todas aquellas demandas instando la resolución indemnizada del contrato de trabajo por la vía del art. 50.1 b) que hayan sido formuladas con anterioridad a la declaración del concurso, son competencia (con independencia del número de trabajadores afectados) del orden social de la jurisdicción”*. La cuestión ha sido resuelta por la Sala del artículo 42 del Tribunal Supremo, en los conflictos entre el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo y varios Juzgados de lo Social de Gijón, en Autos de 21 y 22 de junio y 29 y 30 de noviembre de 2007, que señalan que las demandas presentadas ante los Juzgados de lo Social, tienen como causa el impago y retraso en el pago del salario, y por ello constituyen acciones individuales de extinción del contrato interpuestas al amparo del ET art. 50.1.b), a las que hace referencia el artículo 64.10 de la Ley Concursal, las cuales para su conversión en “extinción colectiva”, han de sobrepasar “a partir de la declaración del concurso”, los umbrales numéricos establecidos en el propio precepto. En su consecuencia, las acciones de extinción que se hayan planteado antes del concurso no pueden computarse a los efectos de superación de los citados umbrales, y sí todas las que se hayan ejercitado después de la declaración del concurso.

Determinada la competencia del Juez del concurso, por superarse los umbrales numéricos del artículo 64.10, la siguiente cuestión que se plantea es la relativa a la asunción de esa competencia por el Juez del concurso. ¿Se han

de remitir los procedimientos seguidos ante los Juzgados de lo Social? Estimo que la respuesta ha de ser negativa, por aplicación del artículo 50 de la Ley Concursal, y por la diferente tramitación de las acciones, según que conozcan los Juzgados de lo Social (acción individual) o el Juez del concurso (acción colectiva). Conforme al citado artículo 50 de la Ley Concursal, el Juez de lo social ante el que se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso, se abstendrá de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el Juez del concurso. Por tanto, el Juez de lo social que esté conociendo de una acción resolutoria del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, tan pronto tenga conocimiento de que se han alcanzado los límites numéricos del artículo 64.10 de la Ley Concursal, debe abstenerse de conocer y remitir a los trabajadores para que ejerciten la acción ante el Juez de lo mercantil que conozca del concurso. Si ante el Juez del concurso se está tramitando un expediente de extinción de los contratos, dichos trabajadores podrán ser incluidos si no lo estaban ya, pero el problema práctico se plantea si el Juez del concurso no tiene un expediente iniciado, ya que como veremos, para la solicitud del expediente del artículo 64 ostenta legitimación la empresa concursada, la administración concursal y los trabajadores a través de sus representantes, lo que hace cuestionarnos si esos trabajadores que han accionado individualmente han de solicitar el expediente a través de la representación legal. Sería conveniente en estos casos, que la administración concursal instara el expediente. La solución de remitir los Jueces de lo social procedimientos al Juez del concurso, además de parecer contraria al artículo 50 de la Ley Concursal, tiene escaso sentido porque el Juez del concurso conoce de una acción que ha pasado a ser colectiva.

En cuanto a las acciones resolutorias ejercitadas antes de la declaración de concurso, son competencia de la jurisdicción social. Como ha señalado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Social) de Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2005, no procede la suspensión por los Juzgados de lo social, de las acciones del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores que se encontraren en tramitación en el momento de la declaración de concurso, debiendo continuar los procedimientos hasta sentencia, conforme al artículo 51.1 de la Ley Concursal. Considero la aplicación en estos casos de la acumulación prevista en dicho precepto de los procesos declarativos que se encontraren en primera instancia, ya que se requiere que sean competencia del Juez del concurso, y estimo que, habiéndose ejercitado con anterioridad, no pueden ser consideradas colectivas, y que por tanto, en ningún caso, podrían acumularse al proceso concursal. Sobre este precepto, resulta interesante el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 27 de mayo de 2005, en el que se acuerda que no procede la solicitud de la administración concursal de acumulación al proceso concursal de acciones individuales por parte de trabajadores,

ya que en ningún caso cabría integrar en un hipotético expediente de regulación de empleo los procedimientos en que se hayan ejercitado acciones individuales de resolución de contratos laborales, al amparo del artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores y que hayan finalizado por sentencia dictada por el Juzgado de lo social. Asimismo argumenta que la Ley Concursal atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer los expedientes de extinción colectiva de contratos de trabajo, pero no de todas las acciones individuales ejercitadas al amparo de lo previsto en el art. 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, con anterioridad a la declaración de concurso.

Por último, la colectivización de las acciones resolutorias para su tramitación ante el juez del concurso, plantea la cuestión de la indemnización procedente. El artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores prevé para las acciones de su apartado 1º, la indemnización del despido improcedente de 45 días de salario por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades. El artículo 64.11 de la Ley Concursal establece la aplicación supletoria de la legislación laboral, y resulta aplicable a los supuestos de extinción colectiva la indemnización del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. La doctrina se encuentra dividida. El problema se suscita por la referencia del legislador concursal, en el precepto reseñado, a la tramitación por el cauce previsto para el expediente judicial de regulación de empleo, ya que podría entenderse que el importe de la indemnización es el mismo que en éste por dos razones. De un lado, porque el procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, incluye un periodo de consultas, en el que puede acordarse una indemnización en cuantía diferente a la prevista legalmente. Y, por otro lado, porque carece de justificación objetiva y razonable, que resulte de mejor derecho el trabajador que solicita la resolución de su contrato por retrasos o falta de pago de los salarios que aquel al que se le extingue su contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Pero por otra parte, la interpretación literal del precepto lleva a la solución contraria, ya que el artículo 64.10 reseñado dispone que las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo *“a los efectos de su tramitación ante el Juez del Concurso por el procedimiento previsto”* en este artículo 64. Quienes defienden esta segunda tesis argumentan que se trata de una norma procesal, en tanto en cuanto delimita la competencia del Juez del concurso para el conocimiento de estas acciones y, el procedimiento para su tramitación.

La Sentencia (Sala de lo Social) del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de febrero de 2007, desestima el recurso de suplicación interpuesto frente al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Coruña de 15 de mayo de 2006, que reconoció a los trabajadores por la resolución de sus contratos por

falta de pago de los salarios, la indemnización del artículo 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, de 45 días por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades. El argumento que le sirve de sustento a la Sala de lo Social, se centra en la naturaleza individual de la acción de resolución del contrato por retrasos o falta de pago de los salarios, que sólo merece la consideración colectiva a los efectos procedimentales.

Me inclino por la primera de las posturas, ya que carece de sentido la apertura de un periodo de consultas si partimos de la indemnización por despido improcedente, y no estaría justificada la competencia del juez del concurso, ya que lo que estimo que ha pretendido el legislador, precisamente es, evitar las diferencias indemnizatorias de los trabajadores que se incluyen en el expediente de extinción de sus contratos seguido ante el Juez del concurso y los que accionan de forma individual. Debe tenerse presente que dada la situación de insolvencia, la causa de la falta de pago va a ser económica. En este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo para unificación de doctrina de 22 de diciembre de 2008 (ponente Excmo. Sr. D. Jesús Gullón), que señala en su fundamento jurídico quinto, aunque de forma *obiter dicta*, que las acciones del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, únicamente cuando se superen los umbrales del artículo 64.10 de la Ley Concursal, después de la declaración de concurso, tendrán la consideración de extinciones susceptibles de ser indemnizadas con 20 días por año de antigüedad. Resulta interesante el voto particular (Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado), que hubiera servido para disipar las dudas interpretativas del artículo 64.10 de la Ley Concursal, y que propone como solución la analogía, superando la laguna mediante la aplicación a la falta de pago y al retraso continuado en el abono de los salarios que se producen como consecuencia de una situación negativa de la empresa (supuesto no previsto) lo establecido para un supuesto semejante (resoluciones menores de los artículos 40.3.2º y 41.14), lo que permitiría establecer la indemnización de 20 días. Según Desdentado, esta conclusión se confirma con la Ley Concursal, ya que la remisión del artículo 64.10 de la Ley Concursal, no es solo a efectos procedimentales, ya que se trata de evitar las resoluciones estratégicas de los trabajadores que, ante las irregularidades en el abono de salarios que suelen acompañar a la falta de liquidez de la empresa, instan la resolución como vía para salir del expediente de regulación de empleo y obtener la indemnización de 45 días del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. Se concluye en el voto particular que esta solución debiera aplicarse también a las resoluciones individuales que se producen fuera del ámbito del expediente judicial o administrativo de regulación de empleo, cuando se constate que el incumplimiento -impago o retraso en el abono de salarios- en que se funde la pretensión resolutoria tiene su causa en la situación económica negativa de la empresa.

Otra solución pasa por modificar la Ley Concursal y prohibir el ejercicio de estas acciones resolutorias del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tras la declaración de concurso. De esta forma se conseguiría de manera más sencilla el mismo resultado que se ha pretendido con el artículo 64.10 de la Ley Concursal, evitando desigualdades entre los trabajadores.

3. **ÁMBITO SUBJETIVO DEL EXPEDIENTE JUDICIAL DE REGULACIÓN DE EMPLEO**

El ámbito subjetivo del expediente judicial de regulación de empleo plantea dos cuestiones fundamentales, la de los trabajadores a los que afecta la medida, que han de ser incluidos en la solicitud, o que, en su caso, pueden accionar contra la exclusión, y la de las partes legitimadas para intervenir.

Los trabajadores afectados por las medidas solicitadas, en principio son los trabajadores de la concursada que hayan sido incluidos por el solicitante en la solicitud. Sin embargo, la inclusión de determinados trabajadores plantea dudas, como ocurre en los supuestos de contratos suspendidos.

3.1. Trabajadores afectados

3.1.1. *Trabajadores en situación de Incapacidad Temporal*

El régimen legal de la suspensión del contrato de trabajo del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores se caracteriza, desde el punto de los efectos o consecuencias jurídicas que se anudan a los supuestos suspensivos, por la exoneración de “las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo” configurándose la suspensión del contrato de trabajo regulada en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores como una vicisitud de la relación contractual en la que el trabajador tiene derecho a conservar el puesto de trabajo y el empresario deber de reserva del mismo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco Sala de lo Social de 13 de septiembre de 2005 AS 2005/2744).

En la medida en que el trabajador conserve el derecho de reserva al puesto de trabajo, considero que ha de ser incluido en el expediente (como puede colegirse de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª de 25 de octubre de 2000 RJ 2000/9676). La finalidad de la indemnización del despido prevista en el art. 51.8 del Estatuto de los Trabajadores es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Este daño se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho

a reserva de puesto (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Social de 6 de octubre de 2003). Por tanto, el trabajador que se encuentra en situación de incapacidad temporal, que conserva el derecho a reserva de su puesto de trabajo, ha de ser incluido en el expediente (Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gasteiz de 19 de diciembre de 2005 AC 2006/302 y del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 26 de septiembre de 2007, autos 280/07).

3.1.2. *Trabajadores afectos de incapacidad permanente*

Los trabajadores que, tras la extinción de la incapacidad temporal, hayan sido declarado en gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta, no han de ser incluidos en el expediente judicial de regulación de empleo, por haberse extinguido los contratos (artículo 49.1.e del Estatuto de los Trabajadores), salvo que tengan sus contratos suspendidos conforme al artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores, en los casos en los que, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, en cuyo caso subsiste la situación de suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que declare la invalidez permanente.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 27 de septiembre de 2007 autos 271/07 (concurso de Delphi), desestimó la solicitud de inclusión de los demandantes en el expediente porque en las Resoluciones del INSS aportadas, se hacía constar una fórmula genérica de revisión tanto por agravación como por mejoría, no pudiendo entenderse que dicho organismo hubiera estimado esa probabilidad de mejoría, necesaria para la aplicación del artículo 48.2 del Estatuto de los Trabajadores, interpretado conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001.

3.1.3. *Trabajadores en excedencia con reserva de puesto de trabajo*

Los trabajadores en situación de excedencia sólo pueden ser incluidos en el expediente en la medida en que conserven su derecho a reserva del puesto de trabajo. Por tanto, el trabajador en excedencia forzosa ha de ser incluido en el expediente (artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores), y el que se encuentre en situación de excedencia voluntaria sólo si tiene reserva de puesto de trabajo, para el cuidado de hijo o familiar, durante el primer año (artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores), pero no ha de incluirse, si tiene sólo un derecho al reingreso condicionado a vacantes (artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores). El trabajador excedente en una empresa que extingue la relación

de trabajo con todos sus empleados no le puede ser reconocida la indemnización por despido colectivo del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores (o la pactada en el periodo de consultas) porque la finalidad de dicha indemnización es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador, y este daño se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso “expectante”, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes (Sentencias del Tribunal Supremo Sala 4ª de 25 de octubre de 2000 RJ 2000/9676, 13 de noviembre de 2006 RJ 2006/9302, 29 de noviembre de 2006 RJ 2006/8373, 19 de enero de 2007 RJ 2007/1912 y 22 de enero de 2008 RJ 2008/1979).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2006, citada por la Sentencia de dicho Tribunal de 13 de noviembre de 2006, sobre la inclusión del excedente voluntario en el expediente administrativo de regulación de empleo, llega a la misma conclusión, negando su inclusión, en un supuesto de grupo de empresas, en el que en el expediente de regulación de empleo se había autorizado la extinción de todas las relaciones individuales existentes en el grupo de empresas, por lo que en todo caso, desaparecía toda expectativa de reingreso.

3.2. Legitimación para intervenir en el expediente

El artículo 64.5 de la Ley Concursal se limita a prever un periodo de consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores, y el acuerdo que, en su caso, se adopte, requiere la conformidad de la mayoría de los miembros del Comité o Comités de Empresa, de los delegados de personal en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos (artículo 64.6 de la Ley Concursal). Por tanto, por los trabajadores sólo ostentan legitimación la representación unitaria o sindical, y el precepto parece excluir a los trabajadores individualmente considerados (cuando cuentan con representación legal o sindical). Si no hay representación legal o sindical, resulta de aplicación el artículo 4 del RD 43/1996, de 19 de enero, que prevé que en caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la Autoridad Laboral entenderá las sucesivas actuaciones. Si son menos de diez trabajadores, podrán intervenir individualmente en el expediente. En cualquier caso, estimo que puede admitirse la personación del trabajador a título individual, aunque carezca de

legitimación para negociar. De esta forma, le serán notificadas las resoluciones que se adopten en el expediente.

La representación unitaria entrará en su integridad, bien con la presencia de todos sus miembros o con una delegación. La representación sindical tiene que cumplir las reglas de la representatividad, pues debe contar con una composición que garantice que reúne una mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal, sin lo cual, el acuerdo no podría afectar a la totalidad de los trabajadores (Desdentado/Orellana, 2007:156).

Se considera una solución disfuncional permitir la presencia cumulativa en el expediente de ambas representaciones, pudiendo determinarse la prioridad por el acuerdo de ambas, o en su defecto, acudir a criterios como la prioridad temporal, la decisión de la asamblea de trabajadores o la preferencia de la representación unitaria (Desdentado/Orellana, 2007:157). El problema no se va a plantear si concurre el acuerdo de ambas representaciones, como ocurrió en el concurso de Delphi, autos del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz 84/2007, expediente 151/07.

Asimismo los mencionados preceptos parecen excluir del expediente al empresario concursado que no lo haya instado, a diferencia de lo previsto para el expediente administrativo de regulación de empleo, en el que se considera en todo caso parte interesada a la empresa y a los trabajadores a través de sus representantes (artículos 3 y 4 del RD 43/1996). No obstante, en la práctica judicial se está permitiendo la intervención del concursado en el expediente, con carácter voluntario, aunque carece de legitimación para suscribir el acuerdo (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Madrid de 27 de enero de 2005 AC 2005/149 y Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007 AC 2007/832, que admitió la solicitud de expediente de regulación de empleo de Delphi).

Distinta de la legitimación para ser parte en el expediente es la legitimación para recurrir la resolución, ya que se prevé expresamente que los trabajadores individualmente considerados puedan impugnar la resolución a través del incidente concursal laboral en lo relativo a su relación jurídica individual.

El FOGASA ha de ser parte en el expediente (artículo 184.1 de la Ley Concursal y artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores), aunque la redacción del artículo 64 de la Ley Concursal excluye su intervención en el periodo de consultas. Estimo que debería notificársele el auto de admisión de la solicitud para que pueda tener conocimiento y personarse en el expediente.

Puede cuestionarse la legitimación para intervenir en el expediente de los acreedores, cuya resolución fijando indemnizaciones les puede afectar evidentemente. Carecen de legitimación para intervenir en el periodo de consultas, aunque podrá admitirse su personación a efectos de tomar conocimiento de las resoluciones que se dicten.

Por último, resultan aplicables al procedimiento concursal las facultades atribuidas por la Ley de Procedimiento Laboral a los sindicatos (artículo 184.6 de la Ley Concursal). El artículo 20 de la Ley de Procedimiento Laboral permite la actuación de los sindicatos en un proceso en nombre e interés de los trabajadores afiliados a ellos que así se lo autoricen, defendiendo sus derechos individuales y recayendo en dichos trabajadores los efectos de aquella actuación. Esta actuación del sindicato considero que resulta plenamente aplicable tanto a las distintas secciones del proceso concursal como al incidente concursal laboral y a los expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, si bien la legitimación para negociar con la administración concursal en el periodo de consultas queda limitada conforme al artículo 64.6 de la Ley Concursal, a las representaciones sindicales, si las hubiere (o al Comité de Empresa o Delegados de Personal).

Respecto de la intervención de los sindicatos, se plantea la cuestión de su legitimación para intervenir en el proceso concursal, por tener interés legítimo, en interés de los trabajadores, sin necesidad de intervenir sólo en defensa de los trabajadores afiliados con los requisitos del artículo 20 de la Ley de Procedimiento Laboral. A favor de aquella intervención, pueden citarse las SSTC de 29 de noviembre de 1982 RTC 1982/70 y 11 de mayo de 1983 RTC 1983/37. En el procedimiento concursal de Delphi Automotive Systems España, seguido en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, autos 84/2007, que afectó a unos 1.600 trabajadores, se admitió la personación del Sindicato UGT por ostentar interés legítimo, conforme al artículo 184.4 de la Ley Concursal, al constar trabajadores de la concursada afiliados a dicho sindicato, que tenía constituida Sección Sindical, contando con siete miembros de los veintitrés que componían el Comité de Empresa de la concursada. Los sindicatos CCOO, USO y CGT se personaron cumpliendo los requisitos del artículo 20 de la Ley de Procedimiento Laboral.

4. DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL JUEZ DEL CONCURSO PARA CONOCER DE EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

El artículo 64.1 de la Ley Concursal (en la redacción dada por Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica) atribuye competencia al juez del concurso para conocer de los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectiva de contratos de trabajo, desde la declaración de concurso. En la redacción origi-

naria del precepto, anterior a la reforma (y aplicable a los expedientes ya solicitados al juez del concurso a fecha 1 de abril de 2009), dicha competencia se atribuía al Juez del concurso desde la misma solicitud de concurso. Por tanto, antes de la reforma, resultaba competente el Juez de lo Mercantil, una vez presentada ante el mismo la solicitud de la declaración de concurso.

Considero que el legislador, al atribuir la competencia al juez del concurso desde la solicitud de concurso, pretendía fijar dicho cómputo inicial sólo a efectos de determinar el momento de inicio de la competencia del Juez del Concurso, para evitar que una vez presentada la misma, y antes del dictado de Auto declaración de concurso, pudiera de forma fraudulenta, presentarse un expediente de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral o, acordarse una modificación sustancial por el empresario. Ahora bien, a efectos de la tramitación, el expediente no podía iniciarse hasta la declaración de concurso, ya que la administración concursal es nombrada en el Auto de declaración de concurso (artículo 21.1.2º Ley Concursal), y hasta la aceptación de, al menos dos de ellos (artículos 29 y 35.3 de la Ley Concursal), no podría iniciarse el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores (artículo 64.5 de la Ley Concursal).

Este problema interpretativo provocó que alguna resolución situara el momento de inicio de la competencia a partir de la declaración. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 5 de octubre de 2005, con criterio del que discrepo, confirmó la resolución del Juzgado de lo Mercantil que inadmitió la solicitud de extinción colectiva del contrato de trabajo porque no había sido declarado el concurso. Considero que, de conformidad con el artículo 64.1 de la Ley Concursal, en la redacción originaria, el expediente judicial de regulación de empleo podía solicitarse y era competencia del Juez del concurso desde la solicitud del concurso y, consiguientemente, aunque no hubiera recaído el Auto de declaración de concurso, por lo que se debió estimar el recurso de suplicación, ya que el empresario solicitó el expediente judicial de regulación de empleo en el momento procesal oportuno.

Con la redacción del artículo 64.1 aplicable a los expedientes judiciales de regulación de empleo que se inicien a partir del 1 de abril de 2009 (Disposición Transitoria 8ª 1º Real Decreto-Ley 3/2009), se atribuye la competencia al Juez del concurso para conocer de los mismos a partir de la declaración de concurso, no a partir de la solicitud. Por tanto, si a fecha 1 de abril de 2009 se ha solicitado un concurso y aún no ha sido declarado, mientras no recaiga el auto de declaración de concurso, la competencia para conocer del expediente continúa siendo de la Autoridad laboral.

En el caso de las acciones resolutorias del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 64.10 de la Ley Concursal, atribuyó desde su

redacción originaria la competencia del juez del concurso cuando se alcanzan los límites numéricos del artículo 64.10 desde la declaración de concurso, en los términos expuestos en el apartado segundo de este trabajo. Por tanto, tras la reforma, ha quedado equiparado el inicio de la competencia del juez del concurso para todos los casos incluidos en el ámbito objetivo del expediente judicial de regulación de empleo.

Una cuestión problemática se ha venido planteando con los expedientes de regulación de empleo iniciados ante la Autoridad Laboral después de la solicitud de concurso, o incluso con los iniciados antes, que se encontraran en tramitación en el momento de la solicitud. La reforma, pese a lo que pueda pensarse, no considero que haya venido a solucionar el problema, simplemente lo aplaza en el tiempo.

Con la redacción originaria del precepto, resultaba meridianamente claro, de acuerdo con lo expuesto, que una vez presentada la solicitud de concurso, si se presentara un expediente de regulación de empleo, la Autoridad laboral debería inadmitirlo, o en caso de haberlo admitido por desconocer la presentación de la solicitud (ya que hasta la declaración no se le habrá dado publicidad), debería declarar nulo lo actuado, y remitir a las partes al Juez del concurso, sin que debiera remitirle las actuaciones. Y las partes legitimadas debían iniciar el expediente del artículo 64 de la Ley Concursal ante el Juez del Concurso. Con la reforma, la situación es similar, pero la competencia de la Autoridad laboral decae desde la declaración de concurso.

El problema continúa planteándose respecto de los expedientes en trámite en el momento de la declaración de concurso (y se planteaba con la anterior redacción con los expedientes que estuvieran tramitándose en el momento de la solicitud de concurso). Considero, que una vez declarado el concurso (o presentada la solicitud para los expedientes judiciales iniciados antes del 1 de abril de 2009), aun cuando se estuviere tramitando un expediente de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral, ésta debería abstenerse de conocer y remitir a las partes al Juez del concurso, ya que, declarado el concurso (o presentada la solicitud, si es aplicable la redacción originaria del artículo 64.1), sólo el Juez tiene competencia para extinguir los contratos. Si se admitiera que la Autoridad Laboral puede continuar la tramitación, podría darse el caso de que la Autoridad Laboral autorizara las extinciones, y en ese supuesto, conforme a la normativa laboral, debería extinguir el empresario, en caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, o la administración concursal, en caso de suspensión, y ello es incompatible con el artículo 64.1 de la Ley Concursal, siendo el Juez del Concurso el único competente para acordar dichas extinciones.

Este es el criterio que se siguió en los autos 443/08 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz. En el caso que se planteaba en la citada resolución

(anterior a la reforma), tras la presentación de la solicitud de concurso necesario, y antes de su declaración, se había presentado y tramitado un expediente de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral que había autorizado la extinción de los contratos de trabajo de 48 de los 49 trabajadores de la empresa. Mi criterio es que en dicho caso el expediente de regulación de empleo adolecía de nulidad, y no estimo que la administración concursal (en el concurso se había acordado la suspensión de las facultades patrimoniales) pudiera hacer uso de dicha autorización, porque la competencia para extinguir después de la solicitud de concurso (o después de la declaración, tras la reforma), sólo la tiene el Juez. Según se recoge en el Auto, del examen de la Resolución del Sr. Delegado de Empleo, se colige que la presentación de la solicitud de extinción ante la Delegación es posterior a la solicitud de concurso necesario, por lo que la Autoridad Laboral, conforme al art. 64.1 LC, carecía de competencia para tramitar la solicitud, si bien, probablemente, al tratarse de un concurso necesario, y no haber sido aún declarado, dicho dato no fue conocido en el expediente que se tramitó ante la Autoridad Laboral. La administración concursal y los representantes de los trabajadores optaron por iniciar un expediente del artículo 64 de la Ley Concursal ante el Juez del concurso, acompañando el acuerdo que habían suscrito. La resolución considera ajustada a derecho la presentación por la administración concursal y los representantes trabajadores de la solicitud ante el Juzgado, en lugar de hacer uso de la autorización de la Autoridad Laboral.

5. MOMENTOS PARA LA SOLICITUD DEL EXPEDIENTE ANTE EL JUEZ DEL CONCURSO

La solicitud puede ser presentada hasta en cuatro momentos distintos:

1º Como regla general, debe presentarse con posterioridad a la presentación del informe de la administración concursal (artículo 64.3 y 4 de la Ley Concursal).

2º Con carácter excepcional, puede presentarse con anterioridad a la emisión de dicho informe (artículo 64.3 de la Ley Concursal), cuando la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa o causar grave perjuicio a los trabajadores. Este segundo inciso del artículo 64.3 de la Ley Concursal relativo al perjuicio grave a los trabajadores, ha sido incluido en la reforma operada por Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica.

3º En los casos de cierre de la empresa o suspensión total o parcial de la actividad (artículo 44.4 de la Ley Concursal).

4º En los casos en que la liquidación suponga la adopción de alguna de dichas medidas, deberá tramitarse el procedimiento del artículo 64 de la Ley Concursal, antes del auto aprobando el plan de liquidación (artículo 148.4º), o cuando las operaciones liquidatorias previstas como reglas supletorias (artículo 149 de la Ley Concursal), supongan la extinción o suspensión de las condiciones de trabajo o la modificación de las condiciones de trabajo (art. 149.2ª).

El supuesto más problemático es la aplicación de la excepción del artículo 64.3 que permite anticipar la solicitud, presentándola aunque la administración concursal no haya emitido el informe previsto en los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal. El artículo 64.3 de la Ley Concursal, antes de la reciente reforma (que introduce el grave perjuicio para los trabajadores como justificación de la anticipación de la solicitud), planteaba problemas interpretativos, ya que se exigía como única justificación, que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pudiera comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, y en la práctica, la anticipación de las medidas cuando son extintivas, no garantiza la viabilidad futura de la empresa en supuestos de crisis irreversible (con cierre de facto). En realidad, en dichos supuestos, con la medida se perseguía el acceso de los trabajadores a la situación de desempleo dada la falta de ocupación efectiva. Como señala Desdentado, se trata de una referencia optimista, cuando es lo cierto que la empresa puede estar en una situación de inviabilidad irreversible y por eso es preciso proceder cuanto antes a la extinción de los contratos de trabajo. El precepto debía ser interpretado, según dicho autor, entendiéndose que los efectos negativos a los que se refiere no son sólo los que comprometan la viabilidad de la empresa, sino los que sean susceptibles de causar daño a la masa activa y a los propios trabajadores, así como los que perjudiquen el logro de los objetivos del concurso (Desdentado/Orellana, 2007:158 y 159). Esta expresión se entendía que debía interpretarse en línea con la STS de 14 de junio de 1996 RJ 1996/5161, que señala que *“en el supuesto de cierre de la explotación, la conexión entre la supresión total de la plantilla de la empresa y la situación negativa de la empresa consiste en que aquélla amortigua o acota el alcance de ésta. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores, con las indemnizaciones correspondientes”*.

La reforma ha venido a solucionar la posibilidad de anticipar las medidas extintivas (y las de suspensión o modificación), y solicitarlas desde cualquier momento desde la declaración de concurso, aunque la demora en su aplicación no comprometa la viabilidad futura de la empresa, porque la empresa ya no sea viable, siempre que con la anticipación de las medidas colectivas se trate de

evitar un grave perjuicio a los trabajadores. Se ha recogido legalmente el criterio que ya venía utilizándose en la práctica judicial.

En este sentido, sobre la aplicación de la excepción (antes de la reforma), resulta ilustrativa la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla de 19 de noviembre de 2008, dictada en el recurso de suplicación 130/2008 (Ponente: Ana M^a Orellana Cano). La cuestión controvertida se centra en la determinación de si debió tenerse por solicitada la extinción colectiva de los contratos de trabajo de los 19 trabajadores de la empresa, es decir, del total de su plantilla, antes de que la administración concursal hubiese emitido el informe a que se refieren los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal. Se señala en la Sentencia que el problema se plantea a la hora de determinar el ámbito de aplicación de la excepción del artículo 64.3. Una hermenéutica literal de la misma, supondría que nunca se aplicaría a los expedientes de regulación de empleo, en los que se pretendiese la extinción colectiva de los contratos de trabajo de toda la plantilla ya que la viabilidad de la empresa, en estos casos, sería imposible, en principio. Sin embargo, el legislador no excluye expresamente estos supuestos del ámbito de aplicación de la excepción del artículo 64.3 de la Ley Concursal. Argumenta la sentencia que la interpretación del supuesto excepcional ha de ser flexible, para no llegar a consecuencias no deseadas por el legislador, como la imposibilidad de solicitar un expediente de regulación de empleo de extinción de las relaciones laborales de toda la plantilla, desde la solicitud del concurso hasta la emisión del informe de la administración concursal, transcurridos, por imperativo legal, más de dos meses desde el Auto de declaración de concurso. En estos casos, cuando sea inevitable el cese de la actividad o el cierre de la empresa, si hay que esperar al informe de la administración concursal, se pueden producir graves perjuicios, ya que los trabajadores puede que no cobren los salarios y, además no pueden percibir las prestaciones o el subsidio por desempleo, ya que no están en situación legal de desempleo. Por ello, se dice en esta resolución, que no se exigirá el informe de la administración concursal y se podrá solicitar - y, el Juez del Concurso, deberá admitir a trámite el expediente de regulación de empleo -, desde la solicitud de la declaración de concurso del empresario, cuando la demora en la adopción de las medidas colectivas pretendidas con el expediente de regulación de empleo, puedan comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa, porque conlleven una disminución considerable de la masa activa. Esta circunstancia se produciría, entre otras, cuando la demora en la extinción colectiva de los contratos de trabajo de toda la plantilla, conlleve el devengo de salarios, que si son anteriores a la declaración de concurso, hasta los límites del artículo 84.2.1º de la Ley Concursal, serán créditos contra la masa y, hasta el triple del salario mínimo interprofesional, serán créditos con privilegio general. Y, los salarios posteriores a la declaración de concurso, hasta

que, transcurridos más de dos meses se emita el informe por la administración concursal, que serán también créditos contra la masa del artículo 84.2.5.1º de la Ley Concursal. La demora en la adopción de la medida colectiva de extinción de los contratos de toda la plantilla, supondrá un incremento de la masa pasiva y, un claro perjuicio para la masa activa, lo que limitará aún más, en su caso, la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado, objetivo que debe perseguirse de acuerdo con el artículo 44 de la Ley Concursal. Además, en los casos de solicitud de extinción de los contratos de toda la plantilla, la demora en la adopción de estas medidas, va a suponer un grave perjuicio a los trabajadores, a los que se puede colocar en una situación de desprotección, que no obedece al espíritu de la norma. Efectivamente, en una situación de insolvencia del empresario puede ser difícil el abono de los salarios a los trabajadores y, por otro lado, mientras estén vigentes sus contratos de trabajo, es decir, mientras no se haya adoptado la medida de extinción colectiva de las relaciones laborales, en el expediente de regulación de empleo, no estarán en situación legal de desempleo a los efectos de percibir las prestaciones por desempleo, nivel contributivo o, en su caso, nivel asistencial, a las que podían tener derecho. Estos perjuicios a la masa activa y a los trabajadores, pueden dificultar la consecución de los objetivos del concurso. Atendiendo a los argumentos reseñados, concluye la Sentencia que analizamos, que la demora en la extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla de la empresa recurrente puede comprometer gravemente la viabilidad de la empresa en los términos reseñados, por lo que, con carácter excepcional, debió admitirse a trámite el expediente de regulación de empleo, antes de que la administración concursal emitiese el informe de los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal. Se estima el recurso de suplicación, se revoca el Auto recurrido y, se declara la admisión a trámite de la demanda de solicitud del expediente judicial de regulación de empleo.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 6 de junio de 2008 inadmitió la solicitud de extinción de contratos de trabajo planteada antes del informe de la administración concursal porque se solicitaba que la efectividad de la medida se aplazara en el tiempo. En la resolución se considera que en ese caso, no procede la aplicación de la excepción del artículo 64.3 de la Ley Concursal, y que hay que esperar a la emisión del informe de la administración concursal. Según la resolución, cualquiera que sea la interpretación de la expresión “comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa”, lo que resulta claro es que la aplicación de la excepción deriva de la necesidad de anticipar la medida, no pudiendo esperarse a la presentación del informe de la administración concursal. El término demora presupone una situación de urgencia. Y en el caso concreto, se considera que los propios términos de la solicitud chocan con la aplicación de la excepción, ya que se solicita que el Auto autorice a la Empresa para que proceda a la ejecución de dichas extin-

ciones, actuación que se desarrollaría en un periodo de tiempo no superior a noventa días a contar desde la notificación del Auto, ya que ello significa que no concurre el peligro de demora que permita aplicar la excepción del artículo 64.3 de la Ley Concursal.

La aplicación del artículo 44.4 de la Ley Concursal plantea también la cuestión del momento en que el juez acuerda la iniciación del expediente en los casos en que la administración concursal interesara el cierre de empresa o la suspensión o cese de la actividad empresarial. Caben dos soluciones. La primera, en la misma resolución que acuerde dar audiencia a la concursada y a los representantes de los trabajadores sobre la solicitud de cierre o suspensión de la actividad, puede acordar que se inicie el expediente del artículo 64, dado que la tramitación de éste ha de durar más que el dictado del auto acordando el cierre. La otra solución consiste en esperar al dictado de la resolución acordando el cierre o suspensión, y en caso de estimar la solicitud, acordar la iniciación del expediente. La primera tiene la ventaja de evitar una dilación superior en la decisión, pero tiene el inconveniente de que si no se accede a la solicitud de cierre o cese, hay que dejar sin efecto la tramitación del expediente.

En la práctica judicial, encontramos ambos tipos de tramitación. En el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 26 de febrero de 2007, se acuerda el cierre de la totalidad de las oficinas, establecimientos y explotaciones de la deudora (Air Madrid Líneas Aéreas, S.A.) y se acuerda en el mismo Auto, la extinción colectiva de las relaciones laborales. En el Auto de dicho Juzgado de admisión de la solicitud de 7 de febrero de 2006, se acuerda admitir la solicitud de cierre de las oficinas, establecimientos y explotaciones, y a su vez, se abre el periodo de consultas, convocando al mismo a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores. En la parte dispositiva del Auto se acuerda que, una vez finalizada el periodo de consultas, se oiga al deudor sobre el cierre solicitado, a los efectos del artículo 44.4 de la Ley Concursal. Es decir, se hace de forma inversa, ya que la medida colectiva es consecuencia del cierre y no viceversa. En otras resoluciones se opta por tramitar el cierre, registrar el expediente judicial de regulación de empleo, y se espera a la resolución del primero para convocar a periodo de consultas. El primero presenta, como se ha expuesto, la ventaja de evitar mayor dilación en la tramitación del expediente, pero resulta innecesario si se deniega la solicitud de cierre.

Ahora bien, la decisión en una misma resolución del cierre y/o cese, y de la medida colectiva, determina que el recurso procedente sea el de suplicación (Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 26 de febrero de 2006, autos 411/06), mientras que de resolverse de forma independiente la solicitud de cierre, resultará de aplicación el artículo 197.2 de la Ley Concursal, y contra dicha resolución cabrá recurso de reposición, y apelación diferida (artículo 197.3 de la Ley Concursal).

Resulta frecuente que en supuestos de cese de la actividad, la concursada opte por la solicitud de extinción (o suspensión) colectiva de los contratos de trabajo antes del informe de la administración concursal. En dichos casos, lo correcto sería que la administración concursal interesara el cierre y cese de la actividad, y suponiendo esa medida la extinción y/o suspensión de los contratos de trabajo, habría de seguirse el trámite del artículo 64. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 19 de julio de 2006, autos 156/06.

6. LEGITIMACIÓN Y CONTENIDO DE LA SOLICITUD

6.1. Legitimación para instar el expediente

La legitimación la ostentan la administración concursal, el deudor, y los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales (artículo 64.2 de la Ley Concursal). Se ha planteado la cuestión de si la legitimación del deudor y de la administración concursal depende del régimen de intervención o suspensión, respectivamente, ostentándola el concursado en el primer caso, y la administración concursal, en el segundo. Estimamos que tanto el deudor como la administración concursal ostentan legitimación para la solicitud con independencia del régimen de limitación de las facultades de administración o disposición. En este sentido, Ríos Salmerón y De la Puebla (2004).

6.2. Contenido de la solicitud

La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con las medidas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo. A la solicitud se han de acompañar los documentos necesarios para su acreditación, y si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

Frente a los términos genéricos de la solicitud de expediente de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral y de la propia resolución (que en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados, como permite la jurisprudencia social y contencioso administrativa, vg. TS 4ª 17-3-99 RJ 1999/3002 y 28-9-99 RJ 1999/7758 y TS Sala 3ª de 22-5-2002 RJ 2002/9427 y 12-2-2003 RJ 2003/2084), en el expediente del artículo 64 de la Ley Concursal, tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además se ha de establecer la indemnización procedente para cada trabajador, o al menos fijar las bases para que pueda determinarse el

importe concreto en ejecución de la resolución, es decir, salario, antigüedad y cuantía de la indemnización, es decir, cuántos días de trabajo por año de servicio (Ríos Salmerón/De la Puebla, 2007 y Desdentado/Orellana, 2007:115).

Sobre la justificación de las medidas, en el caso de que la solicitada sea de extinción colectiva de contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de la empresa, fundamenta el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 19 de junio de 2008 (autos 186/08), que cuando las mismas consistan en la supresión con carácter permanente de la condición traslativa de empresa al concursado, esto es, que desaparezcan todas las condiciones de trabajo de la plantilla, no puede más que exigirse un requisito causal de situación económica y/o productiva irreversible, sin ningún sentido otro de “conexión funcional”, que no se conectaría con ninguna superación de dicha situación, ni con un salvamento parcial de empleo. Una vez que en el despido colectivo, los trabajadores afectados superen el umbral de afectación, el Juzgado de lo Mercantil, cuando no exista acuerdo, y no se trate de que desaparezca la empresa totalmente, habrá de examinar la conexión funcional de la medida, esto es, si la adopción de tales contribuye a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos –en buena medida la causa económica nunca se excluye, en estos casos, por las técnicas, organizativas o de producción- (artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores). Ello porque las causas en sí mismas, según se razona en el Auto, vienen embebidas en la situación de insolvencia, la cual ya está acrisolada en el procedimiento, y documentada, por regla general, en el Informe de la administración concursal. Cuando se trata de la desaparición de la empresa, el asunto pasa al “plan de acompañamiento social”, esto es, a la compensación por la pérdida definitiva del empleo, ya que la causa económica no puede negarse, y la conexión funcional carece de utilidad. Cuando media acuerdo, procede exclusivamente atacar la existencia de coacción, dolo, fraude por abuso de derecho.

La Ley Concursal, en su artículo 64.4 utiliza la expresión “viabilidad futura de la empresa y del empleo”, como objetivo y justificación de la solicitud de las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, y de extinción y suspensión colectivas de las relaciones laborales. La doctrina considera que en las situaciones concursales, las medidas obedecen a causas económicas, pues están fundadas en las dificultades económicas de la empresa que producen efectos en el empleo (no debe olvidarse que nos encontramos con empresas en estado de insolvencia). El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 31 de julio de 2007 (autos 151/07) entiende que la expresión ha de interpretarse de forma flexible, porque en muchas ocasiones las empresas que acuden al procedimiento concursal se encuentran en una crisis económica y patrimonial irreversible.

Y la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 11 de junio de 2008, Recurso 730/2007, sobre las causas económicas en un despido objetivo, se plantea la cuestión de si el empresario para justificar su decisión, debe probar, además de la existencia de pérdidas económicas, que la amortización del puesto de trabajo constituye una medida suficiente y adecuada para superar la crisis, lo que, normalmente requerirá la adopción de otras medidas, o si le bastará, como regla general, con probar la existencia de pérdidas económicas. Los argumentos de la citada sentencia son aplicables a las medidas del artículo 64 de la Ley Concursal, cuando se basa en causas económicas, que será lo habitual, dada la situación de insolvencia. En la citada resolución, en línea con la jurisprudencia sentada en Sentencias de 14 de junio de 1996, 21 de enero de 1998, 30 de septiembre de 2002 y 15 de octubre de 2003, a las que cita, se considera que basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde contribuye a solucionar la crisis, para que tal medida encuentre justificada, sin que sea exigible acreditar que la amortización de puestos de trabajo constituye por sí sola una solución suficiente, ni que esa solución será definitiva junto con otras medidas.

7. TRAMITACIÓN: EL PERIODO DE CONSULTAS Y EL INFORME DE LA AUTORIDAD LABORAL

El artículo 64 de la Ley Concursal viene a establecer un expediente judicial similar o paralelo al que se plantea en situaciones extraconcursales ante la Autoridad Laboral, para proceder a regular empleo en el caso de extinciones colectivas o suspensiones, es decir, los llamados expedientes de regulación de empleo (ERE). Por eso se dice acertadamente que en esta competencia, el Juez del Concurso no viene a sustituir al Juez de lo Social, sino que se le atribuyen funciones propias de la Autoridad Laboral. No obstante hay que señalar una diferencia sustancial que se produce entre el expediente tramitado ante el Juez del concurso y el seguido ante la Autoridad Laboral. Mientras que la Autoridad Laboral se limita a autorizar la suspensión o extinción colectiva, el juez del concurso no se limita a una mera autorización, sino que ha de proceder a declarar la extinción (en igual sentido, en la doctrina, Desdentado/Orellana:2004:164, y en la práctica judicial, STSJ de Cataluña de 27-9-2005 AS 2005/2699).

En todo lo no previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma (artículo 64.11), y por tanto, dicha regulación ha de ser integrada con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en el RD 43/1996, de 19 de enero, de expedientes de regulación de empleo.

7.1. El periodo de consultas (artículo 64.5 y 6 de la Ley Concursal)

El juez, al admitir la solicitud, convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal, a un período de consultas, cuya duración no será superior a: (i) treinta días naturales, en empresas con cincuenta o más trabajadores; (ii) quince días en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud y documentación acompañada.

Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo.

El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos.

Al finalizar el periodo de consultas, o una vez alcanzado el acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores, comunicarán al juez el resultado del periodo de consultas.

7.1.1. *Diferencias con el periodo de consultas en los expedientes tramitados ante la Autoridad Laboral*

El periodo de consultas del artículo 64 de la Ley Concursal es similar al previsto en los artículos 41 y 51 del Estatuto de los Trabajadores, pero sin embargo se aprecian algunas diferencias entre el expediente judicial de regulación de empleo tramitado ante el Juez del concurso y el expediente de regulación de empleo tramitado ante la Autoridad Laboral:

1. El Juez del concurso es el que convoca a las partes a este periodo de consultas. No obstante, cuando no se ha solicitado la declaración de concurso, es el empresario, al solicitar el expediente de regulación de empleo, el que, simultáneamente, abre la fase de consultas.

2. Esta fase de la tramitación, según el artículo 64.6 de la Ley Concursal, se lleva a cabo entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal y no, entre los primeros y el empresario.

3. Si el expediente se tramita ante la Autoridad Laboral, ésta tiene que recabar, con carácter preceptivo, un informe a la Inspección de Trabajo, que deberá evacuarlo en el plazo de diez días y estar en poder de la Autoridad Laboral, antes de la finalización del periodo de consultas. Por el contrario,

cuando se sustancia ante el Juez del Concurso, el órgano judicial recabará el informe de la Autoridad Laboral y no de la Inspección, - una vez concluido el periodo de consultas -, que tendrá que emitirlo en el plazo de quince días, pudiendo ser tenido en cuenta por el juzgador, aunque se recibiera extemporáneamente.

7.1.2. Intervención en el periodo de consultas

El periodo de consultas se desarrolla, por lo tanto, regido por el principio de la buena fe, entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, convocados al mismo por el Juez del Concurso. No interviene, consiguientemente, el empresario en esta fase de consultas. Sin embargo, con carácter excepcional, se ha permitido la intervención en el periodo de consultas de terceros. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007 (autos 151/07, concursos de Delphi), de admisión del expediente judicial de regulación de empleo, permitió la intervención de la concursada y las Administraciones Públicas, al tener en cuenta la trascendencia social del expediente, el número de trabajadores afectados (1.540), y la necesidad de adoptar medidas paliativas y mejoras para los mismos dentro del Plan Social. Por ello, atendiendo a los principios propios de la legislación laboral, que han de presidir la actuación también del Juez del concurso en los expedientes del artículo 64 de la Ley Concursal (respetando asimismo la finalidad de satisfacción de los acreedores), se estimó procedente dotar al periodo de consultas de cierta flexibilidad, a fin de que pudieran intervenir no sólo la administración concursal y los representantes de los trabajadores, sino también otros agentes sociales y Administraciones Públicas, para que pudieran asumir compromisos de modo similar a los previsto para los convenios en el artículo 99 de la Ley Concursal, sin perjuicio de que el acuerdo exija las mayorías previstas en el artículo 64.6 de la Ley Concursal.

Ciertamente, la trascendencia de algunos expedientes justifica que puedan tener entrada otros intervinientes, como las Administraciones Públicas, a fin de que colaboren en la consecución de un acuerdo. Por otra parte, también puede resultar conveniente la intervención de la concursada, por ejemplo, en orden a la fijación de las indemnizaciones, y sobre todo, en los casos de intervención de las facultades de administración y disposición, ya que, ni siquiera en dicho caso, la Ley Concursal ha previsto su intervención en el periodo de consultas, quedando limitado a la administración concursal y los representantes de los trabajadores. En la misma línea, el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y Mercantil de Santander de 5 de agosto de 2008, que permitió la intervención de la Administración, y que asumiera un compromiso de pago de una parte de las indemnizaciones.

7.1.3. *Sobre la falta de necesidad del periodo de consultas*

Cuando con la solicitud se aporta un acuerdo, algunas resoluciones entienden cumplido el trámite del periodo de consultas, criterio que compartimos, en aras al interés de los trabajadores de dar celeridad a la tramitación del expediente. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 31 de julio de 2008, autos 443/08, que señala que siendo la finalidad del periodo de consultas llegar a un acuerdo entre la administración concursal y los trabajadores para la extinción de sus contratos, resulta innecesario en dicho caso el trámite del periodo de consultas, al haberse aportado un acuerdo con la solicitud. El mismo criterio ya había seguido en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz en Auto de 6 de junio de 2008, que admitía un expediente de extinción colectiva de los contratos de trabajo, y en el que se entendió cumplido el trámite de periodo de consultas. El mismo criterio ha sido seguido en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña de 12 de agosto de 2008 (asunto Martinsa-Fadesa). Y en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid de 8 de enero de 2006, AC 2007/450, en un caso en que los solicitantes de la extinción colectiva de relaciones laborales por «falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado» [artículo 50.1 letra b) del Estatuto de los Trabajadores, aportaron a los autos un acuerdo alcanzado entre los trabajadores y la Administración concursal, sin que tal período de consultas haya sido convocado, se entendió cumplido el trámite, y se recabó el informe de la autoridad laboral sobre el acuerdo alcanzado.

7.1.4. *Ausencia de contradicción en el expediente judicial de regulación de empleo*

Se echa en falta en el expediente una fase contradictoria, ya que no se prevén otras intervenciones en el periodo de consultas que las de los representantes de los trabajadores y la administración concursal, y sin embargo si no llegan a un acuerdo, el juez ha de resolver sin contar nada más que con la solicitud y el informe de la autoridad laboral, y sin que, en ocasiones, conozca los términos de la negociación, ni la opinión de los trabajadores o del propio concursado.

En este sentido, se ha criticado la falta de contradicción en el expediente de regulación de empleo en los casos de falta de acuerdo. En el procedimiento administrativo de regulación, la introducción de contradicción en el expediente, se logra a través de la aplicación de los artículos 80, 81 y 84 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sobre la prueba y el trámite de audiencia. En el judicial la solicitud funciona como una demanda, pero si no hay acuerdo debería

habilitarse, a juicio de la doctrina (Desdentado/Orellana, 2007: 158 a 163) a través de una comparecencia, un cauce para la práctica de la prueba y la contradicción, que tendrá que abrirse también para los trabajadores afectados presentes en el expediente y que quieran formular su oposición. Dicho sector doctrinal ha planteado la posibilidad de aplicar la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para suplir la laguna, aun reconociendo que la aplicación supletoria de dicha Ley, tiene justificación en el caso del expediente administrativo, pero no del judicial del artículo 64 de la Ley Concursal. Y proponen que el juez, al comunicar la solicitud de regulación de empleo, podría dar un plazo a la otra parte para fijar su posición por escrito aportando los elementos de prueba oportunos, o bien, también cabría la posibilidad de una comparecencia tras la terminación del periodo de consultas, por ejemplo durante el plazo de informe de la Administración, que curiosamente sí que tiene prevista la posibilidad de oír a las partes para la elaboración del informe del artículo 64.6 de la Ley Concursal. Desdentado habla de una “fase contradictoria oculta”.

7.1.5. Posibilidad de practicar prueba en el expediente

Podemos plantearnos si cabe la posibilidad de que los representantes de los trabajadores aporten prueba documental en el expediente judicial de regulación de empleo, ya que el artículo 64 no regula esta materia. Tan sólo el párrafo sexto se refiere a un trámite de audiencia pero ante la Autoridad Laboral cuando ha de emitir el informe y, no ante el Juez del Concurso. De conformidad con el artículo 64.11 de la Ley Concursal, en todo lo no previsto en este artículo, se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma. Concretamente, a los efectos que nos ocupan, el artículo 7 in fine del Real Decreto 43/1996, por el que se regula el procedimiento del expediente de regulación de empleo ante la Autoridad laboral, dispone que “*la autoridad laboral, en cualquier momento del procedimiento, podrá recabar de ambas partes cuanta documentación considere necesaria para dictar resolución*”. La redacción del artículo 64.11 de la Ley Concursal permite concluir que en el expediente judicial de regulación de empleo, el Juez del concurso podrá recabar toda la documentación que precise para dictar el Auto. Sobre la aportación de prueba documental, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 26 de octubre de 2007, que estima el recurso de suplicación contra el Auto del Juez del concurso, que había admitido una documental a la representación de los trabajadores, sin dar traslado a las demás partes.

7.2. Informe de la Autoridad Laboral (artículo 64.7 de la Ley Concursal)

Finalizado el periodo de consultas, o alcanzado un acuerdo, el juez del concurso recabará informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión. Recibido el informe por el Juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el Juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

El Juez del concurso debe solicitar el informe del Delegado Provincial de Empleo. No obstante, en concursos con centros de trabajo en más de una provincia o en más de una Comunidad Autónoma, como suele ocurrir con las constructoras, habrá que aplicar el artículo 2 del RD 43/1996, y solicitar el informe, respectivamente, del órgano competente de la Comunidad Autónoma, en su caso, o de la Dirección General de Trabajo.

Sobre la información a la Autoridad Laboral para la emisión del informe, se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao de 4 de marzo de 2005, ya que la Autoridad laboral apreciaba impedimentos en su informe, exponiendo la falta de conocimiento del Auto en el que se declara el concurso de la empresa y del informe de la administración concursal, lo que le impedía conocer la situación patrimonial del deudor y otras circunstancias que pudieran ser relevantes. El Juez rechaza dichas alegaciones dada la publicidad que se le ha dado al Auto de declaración de concurso conforme a los artículos 23 y 24 de la Ley Concursal, preceptos que no obligan a notificar a la Autoridad Laboral el Auto, que puede examinar al menos su parte dispositiva a través de las citadas publicaciones, y el artículo 64.6 de la Ley Concursal tampoco establece lo que haya de remitirse. Se rechazan en la resolución las denunciadas omisiones de la Autoridad laboral por cuanto pudo haber reclamado la remisión de copia del Auto o de cualquier otra documentación o resolución judicial que considerara pertinente, y además pudo oír a la administración concursal y los representantes de los trabajadores, lo que en el caso se había hecho sólo con éstos últimos.

En la práctica, dada la redacción del artículo 64.6 de la Ley Concursal, lo habitual es dar traslado mediante copia de todo el expediente a la Autoridad laboral, que puede contener o no el Auto de declaración de concurso (depende de la documentación acompañada con la solicitud), pero en cualquier caso, como se señala en el Auto, la Autoridad laboral podrá completar la información si fuera necesario, bien con la audiencia prevista a la administración concursal y representantes de los trabajadores, bien solicitándola del Juez, pero lo que no debe, en mi opinión, es eximirse de informar, so pretexto de falta de información. No obstante, resulta conveniente que el Juez proporcione la información

suficiente, acompañando con la documentación obrante en el expediente, el Auto de declaración de concurso y el informe de la administración concursal, si hubiere sido emitido.

En el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 31 de julio de 2008, se estimó innecesario el informe de la Autoridad laboral, al constar copia de la Resolución dictada por el Delegado de Empleo, en expediente tramitado paralelamente a la solicitud de concurso, por la que se autorizaba la extinción colectiva de los contratos de trabajo de los 48 trabajadores incluidos en el expediente judicial, y en el Auto se consideró, en interés de los trabajadores, que resultaba innecesario este trámite, y que era procedente entenderlo cumplido, dada la dramática situación de los trabajadores, y la remisión del expediente para informe de la Autoridad Laboral retrasaría aun más el acceso al desempleo de los trabajadores.

8. EL ACUERDO

El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos.

8.1. *Concurrencia de representaciones legales*

Un primer problema se plantea en el caso de que concurran la representación unitaria y sindical en la concursada. Las soluciones doctrinales propuestas son diversas: optar por la representación legal, someterlo a asamblea de trabajadores, prioridad temporal, etc. La Ley Concursal menciona expresamente a ambos tipos de representaciones para la suscripción del acuerdo, pero sin embargo, respecto de la convocatoria a periodo de consultas se refiere con carácter general a los representantes de los trabajadores. Ahora bien, teniendo en cuenta que ambas representaciones pueden suscribir el acuerdo, hay que entender que el juez puede convocar a ambas. En el expediente de DELPHI (autos nº 151/2007 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz), se admitió la intervención del Comité de Empresa y de las secciones sindicales, estando personados asimismo los trabajadores, habiendo suscrito ambas representaciones el acuerdo. El problema se planteará en los casos de disconformidad entre ambas representaciones.

8.2. Ausencia de órgano de representación de los trabajadores

Otra cuestión se plantea en los supuestos en que la empresa concursada carece de representación. Habrá que aplicar analógicamente el artículo 4 del

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, que establece, que estarán legitimados para intervenir en el procedimiento de regulación de empleo, la empresa y los trabajadores a través de sus representantes. En caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes. Así se ha pronunciado el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 16 de mayo de 2008, autos 222/08. Hay algunos expedientes en los que han intervenido todos los trabajadores, sin designar representantes. En el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña de 29 de enero de 2007, autos 441/2006, se señala que la Ley no ha previsto la eventualidad de que, en ausencia de representación legal o sindical de los trabajadores afectados, la negociación sea protagonizada directamente por los trabajadores afectados, por lo que no es exactamente aplicable el apartado 6 del artículo 64 de la Ley Concursal. No obstante, en dicho supuesto, habiendo mostrado conformidad con la indemnización 19 de los 20 trabajadores asalariados de la cooperativa en concurso, y siendo además la indemnización prevista para el despido colectivo, se estima su procedencia.

8.3. Posibilidad de pactar indemnizaciones superiores al mínimo legal

Asimismo, se ha cuestionado, en relación con el periodo de consultas, la posibilidad de pactar, en los expedientes de extinción colectiva de relaciones de trabajo, indemnizaciones superiores al mínimo legal de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades (artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores), como se admite en los expedientes ante la Autoridad Laboral, dada la situación de insolvencia e incluso cuando la empresa concursada no tenga liquidez.

Por la práctica judicial de los Juzgados de lo Mercantil se viene admitiendo que pueda pactarse en el periodo de consultas una indemnización superior, fruto de la negociación entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal, siempre que ello no suponga dolo, coacción, abuso o fraude. El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria-Gasteiz de 19 de diciembre de 2005 (ponente Edorta Herrera) acordó la extinción colectiva de la totalidad de la plantilla de la empresa concursada, aceptando el acuerdo adoptado en la fase de consultas, en relación con el importe de la indemnización que por despido colectivo debía abonar la empresa, que ascendía a 33 días de salario por año de servicio, con un máximo de veintisiete mensualidades. Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 84.2.5º párrafo segundo, las indemni-

zaciones constituyen créditos contra la masa y se entiende comunicados y reconocidos por la propia resolución que acuerde el expediente judicial de regulación de empleo. Se argumenta en la resolución citada que no se aprecia fraude en el pacto, dentro del periodo de consultas, de una indemnización superior a la del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores, respecto del resto de los acreedores, pues al haberse alcanzado un acuerdo, aunque la indemnización pactada sea superior, también se está evitando el devengo de salarios de los trabajadores y de las cotizaciones a la Seguridad Social y, no ha de olvidarse que los salarios devengados por la continuación de la actividad laboral son créditos contra la masa, de acuerdo con el artículo 84.2.5º párrafo primero de la Ley Concursal y, a tenor del artículo 154.2 del mismo texto legal, como se abonan a sus respectivos vencimientos, se pagarían por mensualidades vencidas, todos los meses como créditos contra la masa, lo que podría causar, en su caso, un perjuicio mayor a los restantes acreedores, que el haberse pactado una indemnización superior. Por otro lado, se justifica la posibilidad del pacto de una indemnización superior a la legal, aun cuando la empresa carezca de liquidez, en el Auto que se examina, en la autonomía de la voluntad de las partes negociadoras en el periodo de consultas, debiendo distinguirse entre el reconocimiento de la indemnización y el pago de la misma. El Auto fue confirmado por la Sala de lo Social del País Vasco en Sentencia de 12 de septiembre de 2006, Recurso 1393/2006.

Y en el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao (siendo igualmente ponente Edorta Herrera) de 19 de junio de 2008, autos 186/08, se plantea la posibilidad de acordar indemnizaciones superiores, y se argumenta que el principio de la par conditio creditorum no es operativo para los créditos contra la masa. No obstante, en el Auto del mismo Juzgado de 19 de mayo de 2008 (118/08), se puntualiza que no pueden pactarse indemnizaciones superiores al mínimo legal cuando la empresa carece de toda liquidez y el patrimonio de las concursadas se ha consumido hace tiempo para atender créditos contra la masa, entre los que esencialmente se hallaban los créditos salariales, y argumenta que no puede ponerse en la responsabilidad de la administración concursal una mejora dineraria del mínimo legal.

En esta línea, cabe mencionar el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 21 de abril de 2005 JUR 2005/122390 (ponente Mar Hernández), que argumenta que si bien es cierto que la indemnización acordada supera los umbrales legalmente establecidos, ha de tenerse en cuenta que el artículo 64 no limita los posibles ámbitos de negociación, es decir, que no otorga facultad para negociar únicamente con relación a la extinción o no de las relaciones laborales y el número de trabajadores afectados, sino que establece la posibilidad de negociación en su sentido más amplio y sin otro condicionamiento a la aprobación judicial diferente a la constatación de la ausencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

Sobre los casos de acuerdo alcanzado con posterioridad al periodo de consultas, y antes del dictado de la resolución, se han pronunciado algunos Juzgados de lo Mercantil, otorgándoles eficacia. En este sentido, cabe citar el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 21 de abril de 2005 JUR 2005/122390 y el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 28 de julio de 2005 AC 2005/1302.

9. EL AUTO QUE RESUELVE EL EXPEDIENTE

El juez dictará Auto en un plazo máximo de cinco días, resolviendo sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral (artículo 64.7 de la Ley Concursal).

9.1. Notificación del Auto

No resuelve el precepto la cuestión de a quién ha de notificarse el Auto. En principio, puede entenderse que a la administración concursal, a los trabajadores (a través de su representantes, o si no los hubiera, individualmente), a la concursada, a la Autoridad Laboral, al FOGASA y a las partes personadas.

9.2. Contenido del Auto

Como contra la resolución cabe recurso de suplicación (artículo 64.8 de la Ley Concursal), de conformidad con la normativa de procedimiento laboral, y dados los motivos de este recurso (artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral), el Auto que el Juez del concurso dicte en el expediente de regulación de empleo debe contener una relación de hechos probados. Sobre el contenido de esta relación, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) de 27 de septiembre de 2005 AS 2005/2699, en el sentido de que no basta con indicar que la Autoridad Laboral ha informado favorablemente, sino que es necesario detallar cuál es la situación económica real en que se encontraba la empresa en el momento de acordarse la extinción, y cuál es el salario de los trabajadores afectados por la medida extintiva y la antigüedad; por ser elementos de hecho necesarios, no sólo para examinar si concurre una situación económica negativa, sino para juzgar la razonabilidad de la medida acordada y los efectos que ésta pueda tener para contribuir a superar una situación económica negativa. La inclusión del salario

y antigüedad de cada trabajador es imprescindible para conocer la corrección del cálculo indemnizatorio reflejado en la parte dispositiva de la resolución. Añade que hay que reflejar en los hechos probados aquellos elementos de hecho que permitan que el Tribunal pueda valorar en el recurso de suplicación si la extinción colectiva de contratos de trabajo, acordada por el Juez de lo mercantil, cuando la empresa se halla en situación de concurso, se acomoda o no a las exigencias legales para que pueda considerarse procedente. Y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Social) de 22 de febrero de 2007 Rec. 136/2007, señala que en los hechos probados se ha de hacer constar *“si la concursada formaba parte de un grupo empresarial al que derivar responsabilidades por darse alguno de los elementos adicionales indicados por la jurisprudencia, como funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo, creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales, confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección”*.

9.3. Carácter de la decisión

Precisamente por la similitud con los expedientes de regulación de empleo tramitados ante la Autoridad Laboral, se ha planteado doctrinalmente y en la práctica judicial (no existiendo unanimidad entre los Jueces de lo Mercantil), la cuestión de si el Juez del concurso sólo autoriza, o si declara la modificación, suspensión o extinción. La redacción de la Ley Concursal no contribuye a clarificarla, pues utiliza indistintamente ambos términos. Así, el artículo 64.7 de la Ley Concursal, se refiere a que el Juez acuerda la suspensión o extinción colectiva, y el artículo 64.9 de la Ley Concursal utiliza tanto los términos acordar la modificación como autorizar la misma. A pesar de la imprecisión terminológica, se estima que el Auto del Juez del concurso ha de declarar la modificación, suspensión o extinción, sin que sea precisa una decisión posterior del empresario o de la administración concursal. Es decir no se produce el desdoblamiento entre la autorización administrativa y la decisión extintiva empresarial característica del procedimiento regulado en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Considero que mientras la Autoridad Laboral se limita a autorizar la suspensión o extinción colectiva, el Juez del concurso no se limita a una mera autorización, sino que ha de proceder a declarar la extinción (en igual sentido, en la doctrina, Desdentado/Orellana, y en la práctica judicial, la Sentencia de la Sala de lo Social Tribunal Superior de Cataluña de 27 de septiembre de 2005 AS 2005/2699, aunque esta resolución parece que deja abierta la puerta también a autorizaciones).

En este sentido, hay que señalar determinadas diferencias que se producen entre el expediente tramitado ante el Juez del concurso y el seguido ante la Autoridad Laboral, expuestas en Autos del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 22 de mayo de 2007 autos 151/07, de 7 de noviembre de 2007 autos 562/07, de 16 de mayo de 2008 autos 222/08, de 28 de mayo de 2008 autos 566/07, y de 6 de junio de 2008. Así, frente a los términos genéricos de la solicitud de expediente de regulación de empleo y de la propia resolución (que en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados, como permite la jurisprudencia social y contencioso administrativa, vg. Sentencias del Tribunal Supremo Sala 4ª de 17 de marzo de 1999 RJ 1999/3002 y 28 de septiembre de 1999 RJ 1999/7758 y Sentencias del Tribunal Supremo Sala 3ª de 22 de mayo de 2002 RJ 2002/9427 y 12 de febrero de 2003 RJ 2003/2084), en el expediente del artículo 64 de la Ley Concursal, tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además se ha de establecer la indemnización procedente para cada trabajador, o al menos fijar las bases para que pueda determinarse el importe concreto en ejecución de la resolución, es decir, salario, antigüedad y cuantía de la indemnización, es decir, cuántos días de trabajo por año de servicio (Ríos Salmerón/De la Puebla, 2004 y Desdentado/Orellana, 2007:115).

En la práctica judicial, como se ha expuesto, no todas las resoluciones acuerdan la suspensión o la extinción, limitándose a la autorización, si bien dudamos que posteriormente se haga uso concreto por la administración concursal o concursado de la autorización, por lo que ha de entenderse que equivale a un pronunciamiento declarativo de la medida. El Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y Mercantil de Santander de 31 de enero de 2007 autos 621/07, acuerda autorizar las medidas de extinción y suspensión solicitadas, y declara que los efectos se producirán una vez acordadas, de donde parece colegirse que difiere la efectividad de la medida hasta que sea acordada. Por el contrario, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 20 de marzo de 2007 autos 376/06, que expresamente se pronuncia sobre esta cuestión, razona que el Auto acuerda extinguir las relaciones laborales, aunque señala que en algunas resoluciones, cuyo criterio no comparte el juzgador, se autoriza a la empresa a extinguir los contratos del excedente fijado en la resolución habilitadora, con lo que en esa praxis, perfectamente la empresa, intervenida por la administración concursal, pudiera haber decidido no ejercer la autorización para el despido individualizado.

Pueden existir casos excepcionales en los que la resolución del Juez se asimile a la autorización de la Autoridad Laboral, cuando la decisión extintiva o suspensiva haya de diferirse en el tiempo, por ejemplo porque haya trabajadores que continúen tareas pendientes o las necesarias para el cierre de la empresa. En este sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de

31 de julio de 2007, autos 151/07(asunto Delphi), el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 21 de enero de 2008, y el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña de 3 de octubre de 2008 (asunto Martinsa-Fadesa).

9.4. Indemnizaciones superiores al mínimo legal en casos de no-acuerdo

Si hay acuerdo, el juez aprobará el mismo, salvo dolo, coacción o abuso de derecho. Si no hay acuerdo, resolverá conforme a la legislación laboral. Por tanto, en principio, en los expedientes extintivos, a falta de acuerdo, resultará de aplicación la indemnización del despido objetivo del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores.

Admitida la posibilidad de acordar en los expedientes de extinción colectivas, indemnizaciones superiores en el periodo de consultas, se plantea igualmente si el juez, pese a que no haya habido acuerdo, puede acordar una indemnización superior, cuando la administración concursal estuvo dispuesta a pactarla en el periodo de consultas.

El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 19 de junio de 2008, autos 186/08, se plantea igualmente la posibilidad de acordar indemnizaciones superiores a la del despido objetivo aunque no haya acuerdo o éste sea nulo. Se aduce que podría acordarse cuando exista prueba en las actas del periodo de consultas de una oferta en firme de la administración concursal superior al mínimo legal, aunque no se ha producido ni en los expedientes de regulación de empleo ante la Autoridad Laboral ni en el proceso social. En dicha resolución, se argumenta que fuera de la idea de grupo, y sin que la administración concursal haya podido ofrecer más del mínimo legal por carecer de numerario la concursada, se carece de vía para reconocer crédito contra la masa superior. En Auto de este mismo Juzgado nº 2 de Bilbao de 1 de febrero de 2007 se acuerda una indemnización superior, ofrecida formalmente en el expediente por la administración concursal aunque no se llegó a acuerdo, si bien, constaba una oferta en firme de la administración concursal. El Auto Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Valencia de 28 de julio de 2005, acordó una indemnización superior al mínimo legal pese a la falta de acuerdo, en un caso en que la administración concursal había ofrecido una indemnización superior a la mínima que no había sido aceptada por los trabajadores.

Aun cuando se comparte la posibilidad de pactar indemnizaciones superiores al mínimo legal en aquellos casos en los que consta fehacientemente que la administración concursal estaba dispuesta a ofrecer una indemnización superior que no fue aceptada por los trabajadores (lo que podrá constatarse por las actas o mejora del plan de acompañamiento social), lo que resulta discutible es la solución del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona en Auto de 19 de mayo de 2008, que concede la indemnización de 45 días, como si de despido

improcedente se tratara, pese a no haberse alcanzado acuerdo en el expediente, por la pertenencia de la concursada a un grupo de sociedades, estimando el juez que la conducta de la sociedad dominante había generado la situación económica que justificaba la extinción de relaciones laborales.

9.5. Efectos de la resolución judicial

En cuanto a los efectos, la legislación concursal distingue según la naturaleza de las medidas acordadas.

– En caso de suspensión o extinción colectiva, el Auto, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo (artículo 64.7 de la Ley Concursal, y artículos 208.1.1 a y 208.1.2 de la Ley General de Seguridad Social redactado por la disposición final 16ª de la Ley Concursal).

– En caso de modificación sustancial de carácter colectivo del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal (veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y con un máximo de nueve meses), quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el Auto judicial que acordó dicha modificación. Esta suspensión también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo. Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que adoptó dicha modificación (artículo 64.9 de la Ley Concursal).

10. IMPUGNACIÓN DEL AUTO

Contra el Auto del Juez del concurso dictado en el expediente de regulación de empleo, cabrá la interposición de recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que

ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones individuales que los trabajadores puedan ejercer contra el Auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación (artículo 64.8 de la Ley Concursal y 197.7 de la Ley de Procedimiento Laboral).

10.1. Recurso de suplicación

De acuerdo con el artículo 64.8 párrafo primero de la Ley Concursal, el recurso de suplicación y demás previstos en la legislación laboral, no tendrán efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni en los incidentes concursales.

El recurso de suplicación se tramitará conforme a las normas de la Ley de Procedimiento Laboral, contenidas en los artículos 188 y siguientes.

Cuando se trate de impugnar la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, el recurso procedente es el de suplicación, y considero que la legitimación la ostentan la administración concursal, el concursado y los trabajadores a través de sus representantes. Si hay representación unitaria o sindical, se excluye la legitimación de los trabajadores a título individual, que sólo podrán accionar a través del incidente concursal laboral.

Sobre la posibilidad de accionar contra el Auto del juez del concurso mediante el recurso de suplicación y mediante el incidente concursal laboral, se ha pronunciado el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, en sentencia de 24 de junio de 2006 autos 19/2004, en los siguientes términos: *“No es por tanto una doble vía para solicitar lo mismo o para impugnar el mismo objeto del proceso sino que es realmente diferente pues en la primera se plantea la misma suspensión, extinción o modificación colectivas laborales concursales, su necesidad, su formalización, el cumplimiento de las formalidades, etc. Y la segunda va referida exclusivamente a aspectos concretos individuales de uno o varios trabajadores que parten de esa modificación, suspensión o extinción colectivas pero que no ven reconocidos sus aspectos jurídicos-individuales en relación a su contrato, convenio, acuerdos, normativa legal vigente, etc”* .

En la citada resolución del Juzgado de lo Mercantil de Málaga se plantea la posibilidad de accionar contra el Auto por los trabajadores que no han sido incluidos, y distingue entre:

– Los trabajadores que, siendo reconocidos como tales, no sean incluidos en las medidas de suspensión, extinción o modificación colectivas concursales.

En este caso, según el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga, será posible la impugnación del Auto no por la vía de su relación jurídica-individual que no ha sido puesta en entredicho ni aún tratada en la citada resolución, sino por la vía del recurso de suplicación que abre el art. 64.8 de la Ley Concursal en su primer párrafo contra el Auto que resuelve. Discrepo de este criterio, y considero que el trabajador debería impugnar su exclusión mediante el incidente concursal laboral, por ejemplo, en casos de falta de inclusión por estar en incapacidad temporal.

– Los trabajadores que, no siendo reconocidos como tales, no sean, por tanto, incluidos en dichas medidas colectivas. En este supuesto la única posibilidad es acudir a los Juzgados de lo social pues son estos los únicos competentes para resolver dicha cuestión al amparo de lo previsto en los artículos 8.2. y 64 de la Ley Concursal, que limita la actuación del Juez del concurso sólo a dichas medidas colectivas y a la impugnación mediante la vía de la relación jurídica individual de la que partimos en la resolución dictada al resolver la misma. Comparto este criterio, ya que el Juez del concurso no puede pronunciarse sobre la pertenencia a la empresa del trabajador.

En cuanto a la legitimación para recurrir, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 6 de febrero de 2006 Rec. 2823/06, que estima que la legitimación para recurrir el Auto que resuelva el citado expediente se deberá determinar conforme a lo dispuesto por el art. 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuye el derecho a formular los recursos legalmente establecidos a quienes tengan la condición de parte en el proceso en el que se haya dictado la resolución judicial que les perjudica. Ello supone que los sujetos legitimados para recurrir el auto del Juzgado de lo Mercantil sean quienes estando legitimados para intervenir en el expediente de extinción de acuerdo con lo previsto en la Ley Concursal hayan sufrido un gravamen efectivo como consecuencia de aquél. La legitimación para intervenir como parte en el susodicho expediente la ostentan, según resulta de los artículos 64 y 184.1 de la Ley Concursal, de acuerdo con su naturaleza colectiva, el deudor, la administración concursal, los representantes de los trabajadores y el FOGASA, sin perjuicio de la posible participación, en su caso, de otros sujetos personados en el concurso cuya intervención en el expediente haya sido autorizada judicialmente por acreditar un interés legítimo. En su consecuencia, los trabajadores directamente implicados en el expediente carecerán de legitimación para recurrir el auto que le pone fin, salvo que hayan sido admitidos como parte, y sólo podrán combatirlo en aquellos aspectos estrictamente referidos a su relación jurídica individual a través del cauce específico regulado en el artículo 195 de la Ley Concursal, es decir, promoviendo un incidente concursal laboral.

En el mismo sentido, la Sentencia de 19 de mayo de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que niega la legitimación para recurrir en suplicación de los trabajadores individualmente considerados, Pero en este caso, se plantea además, otra cuestión, pues la parte recurrente alega que tienen legitimación para recurrir, ya que en la empresa declarada en concurso no había representantes de los trabajadores, es decir, ni Comité de Empresa, ni Delegados de Personal. La sentencia declara que esta circunstancia no desvirtúa la falta de legitimación activa para recurrir en suplicación de los trabajadores individuales afectados por el expediente judicial de regulación de empleo. El artículo 4 del Real Decreto 43/1996 de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, al regular la legitimación, establece que estarán legitimados para intervenir en el procedimiento de regulación de empleo los sujetos señalados en el artículo anterior -la empresa y los trabajadores a través de sus respectivos representantes legales-. En caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la Autoridad Laboral entenderá las sucesivas actuaciones. Y, en ese supuesto, los trabajadores afectados habían designado unos representantes que actuaron como tales en la fase de consultas.

En igual sentido, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 18 de octubre de 2007, autos 523,4,8,5/2006, que considera que sólo los representantes de los trabajadores están legitimados para recurrir en suplicación el Auto del artículo 64.7 de la Ley Concursal.

En conclusión, estimo que sólo pueden impugnar en suplicación los trabajadores a través de sus representantes, sin que ostenten legitimación a título individual. Si carecían de órgano de representación, podrán impugnar los trabajadores designados para intervenir en el expediente conforme al artículo 4 del RD 43/1996. Los trabajadores a título individual no pueden recurrir en suplicación, y considero que los trabajadores de la empresa no incluidos en el expediente tienen legitimación para accionar mediante el incidente concursal laboral.

10.2. Incidente concursal laboral

10.2.1. *Legitimación*

El incidente concursal laboral es la vía otorgada por el legislador concursal a los trabajadores individuales afectados por el Auto que acuerda la modificación sustancial, la suspensión o la extinción colectiva de los contratos de trabajo, para impugnar aquellas cuestiones que afecten a su relación laboral individual, de conformidad con el artículo 64.8 párrafo segundo de la Ley

Concursal. La sentencia que recaiga en el incidente concursal será recurrible en suplicación. Por lo tanto, cabe recurso de suplicación contra el Auto que acuerde la extinción o suspensión colectivas y, contra la Sentencia que resuelva el incidente concursal laboral. Las diferencias entre ambos recursos de suplicación, - como ha quedado esbozado en el epígrafe precedente -, afectan a la legitimación activa para recurrir y al objeto del recurso de suplicación, como pone de manifiesto la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 23 de julio de 2007, autos 260/07.

En cuanto a la legitimación activa, el recurso de suplicación frente al Auto del Juez del Concurso que acuerda la modificación sustancial, la suspensión o extinción colectiva, corresponde al empresario concursado, a la representación de los trabajadores y a la administración concursal, a tenor del artículo 64.2 de la Ley Concursal. Por el contrario, la legitimación activa para formular la demanda incidental del incidente concursal laboral viene atribuida por el artículo 64.8, en relación con el artículo 195 de la Ley Concursal, a los trabajadores afectados por el expediente judicial de regulación de empleo. Y, precisamente, ostentan legitimación pasiva, es decir, intervienen como demandados, el empresario concursado y la administración concursal. La intervención del Fondo de Garantía Salarial como parte está prevista en el artículo 184.1 de la Ley Concursal, cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. El recurso de suplicación frente a la sentencia que recaiga en el incidente podrá interponerse por el demandante o por los demandados.

Los trabajadores no incluidos en el expediente pueden solicitar por la vía del incidente concursal laboral la inclusión y el juez deberá incluirlo. En este sentido, las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria-Gazteiz de 19 de diciembre de 2005 y del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz de 26 de septiembre de 2007. En contra, como se ha señalado, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Málaga de 24 de junio de 2006 autos 19/2004, que considera que el recurso procedente es el de suplicación.

10.2.2. **Ámbito objetivo**

El ámbito objetivo de la impugnación del Auto que acuerda el expediente judicial de regulación de empleo mediante el recurso de suplicación y el del incidente concursal laboral no coinciden. El recurso de suplicación contra el Auto del expediente judicial de regulación de empleo, generalmente, tiene por objeto la infracción de las normas reguladoras del expediente o, la invocación de la improcedencia de la medida adoptada por falta de causa legal. De este modo, los representantes de los trabajadores, que ostentan una legitimación colectiva, no podrán impugnar cuestiones que afecten a la relación laboral individual de cada trabajador. Y, en el caso excepcional en el que el trabajador individual haya sido admi-

tido como tercero interesado en el expediente, sólo podrá invocar aquellos aspectos relativos a la defensa de su relación laboral y, no los que afecten a los intereses colectivos. Y como declara la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao de 23 de julio de 2007 el objeto propio de las demandas del incidente concursal laboral lo constituyen, entre otros, las reclamaciones por el «quantum» de la indemnización, la preferencia legal o convencional para no ser despedido, suspendido o trasladado (representación de los trabajadores, minusvalía, familia numerosa, etc.), el derecho de traslado del cónyuge, o la selección del trabajador como afectado por la medida con vulneración del derecho de libertad sindical y demás fundamentales. De lo expuesto, se ha de concluir que no entran dentro del ámbito objetivo del incidente concursal laboral las acciones individuales encaminadas a impugnar la validez del acuerdo colectivo, ni la adecuación de las medidas acordadas judicialmente, aspectos propios del recurso de suplicación frente al Auto que resuelve el expediente judicial de regulación de empleo y no frente a la sentencia que recaiga en el incidente concursal laboral.

Por lo tanto, en el incidente concursal laboral, el trabajador sólo puede ejercitar la acción sobre cuestiones relativas a su relación jurídica individual. Cabría plantearse si es necesario que en el Auto dictado en el expediente judicial de regulación de empleo, conste la existencia del vínculo laboral, o el trabajador que no ha sido incluido en la lista puede acudir a la vía del incidente concursal laboral, para conseguir su inclusión en la lista de los trabajadores afectados por el expediente. En este sentido, las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil de Málaga de 17 de julio de 2006 y de 24 de abril de 2006, que consideran que un trabajador que no ha sido incluido en el expediente judicial de regulación de empleo, ha de acudir a la jurisdicción social, que es la competente para resolver sobre la existencia o no de la relación laboral, criterio, del que como se ha expuesto, discrepo.

10.2.3. El plazo para interponer la demanda del incidente concursal laboral

La Ley Concursal omite el plazo para la interposición del incidente concursal laboral, por lo que se suscita la duda sobre si el plazo ha de ser el plazo de caducidad de 20 días del artículo 59 apartados 3º y 4º de la Ley de Procedimiento Laboral, o el de un mes previsto para el recurso de alzada en el artículo 115 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Al tratarse de un procedimiento judicial, hay que atenerse a los plazos de ejercicio de las acciones laborales, pero discriminando en función del contenido de la impugnación: 20 días de caducidad cuando se impugne la decisión extintiva, suspensiva o modificativa, y el plazo general de prescripción de un año para otros supuestos (Desdorado/Orellana, 2007: 165).

BIBLIOGRAFIA

- AAVV (A. ROJO y E. BELTRÁN, direct.): “Comentario de la Ley Concursal”, Editorial Civitas Thomson, 1ª edición 2004.
- AAVV (GUILARTE GUTIERREZ, VICENTE y SÁNCHEZ CALERO, JUAN, directores): “Comentarios a la legislación concursal” Editorial Lex Nova, 1ª edición, octubre 2004.
- AAVV (JUANA PULGAR y otros, direct.): “Comentarios a la Legislación Concursal” Editorial Dikinson, Madrid 2004.
- AAVV (BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, coord.): “Comentarios a la Ley Concursal”, Tomo I, Edit. Tecnos, Madrid 2004, pág. 30.
- AAVV (A. SALA, F. MERCADAL Y J.A. CUEVILLAS, coord.): “Nueva Ley Concursal”, Editorial Bosch, 2ª edición, Barcelona, 2004.
- AAVV: “Reforma concursal” Dossier Práctico. Francis Lefevre.
- AAVV: “La nueva Ley Concursal”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ 2003, XVIII.
- AAVV: “La nueva Ley Concursal”, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ 2004, nº 59.
- AAVV: “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil”. Valencia 2008. Editorial Tirant Lo Blanch.
- AAVV (García Perrote, coord.): “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social”, Editorial Lex Nova, 2004
- ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales de la Ley Concursal”, Tirant Lo Blanch, Valencia 2004.
- ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, JAIME: “Nueva Ley Concursal”, 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona 2004,
- BARRIO CALLE, M.A. y LOUSADA ANCHORENA, J.F.: “El contencioso social en el concurso de acreedores: aspectos procesales” Actualidad Laboral, nº 13 2005.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Economía social y salvamento de empresas. La Ley Concursal como telón de fondo.”, Revista General de Trabajo y Seguridad Social, Iustel nº 4/2003.
- DESDENTADO BONETE, A. y ORELLANA CANO, N.: “Los trabajadores ante el concurso. Guía práctica para laboristas”, Editorial Bomarzo, 1ª edición 2007.
- DÍAZ DE RABAGO VILLAR, M: “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”, Aranzadi Social nº 17 2003.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS: “Algunas cuestiones sobre la petición de concurso voluntario”, en RCP, núm. 1, 2004, pags. 75 y ss, y AAVV (JUANA PULGAR y otros, direct.): “Comentarios a la Legislación Concursal” Editorial Dikinson, Madrid 2004, pág. 321

- M. FERNÁNDEZ PRIETO, *La transmisión de empresas en crisis*, Murcia (Laborum), 2004
- MERCADER y ALAMEDA, Comentario a los arts. 64 y 65 en AAVV AAVV (A. ROJO y E. BELTRÁN, direct.): “Comentario de la Ley Concursal”, Editorial Civitas Thomson, 1ª edición 2004.
- MOLINER TAMBORERO, G: “Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción”, en AAVV (García Perrote, coord.): “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social”, Editorial Lex Nova, 2004, págs. 32 a 173)
- ORELLANA CANO, A., “Cuestiones laborales y de Seguridad Social en la normativa concursal” en AAVV: “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil”. Valencia, 2008, Editorial Tirant Lo Blanch.
- ORELLANA CANO, N.: “El concurso de acreedores y las prestaciones y créditos de la Seguridad Social”, en AAVV, “Aspectos y cuestiones actuales de Seguridad Social”, C.G.P.J, Madrid, 2005.
- ORELLANA CANO, N: “Presupuestos de la declaración de concurso”, en AAVV: “Competencias de los Juzgados de lo Mercantil”. Valencia 2008. Editorial Tirant Lo Blanch.
- PULGAR EZQUERRA, J.: “La declaración del concurso de acreedores”, Editorial La Ley, Madrid, 1ª edición, noviembre de 2005.
- RIOS SALMERON, B: “La nueva Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”. AL, nº 21, 2003
- RIOS SALMERON, B. y LIMON LUQUE, M.A. “Insolvencia y derechos de los trabajadores: Un análisis comparado”, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, nº 5, 2006.
- RIOS SALMERON, B y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “El expediente judicial de regulación de empleo”, en AAVV (Borrajo Dacruz, dir.), “Nueva sociedad y Derecho del Trabajo. MTASS/La Ley, Madrid, 2004.
- S. DEL REY GUANTER y M. LUQUE PARRA, “La transmisión de empresas en situaciones concursales”, *Relaciones Laborales*, 2003.

EL PLAN SOCIAL OBLIGATORIO PARA LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES SOCIALMENTE RESPONSABLES

JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido colectivo, plan social

En época de crisis económica las empresas optan por reajustar su plantilla para reducir costes y una de las vías más habituales para hacerlo son los expedientes de regulación de empleo. La autoridad laboral ostenta la competencia de autorizar los despidos siempre que concurra causa suficiente que los justifique y se cumpla el procedimiento administrativo establecido al efecto. Existe, por tanto, un control público de los despidos colectivos siempre que no se haya producido acuerdo previo en el periodo de consultas, en cuyo caso, sólo deberá limitarse la Administración a comprobar que el acuerdo no incurre en ninguna situación de fraude, dolo o coacción o abuso de derecho. Pero el elevado porcentaje de expedientes acordados impide el control causal y procedimental de los despidos, así como el cumplimiento de obligaciones tan importantes como el plan social, que trata de minimizar los negativos efectos que las reducciones de plantilla tienen sobre el mercado de trabajo en aquellos supuestos en los que sea posible adoptar medidas alternativas a las extinciones. Ante esta situación y a la vista del escaso contenido que seguimos advirtiendo en los planes sociales, entendemos que sería importante una reforma legal que persiguiera la perfección y control del plan social.

ABSTRACT

Key Words: Collective dismissal, social plan

During economic crisis, companies adjust their workforce to reduce costs, and one of the most common used ways of adjustment is collective dismissal. The labour Authority is legitimised to approve such dismissals, but this shall be justified and an administrative procedure must be followed. Therefore, collective dismissals are monitored by the public entities in cases where an agreement was not reached during consultation period, and in such situation, the Administration shall ensure that such agreement has not fraud; it is false, coercive or has any rights abuse. The high percentage of collective dismissal settlement provoked the current situation which is somehow out of control. Indeed, there is lack of control to supervise the reasons for dismissal or how redundancy procedure takes place. And also there is no monitoring over implementation of the social plans which aim to reduce lay-offs' negative effects in the labour market or to examine -at least- other alternative solutions contrary to collective dismissal. Currently, the increased number of collective dismissal and lack of public control due to previous agreements, clearly indicates, that there is an urgent need for a legal reform to ensure the implementation and protection of social plans.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS EXIGENCIAS COMUNITARIAS DE ANTICIPACIÓN O ACOPIAMIENTO DE LAS DECISIONES DE REAJUSTE DE PLANTILLA
3. LA NECESIDAD DE AMPLIAR LAS FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS: LA MEDIACIÓN EN EL PLAN SOCIAL
 - 3.1. Una reestructuración socialmente responsable necesita un auténtico plan social
 - 3.2. Contenido de los planes sociales
 - 3.2.1. Medidas que repercuten positivamente sobre el mercado de trabajo
 - 3.2.2. Medidas que repercuten individualmente sobre la situación personal o profesional del trabajador
4. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Una de las causas que más reducciones de empleo ha provocado en el último año es la económica, en concreto, los aspectos relacionados con problemas de tesorería o financiación junto con la restricción de la demanda y la rescisión de contratos¹. Las empresas en crisis suelen optar, fundamentalmente, por tamaños más competitivos para vender mejor su producto, como serían las fusiones, deslocalizaciones, outsourcing, traspasos, etc., más que por inversiones en calidad, en innovación o en desarrollo de la productividad. Otra de las razones que han justificado un importante número de desempleados son las de origen técnico, especialmente las relacionadas con la innovación tecnológica. La difusión de nuevas tecnologías de la información y la comunicación hace que los intercambios internacionales y la coordinación de la producción sean más rápidos y muy poco costosos, generando al mismo tiempo nuevas aplicaciones que repercuten negativamente sobre el empleo. Así pues, las reestructuraciones empresariales, ya obedezcan a razones de índole económica, como técnica, organizativa o de producción acaban teniendo repercusiones directas y negativas sobre los recursos humanos de las empresas².

¹ La mayoría de los datos que se aportan a este estudio en relación a expedientes de regulación de empleo, en general, y a planes sociales, en particular, se han obtenido de una investigación llevada a cabo en la Dirección General de Trabajo (DGT) dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración. En la citada Dirección General se han revisado los expedientes de regulación de empleo presentados en los últimos dos años –2007 y 2008– correspondientes a empresas que tienen centros de trabajo en diferentes Comunidades Autónomas y, por tanto, de importantes dimensiones. La fuente de información impide conocer la realidad de las pequeñas y medianas empresas que no suelen acudir a la DGT, pero dado que nuestro objeto de estudio es el plan social y éste sólo es exigible en las empresas de más de 50 trabajadores, esta fuente se convierte en un buen ámbito para su estudio.

² En este sentido ya se pronunció acertadamente J. P. LANDA ZAPIRAIN en “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las rees-

El negativo efecto que las reestructuraciones tienen sobre el empleo provoca que un importante número de ellas se lleven a cabo a través de expedientes de regulación de empleo (en adelante EREs). A estos efectos hay que señalar que en 2007 se produjeron 4.020 EREs que afectaron a 76.042 trabajadores y de enero a octubre de 2008 se han presentado 4.267 EREs, repercutiendo sobre 93.428 trabajadores³, lo que significa que en este último año alrededor de 100.000 trabajadores se han visto incurso en un despido colectivo. La mayoría de los expedientes que se presentan son de carácter extintivo, provocando efectos cuantitativos negativos sobre el mercado de trabajo, pero también se plantean para suspender la relación laboral y reducir temporalmente la jornada de trabajo. En cualquier caso, es importante relativizar las afirmaciones o conclusiones contenidas en este estudio porque sólo se ocupa de una pequeña parte de los despidos que se producen en nuestro país, dado que sólo del 3,5 al 4 % de los desempleados se han visto afectados por un ERE.

Otro dato de relevancia es que este trabajo se ciñe únicamente a un aspecto específico de los despidos colectivos que se tramitan a través de un ERE ante la Administración laboral no a los que se resuelven ante el juez en los concursos de acreedores, regulados en la Ley Concursal (Ley 22/2003 de 9 de julio que ha derogado el apartado 10º del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores sobre el régimen administrativo específico previsto para los despidos colectivos que se produzcan en empresas en situación de insolvencia declarada judicialmente). En particular, nos centraremos en la figura del plan social, que se introdujo por primera vez en la Ley 11/1994, y que viene a mitigar los negativos efectos que los EREs tienen sobre el mercado de trabajo. Dicha exigencia está desarrollada en el art. 6.1.c) del RD 43/96, 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, que especifica el objetivo y posible contenido de dicho plan al señalar que debe contemplar “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

reestructuraciones de empresas”, *Relaciones Laborales*, nº 6, 2005, p. 16. En torno a las consecuencias sobre el empleo y la forma de limitarlas véase la Comunicación de la Comisión – Reestructuraciones y empleo – Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea. COM/2005/0120 final de 31 de marzo de 2005.

³ Datos obtenidos de la página <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>.

trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza”.

2. LAS EXIGENCIAS COMUNITARIAS DE ANTICIPACIÓN O ACOPAÑAMIENTO DE LAS DECISIONES DE REAJUSTE DE PLANTILLA

La Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1988, por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, ya requería en su art. 2.2 que las consultas versaran, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o a la reconversión de los trabajadores despedidos. La tutela de esta norma comunitaria está fundada sobre medidas de carácter preventivo, que exigen la intervención de los representantes legales de los trabajadores y de la Administración laboral antes de que las extinciones sean efectuadas por el empresario⁴. La actuación de dichos sujetos no impide la unilateralidad de la decisión empresarial, puesto que independientemente de cual sea el resultado de las consultas o la decisión administrativa, el empresario podrá ejecutar los despidos proyectados⁵. Sin embargo, dicha unilateralidad no resta importancia a los requisitos procedimentales previos al despido colectivo, en tanto que, si bien la Directiva no restringe

⁴ La Directiva cumple las previsiones del Convenio 158 OIT que establece expresamente en su art. 13: “Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos: a) proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el periodo durante el cual habrán de llevarse a cabo dichas terminaciones; b) de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos”.

⁵ Precisamente una de las notas que caracterizan a la intervención comunitaria es el respeto al poder decisonal del empresario en los procesos de reestructuración empresarial. Pero ello no significa que la Directiva trate tan sólo de ordenar algunos aspectos relativos a las consecuencias laborales de estas decisiones empresariales, porque procedimentaliza el despido colectivo, estableciendo unas exigencias en cuanto a la forma en la que éste debe producirse, sin llegar a coartar la libertad del empresario de definir el tamaño de su plantilla mediante este tipo de despidos: M. C. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, “La reforma de las Directivas sobre reestructuración empresarial”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 1999, p. 93.

directamente el poder empresarial, impidiendo los despidos cuando no se alcance acuerdo⁶ o se manifieste en contra la Administración laboral, sí lo hace de modo indirecto, al imponer al empresario la negociación con los representantes legales de los trabajadores, en torno a las causas y sus efectos sobre la plantilla y la obligación de comunicar su proyecto a la Autoridad laboral. Así pues, sin determinar aún el grado de vinculabilidad que concede la norma a la negociación con los representantes de los trabajadores, hay que avanzar que éste es un importante instrumento de limitación de la decisión empresarial⁷, porque el empresario deberá negociar no sólo el número de extinciones que propone sino, lo que es más importante, las alternativas a los despidos o medidas de acompañamiento que ofrece a los trabajadores para reducir el número de afectados por las extinciones o, al menos, mitigar los negativos efectos que el despido tiene sobre ellos.

Los despidos colectivos según se ordenan en la norma comunitaria, no quedan al arbitrio del empresario pero tampoco están sometidos a una autorización administrativa, como sucede en nuestro ordenamiento, sí están limitados por la negociación en el periodo de consultas en el que deberá debatirse otras alternativas empresariales menos graves que las extinciones para lo que será importante anticiparse en la reestructuración.

En este sentido se pronuncia la Comisión en una Comunicación sobre «Reestructuraciones y empleo –Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea–⁸, insertada plenamente en las directrices marcadas por la Estrategia de Lisboa⁹, donde se proponen una serie de medidas para responder a los costes sociales y económicos de las reestructuraciones realizadas por las empresas europeas. En ella se declara que cuando los ajustes de plantilla sean indispensables para la supervivencia y el desarrollo de las empresas, se trate de conseguir que los efectos sobre el empleo y las condiciones de trabajo sean lo más transitorios y limitados posibles. Reconociendo que sólo desde la anticipación en la gestión empresa-

⁶ De acuerdo con J. CRUZ VILLALÓN en que el hecho de que los representantes legales de los trabajadores no tengan facultad de veto o la Administración laboral no tenga poder de autorización no es suficiente para infravalorarla: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas Laborales*, nº 44, 1997, p. 57.

⁷ Como dice J. CRUZ VILLALÓN a través de este precepto se consigue una limitación significativa de la discrecionalidad del empleador: “La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la Legislación española”, *Noticias CEE*, nº 40, 1988, p. 97.

⁸ COM 2005 (120 final), de 31 de Marzo de 2005.

⁹ Comunicación al Consejo Europeo de primavera de 2 de febrero de 2005, «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo – Relanzamiento de la estrategia de Lisboa». Comunicación del Presidente Barroso de común acuerdo con el Vicepresidente Verheugen, COM (2005) 24 final.

rial se podrían limitar los negativos efectos que tienen los despidos colectivos sobre el mercado de trabajo.

En definitiva, la Unión Europea propone a los empresarios adelantarse a las graves situaciones empresariales que puedan conllevar despidos colectivos y a este fin plantea un modelo de producción que repose en la investigación, la innovación y la capacidad de adaptabilidad de nuestros trabajadores e implique, entre otras muchas cosas, invertir en capital humano a lo largo de toda la vida, a fin de desarrollar su capacidad de adaptación y de inserción profesional. Con este objetivo, es fundamental hacer participar a los trabajadores en la gestión de los cambios, implicándoles en la vida de las empresas, a través de una política de compromiso social activo¹⁰.

En este informe la Comisión manifiesta su convicción de que las reestructuraciones no tienen por qué ser sinónimo de retroceso social y de pérdida de sustancia económica, pudiendo ser garantes del progreso económico y social, a condición de que se anticipen debidamente, de que las empresas puedan administrarlas con eficacia y rapidez, y de que la acción pública contribuya a acompañarlas en buenas condiciones.

Desde la Unión Europea se afirma que una política destinada a contrarrestar el cambio o a congelar las estructuras económicas no haría más que aplazar el problema y ampliar sus efectos negativos, sólo favorecería una ralentización de la innovación y una pérdida de competitividad de las empresas europeas. Por esta razón, la solución no está en el establecimiento de trabas que dificulten la puesta en marcha de las decisiones empresariales sino en intentar: primero, que las reestructuraciones no impliquen una destrucción de capital humano; segundo, que todas las partes interesadas participen en la reestructuración; tercero, que se tenga en cuenta la dimensión territorial, porque es a nivel local donde la anticipación del cambio es más eficaz.

La misma preocupación por el mercado de trabajo y por disminuir los efectos que tienen sobre él los ajustes de plantilla muestra el Consejo de la Unión Europea en el marco del discurso de la flexiguridad, en un documento relativo a la “Aplicación de los principios comunes de flexiguridad en el marco del ciclo 2008–2010 de la Estrategia de Lisboa. – Informe de la Misión para la Flexiguridad, de 9 de diciembre de 2008”¹¹. En él se ha replanteado de nuevo la necesidad de buscar alternativas frente a los despidos para evitar que los trabajadores que han perdido su empleo en las reestructuraciones económicas

¹⁰ Así se pronuncia J. P. LANDA ZAPIRAIN refiriéndose a cómo debe actuarse para intervenir de forma anticipada a las situaciones de crisis: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente...”, op. cit., p.20.

¹¹ Puede revisarse en: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st17/st17047.es08.pdf>.

puedan quedar atrapados en un desempleo de larga duración. En este discurso se cita, a modo de ejemplo, el caso finlandés que desarrolló un modelo de “seguridad frente al cambio”, con objeto de respaldar la reconversión de trabajadores despedidos por razones económicas. Dichos trabajadores tienen derecho a días de permiso durante el período de preaviso, con objeto de que puedan buscar empleo; asimismo, reciben indemnizaciones por despido más elevadas y disponen de un programa específico de formación y de búsqueda de empleo puesto en práctica por los servicios públicos de empleo.

En definitiva, desde que la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998 se preocupara por la reducción de los negativos efectos de las reestructuraciones empresariales que implicaran reducciones de plantilla e introdujera la obligación de las medidas sociales de acompañamiento hasta las últimas Comunicaciones de la Comisión que han insistido en la importancia de la anticipación de la gestión empresarial para evitar los graves efectos que dichas reestructuraciones tienen sobre el empleo, así como en la necesidad de no impedirlos o poner excesivas trabas porque ello sólo conseguiría aplazar el problema y ampliar sus efectos negativos, ha transcurrido un importante periodo de tiempo, que no ha sido suficiente para llegar a calar o surtir los efectos deseados en nuestro sistema.

3. LA NECESIDAD DE AMPLIAR LAS FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS: LA MEDIACIÓN EN EL PLAN SOCIAL

La función atribuida a la Administración pública de control de la decisión empresarial de despido colectivo ha sido tradicionalmente muy discutida por la doctrina de este país, sin embargo, no se trata de plantear en este trabajo la legitimidad de la participación pública en este tipo de decisiones empresariales sino la validez de su papel interventor en la gestión de las reestructuraciones empresariales¹² y, sobre todo, su capacidad de control de las consecuencias que pueden tener ciertas decisiones de despido colectivo sobre los fondos públicos.

¹² En torno a la escasa operatividad de la autorización administrativa se pronuncian, J. P. LANDA ZAPIRAIN “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las reestructuraciones de empresas”, *Relaciones Laborales*, nº 6, 2005 o M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, “Despidos colectivos y autorización administrativa”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2009, p.8, www.laleylaboral.com. Este último autor dice expresamente “El control de la Administración se ha restringido sensiblemente convirtiéndose en “un procedimiento de verificación (...) de carácter reglado”, sin que las Administraciones dispongan de facultades discrecionales que le permitan oponerse a los despidos ni tampoco arbitrar o solucionar conflictos entre intereses de los empresarios y trabajadores al margen de las causas establecidas por el legislador...”.

El control administrativo autorizatorio de la decisión empresarial de despido colectivo que se lleva a cabo en nuestro país no es habitual en los países de nuestro entorno. De las diferentes razones que justifican su existencia una de ellas es la necesidad de controlar el gasto público que puede suponer un despido colectivo, en tanto que el papel de la Administración es vigilar la existencia de causa suficiente para despedir, de forma que si no está justificada adecuadamente la decisión extintiva, no se le permitirá llevarla a cabo, salvo que se haya alcanzado acuerdo previo.

La práctica de los últimos años nos demuestra que autoridad laboral apenas interviene en las decisiones de despido colectivo porque la gran mayoría de las autorizaciones que concede se fundamentan en acuerdos colectivos previos obtenidos durante el periodo de consultas y en los escasos expedientes en los que tal acuerdo no existe, son muy raras las ocasiones, en las que tras el oportuno control público de la causa alegada, la Administración deniega la solicitud de despido¹³. De hecho, prevalecen los despidos colectivos acordados, y en ellos la capacidad de intervención de la autoridad laboral es prácticamente nula, porque debe limitarse a autorizar las medidas acordadas, salvo que el acuerdo tenga algún vicio de fondo o de forma que permita su no ratificación y su remisión a la autoridad judicial. Ello significa que el plan social tiene el contenido que han decidido las partes interesadas, que veremos no siempre atiende a los objetivos legalmente establecidos en el art.6.1.c) RD 43/96.

En 2007 se pactaron 3.163 EREs lo que significa que sólo 631 acabaron sin acuerdo (de los cuales 136 ERE son desistidos y 96 no se autorizan) y de los presentados hasta octubre de 2008 hay que resaltar que 3.421 fueron pactados y sólo 436 se presentaron sin acuerdo (de los cuales 130 se desisten y 198 no se autorizan)¹⁴. Estos datos muestran que la representación legal de los trabajadores y la autonomía colectiva juegan un papel fundamental en el expediente de regulación de empleo, por lo que éste es un espacio en el que debería desempeñar también un papel la Autoridad laboral, como ya sucede en otros países de nuestro entorno.

Alcanzado el acuerdo, conforme a lo previsto en el artículo 51.4 ET, se debe proceder a autorizar a la empresa, salvo que de oficio o a instancia de parte se observe fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, en cuyo caso, deberá remitirlo a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. También deberá actuar así, cuando de oficio o a petición de la

¹³ El porcentaje de los EREs denegados disminuye cuando se computan sólo los extintivos porque después de revisar todos los presentados estos último dos años ante la Dirección General de Trabajo hay que decir que menos de 10 han sido rechazados.

¹⁴ Las citadas cifras se pueden consultar en <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>

entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados dada la inexistencia de causa.

Sólo en esta última causa de impugnación basada en la sospecha de la “inexistencia de causa motivadora de la situación legal de desempleo”, podrían los Tribunales revisar el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas desde una perspectiva causal, lo cual era imposible realizar dentro del procedimiento de oficio¹⁵. A través de esta disposición normativa se impiden aquellos supuestos de despido colectivo cuyo fin no es contribuir a superar una situación económica negativa o garantizar la futura viabilidad de la empresa y la estabilidad en el empleo sino alcanzar otros fines empresariales que no están protegidos por el precepto legal¹⁶. El ordenamiento salvaguarda los intereses públicos de actuaciones fraudulentas de los empresarios, en concreto, de aquellos que pretendan beneficiarse de las consecuencias derivadas del procedimiento de despido colectivo sin que concurra causa legal que lo justifique.

Las dificultades de control surgen precisamente con los expedientes de regulación de empleo basados formalmente en alguna de las causas del art. 51 ET, aunque en la práctica tal causa no concurra, sino el mero interés por rejuvenecer su plantilla. Nos referimos a los EREs, fundamentados en prejubilaciones y jubilaciones anticipadas, que plantean algunas empresas con beneficios. En estos expedientes se abre el debate en torno al uso que hacen estas empresas de los fondos públicos para financiar en parte sus medidas, pese a la ausencia de una situación empresarial de necesidad que justifique el recurso del empresario a los despidos colectivos.

Este tipo de prácticas son de difícil control público por diferentes motivos. El primero es la flexibilidad causal de la noción de despido colectivo del art. 51 ET que permite al empresario justificar la concurrencia de causa, incluso en situaciones en las que el único objetivo es el rejuvenecimiento de la plantilla. El segundo viene marcado por las condiciones en las que se pactan los despidos, que provocan la aceptación indubitada de los representantes legales de los trabajadores, de forma que el único control posible es el de la Adminis-

¹⁵ Esta imposibilidad fue manifestada por el TS en sentencia de 22 de febrero de 1991 (Ar. 864).

¹⁶ Respecto a esta cláusula E. GONZÁLEZ POSADA estima que la ausencia del motivo alegado no puede ser otro que la falta de involuntariedad en la pérdida del puesto de trabajo, es decir, personas sobre las que no concurren las circunstancias y requisitos exigibles al efecto, pero no la ausencia de causas económicas, organizativas, técnicas o de producción “ La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, nº 23, 1995, p. 402; M. GARCÍA FERNÁNDEZ, “La extinción de la relación laboral en la ley 11/1994, de 19 de mayo”, *Actualidad Laboral*, nº 30, 1994, p. 403.

tración pública que ante una situación de acuerdo desarrolla una actividad reglada, procediendo a dictar resolución en el plazo de quince días naturales y autorizando la extinción de las relaciones laborales, salvo que aprecie la existencia de alguno de los vicios enumerados.

Así pues, el único hecho en el que podría basarse la impugnación de este acuerdo sería en el previsto en el art. 51.5 párr. 2º ET, pero la aplicación de la estructura del fraude de ley al pacto alcanzado entre empresario y representantes de los trabajadores de un ERE se presenta compleja, pues según la estructura de este vicio, hemos de entender que la consecución de un acuerdo de despido colectivo es la norma de cobertura, a través de la cual se infringe la norma defraudada. Dicha norma de cobertura facilita una mera apariencia de legalidad no un amparo real, entonces el fraude de ley en el despido colectivo se produciría cuando el empresario, en realidad, no pudiera utilizar esa vía de extinción, aunque en su caso pueda deducirse una cierta presunción de legitimidad, produciendo la frustración de un derecho jurídico del que es titular un tercero. A tales efectos, el supuesto de fraude podría ser un mecanismo de utilidad cuando la extinción debiera instrumentalizarse a través del mutuo acuerdo entre empresario y trabajadores y a pese a ello, acudieran al expediente de regulación de empleo para asegurarse las prestaciones de la Seguridad Social¹⁷.

En suma, las dificultades de denuncia de los planes sociales fundamentados únicamente en jubilaciones anticipadas o prejubilaciones sin que, en ocasiones, concorra causa legal que los justifique, el elevado porcentaje de despidos colectivos acordados, que impiden el control público, la utilización por parte de los empresarios de vías alternativas al ERE¹⁸, y la dificultad de control de las causas alegadas en los expedientes no acordados, dada su vaguedad o imprecisión, están provocando que la Administración pública no esté cumpliendo su cometido.

Como ya se ha dicho, una de las principales razones del control administrativo de los despidos colectivos es el elevado gasto público que implican y una de las vías articuladas para limitar sus elevados costes sociales y económicos está prevista en el art. 51.4 ET y art. 6.1.c) RD 43/96. El empresario está

¹⁷ Respecto al juego que puede dar la aplicación de este vicio: J. GORELLI HERNÁNDEZ, "Las nulidades en la extinción colectiva (vías de defensa laboral ante la extinción colectiva)", *Relaciones laborales*, nº 17, 1997, p. 29.

¹⁸ Las numerosas trabas que la ley pueda imponer a las reestructuraciones empresariales que conlleven despidos no impedirán llevarlas a cabo y de las vías para evitar las dificultades legales nos habla M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, llegando a señalar que la autorización administrativa tiene un valor más simbólico que real, "Despidos colectivos y autorización...", op. cit., p.11.

obligado a buscar otras soluciones más allá de las de carácter extintivo y para ello la Ley 11/94 de 19 de mayo, introdujo la obligatoriedad de presentar un plan social en los procedimientos de regulación de empleo que afecten a empresas de más de cincuenta trabajadores. El plan se presenta inicialmente en el procedimiento de despido colectivo como una propuesta unilateral del empresario, siendo objeto de discusión y debate durante el periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, y pudiendo convertirse en su único contenido, e incluso, si las partes alcanzan un acuerdo, en la justificación de la autorización administrativa de los despidos, y todo ello sin que la Autoridad laboral pueda constatar la existencia de causa suficiente o el cumplimiento de los objetivos del plan social.

Si la Autoridad laboral no interviene más que en un pequeño porcentaje de EREs no pactados, se trataría de reformar la normativa a fin de que la Administración desarrolle un papel fundamental en el plano de la perfección y garantía de los planes sociales. Una opción de reforma sería que la Administración desempeñara el papel de mediador¹⁹ entre las partes sociales durante el periodo de consultas, de forma que pudiera corroborar que las partes alcanzan un auténtico plan social con medidas adecuadas a las circunstancias de la empresa, a las del propio sector en el que se ubique y a las particularidades de los propios trabajadores afectados –tanto los que abandonen la empresa como los que se queden–, que valora los costes económicos y sociales y que opta por la solución más ventajosa para los trabajadores, en particular, y el mercado de trabajo, en general.

La otra posibilidad de reforma, menos compleja que la anterior porque no atribuye ningún papel adicional a la Administración, trataría de facilitar el acceso de la autoridad laboral al contenido del acuerdo para su posible control, eliminando las dificultades procesales que actualmente se encuentran para revisar el acuerdo por fraude de ley.

El legislador debería extender el plan social a todas las reestructuraciones empresariales en las que sea factible, independientemente del volumen de plantilla de la empresa afectada por el ERE, e imponer la exigencia de las “reestructuraciones socialmente responsables” de forma que sólo se llevaran a cabo

¹⁹ Así, por ejemplo, en Francia la autoridad administrativa controla las medidas sociales de acompañamiento y en Italia ésta hace una labor de mediación administrativa en las negociaciones. Para conocer el papel que desarrolla dicha Administración en la elaboración del plan social: G. COUTURIER, “Plans sociaux et exigences de reclassement”, *Droit Social*, n° 5, 1994, p. 442. De acuerdo con el profesor J. P. LANDA ZAPIRAIN, “relativizar el alcance de la autorización administrativa sería mejor que mantener la incertidumbre sobre la definición de la causa del despido colectivo”, en “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo...”, op. cit., p. 54.

aquellas en las que se cuidaran especialmente los negativos efectos que los EREs tienen sobre el mercado de trabajo siempre que, atendiendo a la situación empresarial, ello sea posible. Esta última tesis no es novedosa porque desde 1994, a través de los planes de acompañamiento social, ya se intentó abrir un nuevo canal de responsabilidad empresarial que limitara la capacidad organizativa del empresario. Los objetivos que persigue el plan social –de búsqueda de medidas alternativas o de medidas de acompañamiento de las extinciones– convierten a las medidas extintivas en la “última ratio”²⁰, ya que el empresario sólo podrá optar por la vía extintiva si está justificada causalmente, cumple el procedimiento establecido al efecto y, por tanto, demuestra que es imposible evitar la extinción contractual, en tanto que no existen otras medidas alternativas.

3.1. Una reestructuración socialmente responsable necesita un auténtico plan social

Una empresa con problemas de competitividad tiene varias posibilidades, optar por el aumento de su valor añadido o por la reducción de costes, y ésta última es la más acogida en los últimos tiempos. Una vez que se ha elegido la disminución de gastos el siguiente paso suele ser plantear un ERE, negociar las indemnizaciones y pagar a los despedidos, elección muy costosa para el empresario²¹, sin que por ello deje de ser la medida más veces propuesta y con mayor aceptación entre los trabajadores afectados. Numerosos EREs de los que se han presentado en los últimos dos años se han alcanzado con acuerdos basados

²⁰ En el mismo sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina francesa, entre otros L.. MALLET, B. REYNÉS, F. TEYSSIER, C. VICENS que expresamente consideran que “Les plans sociaux précisent tous par ailleurs que la mesure de réduction de l’effectif intervient comme une solution ultime après que des mesures préalables d’une grande diversité aient été prises dans l’entreprise dès l’amorce des difficultés économiques et financières”: “A quoi servent les plans sociaux?”, *Travail et Emploi*, n° 72, 1997, p. 87. Por otro lado, G. COUTURIER expone el fundamento de este principio y afirma que éste tiene su origen en la obligación contractual de las partes de ejecutar el contrato de trabajo de “buena fe”, en tanto que, en virtud de esta obligación las partes contratantes asumen un deber de colaborar con el fin de facilitar la ejecución del contrato y ello significa que el empresario antes de decidir la ruptura de la relación contractual debe buscar todas las alternativas posibles que eviten el despido: “Quel avenir pour le droit de licenciement. Perspectives d’une régulation européenne”, *Droit Social*, n° 1, 1997, p. 78.

²¹ Las cuantías económicas pueden ir desde de 57 a 62 días por año trabajado en función de cual sea su salario anual (Res. DGT 28/2008 de 19 de junio); a 45 días de salario máximo 42 mensualidades más una indemnización fija que atiende a la edad (Res. DGT 69/2008 de 21 de noviembre de 2008). Otras son menos elevadas como la contenida en la Res. DGT 72/2008 de 3 de noviembre (39 días por año máx. 30 mensualidades); o la de la Res. DGT 22/2008 de 1 de julio (40 días máx. 24 meses, con indemnizaciones mínimas garantizadas atendiendo a la edad).

únicamente en el aumento de la indemnización legalmente establecida²² o han transformado esta medida en la protagonista y en la más atractiva de las contenidas en el plan social²³. Algún plan ha llegado a convertirse en una tabla de porcentajes aplicables para el cálculo de las cuantías indemnizatorias que suelen depender de la edad del trabajador, de su antigüedad en la empresa o de su salario medio anual.

La presencia aislada de cuantías indemnizatorias en algunos planes sociales nos obliga a reflexionar en torno a si eso es un plan social, porque éste no se introdujo en la ley para convertirse en un instrumento para el incremento de la indemnización, fijada legalmente en 20 días de salario por año trabajado máximo 12 mensualidades, y además no se debe aprovechar el aumento de las cuantías para conseguir el acuerdo y así evitar el control de la causa por parte de la autoridad laboral.

Sí es cierto, que entre las medidas susceptibles de incluirse en un plan social a la luz del art. 6.1.c) RD 43/96, estaría la indemnización económica porque también consigue reducir los efectos del despido, pero nunca puede ser la única medida adoptada si no se quiere incurrir en el incumplimiento de la obligación del plan social²⁴. Hay que controlar y evitar, como ha señalado el profesor Rodríguez Piñero²⁵, que en determinados acuerdos colectivos se negocien no tanto despidos como las condiciones económicas en las que se va a llevar a cabo voluntariamente la reducción de plantilla, porque hay que recordar que el objetivo de la negociación durante el periodo de consultas es identificar soluciones beneficiosas para el colectivo de afectados y/o para el entorno socio-económico.

²² Algunos ejemplos se contienen en los planes sociales de las siguientes resoluciones de la Dirección General de Trabajo: Res. DGT 65/2008 de 6 de noviembre; Res. DGT 69/2008 de 21 de noviembre de 2008; Res. DGT 72/2008 de 3 de noviembre; Res. DGT 82/2008 de 7 de noviembre; Res. DGT 85/2008 de 5 de Noviembre; Res. DGT 51/2008 de 15 de septiembre; Res. DGT 40/2008 de 18 de agosto; Res. DGT 22/2008 de 1 de julio; Res. DGT 50/2008 de 30 de julio; Res. DGT 28/2008 de 19 de junio; Res. DGT 1/2008 de 4 de enero.

²³ Un ejemplo sería el plan social de la Res. 75/2008 de 5 de Noviembre, en el que las elevadas indemnizaciones pactadas anulan el interés de los trabajadores por otro tipo de medidas. Otros ejemplos son la Res.13/2008 de 18 de Abril, la Res. 5/2008 de 11 de Marzo, la Res. 3/2008 de 19 de Febrero o la Res. 33/2007 de 27 de Febrero, en las que los trabajadores prefieren acogerse a las medidas indemnizatorias frente a los posibles traslados indemnizados que ofrece la empresa.

²⁴ En el informe “Mejores prácticas sobre redimensionamiento empresarial” elaborado por FUNDIPE se hace referencia a la figura del plan social y al hecho de que el dinero no es una solución en sí misma. Este informe analiza nueve casos de empresas que de forma ejemplar llevan a cabo sus reestructuraciones empresariales y de plantilla. El informe se puede consultar en: <http://www.fundipe.es/archives/REDIMENSIONAMIENTO.pdf>

²⁵ “Despidos colectivos y autorización...”, op. cit., p. 5.

Los trabajadores afectados tienen derecho a la indemnización en caso de extinción de su relación contractual, pero antes tienen derecho a discutir con el empresario si ésta es la única solución para llevar a cabo la reestructuración empresarial. Es decir, el primer debate debe girar en torno a las medidas que podrían adoptarse para impedir los despidos o, en su caso, para reducirlos o disminuir sus efectos. El segundo punto del debate pueden ser las indemnizaciones económicas y su posible incremento para trabajadores que no se puedan acoger a ninguna de las medidas sociales negociadas.

Así pues, nos hallamos ante dos obligaciones empresariales independientes entre sí. La primera –la indemnización económica– no requiere acuerdo ni negociación previa porque ya viene establecida legalmente; mientras que la segunda –el plan social–, pese a ser también de obligado cumplimiento, requiere ser negociada, porque su contenido no está legalmente delimitado y, como veremos a continuación, atiende a una serie de variables que lo hacen diferente para cada empresa. Así pues, tanto la indemnización como el plan social son obligaciones del procedimiento de despido colectivo cuyo objetivo y naturaleza jurídica varían.

En cuanto al objetivo hay que decir que a través de la indemnización el ordenamiento jurídico trata de compensar al trabajador de los perjuicios económicos que le ocasiona la pérdida de salario derivada de la extinción de su contrato, la cuantía está fijada y es independiente tanto del daño profesional que sufre el trabajador como de los recursos que tenga el empresario; mientras que a través del plan social el legislador no busca el resarcimiento económico individual del trabajador sino el interés colectivo.

El origen colectivo del plan social de obligada negociación entre las partes sociales, para resolver, a su vez, un conflicto colectivo como implica una decisión empresarial reajuste de plantilla, requiere desplegar también efectos colectivos sobre los afectados, no meramente individuales. “El carácter coetáneo y masivo de los despidos y el basarse en una causa común inherente a las necesidades de la empresa, le da una dimensión colectiva, no sólo cuantitativa sino cualitativa; el despido trasciende de los despedidos, de sus contratos de trabajo, y de los intereses de las partes concretas afectadas, incide en intereses colectivos no siempre homogéneos y sobre los que la representación de los trabajadores han de buscar un difícil punto de equilibrio en el momento del control colectivo de la decisión”²⁶.

El plan social tiene un fin colectivo, minimizar el impacto social del ajuste de plantillas que se propone el empresario en una doble vertiente, por un lado,

²⁶ M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, “Despidos colectivos y autorización...”, op. cit., p. 6.

reduciendo a lo estrictamente necesario el ajuste de la plantilla decidido por el empresario, y por otro, presentando opciones al conjunto de trabajadores afectados por el despido que les faciliten su accesibilidad al mercado de trabajo. El auténtico plan social es el que atiende no sólo a las situaciones individuales de cada trabajador sino a las del colectivo y, por tanto, no se limita a aceptar la expulsión de los excedentes del mercado de trabajo a cambio de una compensación económica.

El análisis del colectivo afectado permite identificar las mejores soluciones a adoptar. Sin embargo, hay que resaltar la importancia de un análisis caso por caso, que tenga en cuenta la realidad económica del entorno, porque no basta con decidir jubilar anticipadamente a cualquier empleado mayor de 57 años u ofrecer un puesto alternativo a un trabajador de 35 años, ya que detrás del trabajador de 57 años puede existir un potencial emprendedor y detrás del empleado de 35 años, un proyecto de cambio de vida en proceso de generación.

En la práctica, lo más habitual es que si los trabajadores tienen edades próximas a la jubilación la medida preferida sea la jubilación anticipada o incluso la “prejubilación”, pero ambas medidas tienen un importante coste público que justificaría el control de su uso por parte de la empresa. No debería admitirse esta medida con trabajadores a los que aún les queda una importante vida en activo²⁷, siempre que la empresa pudiera ofrecerles otras alternativas más allá de la extinción contractual y de ello se debe ocupar el plan social.

Por lo que respecta a la diferente naturaleza jurídica de estas obligaciones hay que señalar que la obligación indemnizatoria se configura jurídicamente en nuestro ordenamiento como una “obligación de resultado” que debe cumplirse siempre que exista un despido colectivo, independientemente del número de afectados y de los recursos de la empresa, mientras que el plan social es una

²⁷ La empresa Telefónica Móviles ofrece a los trabajadores de más de 48 y menos de 52 años cuya antigüedad en la empresa sea como mínimo de 15 años un “programa de desvinculación anticipada”. Esta propuesta prevé el pago a quienes extingan su contrato de una renta mensual hasta que alcance la edad ordinaria de jubilación, los 65 años, y se efectúa en los siguientes términos: desde los 53 años (edad en que se presume que causa la baja) hasta los 61 se entiende que el afectado hubiera percibido el 70 del salario regulador, y desde los 61 a los 65 el 34 %. La suma de todas esas cantidades implicará que el afectado perciba mensualmente una renta a cargo de la empresa y su cuantía resultará de dividirla “en tantas mensualidades como medien entre el momento de su baja en la empresa y el mes inmediatamente anterior al cumplimiento de los 65 años de edad”, con la matización importante con respecto a los dos supuestos anteriores de que el salario regulador que se tendrá en cuenta “será el último percibido como empleado en activo”. El plan social se incorpora en la Res. DGT 69/2008 de 21 de noviembre y se puede revisar en la página http://www.cgt.es/telecomunicaciones/IMG/pdf/Propuesta_Empresa_1.pdf.

Un comentario interesante a este plan social puede verse en: <http://eduardorjoblog.blogspot.com/2008/10/el-plan-social-de-telefonica-mviles.html>.

“obligación de actividad o de medios” que es obligatoria siempre que la plantilla de la empresa supere los cincuenta trabajadores y el empresario disponga de los medios necesarios para llevarlo a cabo.

3.2. Contenido de los planes sociales

Este apartado abordará el contenido que se le ha atribuido a los planes sociales en los últimos dos años, bastante rico si comparamos con lo que se venía haciendo hasta hace seis o siete años²⁸ y ello sin perjuicio de que continuemos hablando de escasez de medidas, de falta de interés de los agentes sociales por discutir otros temas, más allá de las cuantías indemnizatorias, y del protagonismo que éstas cobran cuando se incluyen en un plan social. Las medidas se estudiarán de forma individualizada, exponiendo las condiciones generales en las que se negocian a fin de dar a conocer el funcionamiento de cada una de ellas, sin perjuicio de que nos detengamos en algunos detalles de interés.

Este análisis diseccionado del plan social no nos debe llevar a confusión en torno a lo que éste es: un conjunto de medidas organizadas atendiendo a la causa de la reestructuración empresarial, a las posibilidades de la empresa y del sector y a los caracteres personales y profesionales de los trabajadores afectados.

Partamos de la premisa de que un auténtico plan social sólo puede plantearlo el empresario que se anticipe en su gestión, de forma que el plan social no sólo sirva para reajustar la plantilla sino que también sea un instrumento para el empleo. En escasas ocasiones nos hemos encontrado con gestiones empresariales anticipadas en las que el plan social se convierte en un instrumento de gestión del empleo en un momento de dificultades empresariales, así por ejemplo, el plan presentado en la Res. 28/2007 de 21 de diciembre, se acuerdan 739 extinciones pero a su vez la empresa se compromete a optar por jubilaciones parciales con contratos de relevo, adopta compromisos de empleo con todos los trabajadores que queden en la plantilla después de aplicar el ERE, pacta aumentar la plantilla en 600 trabajadores en la modalidad de indefinidos con jornada variable y propone traslados definitivos o temporales –si el trabajador tuviera hijos o familiares a cargo–. Otra medida ejemplar es la contenida en la Res. 70/2008 de 14 de octubre, en la que se pacta la obligación de transformar un número importante de contratos temporales en indefinidos. Éstos son planes sociales atípicos porque el elevado número de afectados por las extin-

²⁸ J. M. SERRANO GARCÍA, *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 216 y ss.

ciones se complementa con un importante número de compromisos favorecedores del empleo.

También son escasos los planes que consiguen reducir el número de extinciones inicialmente requeridas por el empresario, es decir, aquellos en los que se negocian “recolocaciones directas”, como en los planes de la Res. 27/2007 de 12 de febrero, en la que se ofertan 217 puestos de trabajo a los que podrán optar los trabajadores para evitar la extinción de su contrato o en la Res. 18/2007 de 27 de julio, que ofrece 40 posibles recolocaciones directas –dentro de la misma empresa y fuera de ella–.

Ahora bien, dado que la anticipación en la gestión empresarial no siempre es posible y el legislador es consciente de ello, la ley no sólo se refiere al plan social que evite los despidos sino también al que reduzca sus efectos y esta segunda finalidad es la que persiguen la mayoría de los planes revisados. El plan social adjunto a la Res. DGT 29/2007 de 7 de noviembre, consigue reducir los daños que provocan las extinciones ofreciendo, por un lado, prejubilaciones a los trabajadores de edad avanzada, a aquellos que no puedan acogerse a la citada medida les ofrece una serie de recolocaciones con mantenimiento de las condiciones socio-laborales y económicas y con derecho a percibir indemnización para pagar gastos de traslado y mudanza en el caso de que se requiera y, finalmente, se pactan unas bajas incentivadas para los que no opten por ninguna de las anteriores garantizándoles una indemnización de 60 días por año con un tope de 60 mensualidades. En esta línea de limitación de efectos negativos encontramos el plan de la Res. 76/2008 de 18 de noviembre, en el que se pacta un incremento de la indemnización legal, jubilaciones anticipadas y prejubilaciones para los trabajadores de edades avanzadas, recolocaciones directas (9 concretos puestos de trabajo ofrecidos por la empresa), recolocaciones diferidas (ofertas de puestos de trabajo transcurrido un periodo de tiempo) y un servicio de outplacement para los que se acojan a las indemnizaciones²⁹.

3.2.1. *Medidas que repercuten positivamente sobre el mercado de trabajo*³⁰

La repercusión de estas medidas sobre el mercado de trabajo puede ser directa, si consigue reducir el número de afectados por el ERE, como son las

²⁹ Un contenido similar al citado contiene el plan social adjunto a la Res. 32/2008 de 31 de julio, con la particularidad de que añade la formación y reciclaje del trabajador durante el periodo de espera necesario en la recolocación diferida.

³⁰ En este apartado nos referiremos tanto a medidas contenidas en los expedientes revisados en la Dirección General de Trabajo así como a las medidas contenidas en los planes sociales estudiados en el informe de FUNDIPE “Mejores prácticas sobre redimensionamiento empresarial” publicado en <http://www.fundiipe.es/publicaciones.html>.

recolocaciones directas, la movilidad geográfica o las reducciones del tiempo de trabajo; o puede ser indirecta, en tanto que la medida, inicialmente, no evita el despido sino que lo acompaña, desplegando sus efectos en el futuro. En este segundo grupo encontramos más medidas que en el primero, tales como, las bolsas de empleo, las recolocaciones diferidas o indirectas, la externalización de actividades, el outsourcing, etc.

1. Las recolocaciones directas tienen efectos positivos inmediatos sobre el número de trabajadores afectados por un ERE porque consiguen su reducción. En algún caso los 102 trabajadores afectados inicialmente por el ERE se limitan a 84 extinciones al acogerse los trabajadores a alguno de los puestos que ofrece la empresa (Res. 76/2008 de 18 de noviembre y Res. 10 y 11/2008 de 8 de mayo). En la Res. 26/2008 de 24 de junio se hace constar expresamente que el plan social ha conseguido disminuir el número de afectados en 28 trabajadores porque éstos se han acogido a recolocaciones internas o en la Res. 18/2007 figura que la cuantía de despidos pendientes de autorización puede reducirse en 40 si los trabajadores se acogen a las recolocaciones directas que se ofertan. En algunos casos la cifra de recolocados llega hasta 217 trabajadores como sucede en la Res. 27/2007 de 12 de febrero.

El acogimiento a estas medidas impide al trabajador beneficiarse de la indemnización legal o pactada, salvo que ésta implique movilidad geográfica en la que se reconocen indemnizaciones compensatorias por traslado³¹. Sí, suelen negociarse acompañadas de otras garantías que eviten la pérdida de derechos adquiridos, garantizándoles en el nuevo puesto de trabajo el reconocimiento de la antigüedad y del salario o una compensación económica, si se produjera pérdida de ingresos³². Esta medida puede conllevar cambio del lugar de trabajo o movilidad geográfica, por ello, es habitual que se pacten con diversas variantes atendiendo a si la recolocación se produce en la misma empresa y localidad o en una diferente y dentro o fuera de la Comunidad Autónoma en la que trabajaba o incluso fuera de nuestro país (Res. 18/2008 de 4 de junio).

³¹ Si la recolocación se produce en la misma compañía y región no percibirá indemnización. Si se ofrece fuera de su Comunidad Autónoma sin movilidad internacional tendrá derecho a 24.000€. Si se ofrece un puesto de trabajo fuera de España el 50% de la indemnización pactada y tendrá diferentes periodos para incorporarse dependiendo de que el país sea o no de la UE.

Si la recolocación se produce fuera de la compañía el trabajador tendría derecho a una indemnización de 45 días de salario por año trabajado y a que el puesto ofertado fuera indefinido.

³² Res. 27/2007 de 12 de diciembre, se ofrecen una cantidad de puestos de trabajo en dos centros de trabajo diferentes. No tienen derecho a indemnización salvo que el puesto ofertado está en otra localidad y sólo percibirá indemnización si el salario a percibir fuera inferior al 10% del que recibe actualmente. En la Res. 18/2007 de 27 de julio, se pacta una compensación económica por el diferencial retributivo anual entre el salario del nuevo puesto y el que venía percibiendo a la fecha de acogimiento de la medida.

Las partes sociales negociadoras deberán poner especial atención a las condiciones en las que se negocian recolocaciones directas que impliquen novaciones contractuales porque supongan un cambio de la figura empresarial. En estos casos el trabajador que opta por la recolocación en otra empresa diferente tendrá que aceptarlo expresa e individualmente³³ y mantendrá el derecho a percibir la indemnización legal puesto que su relación laboral se extingue. Sin embargo, suele haber una renuncia del trabajador a la indemnización a cambio de otras garantías, como son: la imposibilidad de rescisión del contrato en un periodo de 3 años³⁴ o la obligación de la empresa de proporcionar un nuevo puesto trabajo si el trabajador fuera despedido por causa no imputable a su voluntad en ese periodo³⁵ o el derecho a percibir la indemnización pactada si se rescindiera el contrato de trabajo en un determinado periodo de tiempo.

2. La movilidad geográfica también evita la extinción del contrato de trabajo, sin embargo, esta medida apenas tiene éxito en los planes revisados, fundamentalmente porque es una opción más que se oferta junto a las “bajas incentivadas”, que como ya hemos señalado tiene mucha aceptación entre los trabajadores³⁶.

Ello no significa que la empresa ofrezca el traslado sin compensación económica alguna, porque habitualmente suele acompañarse de una cuantía mensual durante un periodo determinado³⁷ o de una cantidad a tanto alzado que varía en función de la distancia a la que se encuentra el nuevo puesto con respecto a su domicilio habitual³⁸.

Los traslados pueden ser consecuencia directa de otras medidas incluidas en el plan social como es el caso de la Res. 3/2008, de 19 de febrero o el de la Res.12/2007 de 27 de abril, en las que el plan contiene sólo bajas incentivadas, prejubilaciones y traslados para cubrir las vacantes que van a dejar las prejubilaciones.

El traslado puede pactarse como medida temporal o definitiva. Ambas modalidades se ofrecen en la Res. 28/2007 de 21 de diciembre, en la que el

³³ En la Res. 56/2008 de 31 de octubre el plan social contiene una subrogación empresarial.

³⁴ Res. 27/2007 de 12 de diciembre y 18/2008 de 4 de junio.

³⁵ Res. 18/2008 de 4 de junio.

³⁶ Así sucede por ejemplo en la Res. 82/2008 de 7 de noviembre o en la Res. 37/2008 de 4 de julio, en cuyos planes se pacta que el traslado es forzoso y si no acepta podrá cobrar una indemnización de 53 días por año.

³⁷ Res. 78/2008 de 25 de noviembre, en el que la movilidad geográfica se pacta con una ayuda por vivienda de 650€ durante 36 mensualidades. La Res. 5/2008 de 11 de marzo, contiene un traslado que da derecho a indemnización y ayuda a vivienda.

³⁸ En la Res. 13/2008 de 18 de abril, se pacta que si la distancia es superior a 100 km y por tanto, hay necesidad de traslado el trabajador tendrá derecho a una indemnización fija más el pago de los gastos de traslado; mientras que si ésta es inferior a 100 km. Y no existe necesidad de traslado el trabajador sólo tendrá un aumento del plus de distancia.

criterio para optar por uno u otro tipo de traslado son las cargas familiares. A fin de conciliar vida laboral y familiar se prioriza para el traslado temporal aquellos trabajadores que tengan este tipo de responsabilidades.

3. La reorganización del tiempo de trabajo a través de reajustes en la jornada también reduce el número de extinciones. Ésta medida constituye una solución temporal ante la necesidad de redimensionar el número de puestos de trabajo, por lo que el trabajador percibe la prestación de desempleo en proporción a la jornada reducida.

En algún plan social esta medida se temporalmente y en conexión con las prejubilaciones pactadas. El plan ofrece puestos con jornadas reducidas de 22 horas semanales, con garantía de una retribución mínima del 65 % del salario anterior y con prioridad para ocupar los puestos a tiempo completo que se fueran liberando con las prejubilaciones planificadas. La empresa adopta los siguientes compromisos: a) Ofrecer a cada trabajador a tiempo parcial, durante los 8 años siguientes, al menos 1 puesto a tiempo completo. El empleado puede rechazarlo y continuar en su situación a tiempo parcial, pero su negativa libera a la empresa de tener que realizarle otra oferta de estas características. b) Permitir a cada trabajador en situación de contrato a tiempo parcial, y durante 4 años, acogerse a la baja voluntaria y percibir en ese momento la indemnización correspondiente a los 45 días de salario.

La reducción de jornada no se encuentra en los planes de forma indefinida, fundamentalmente porque sólo existe protección por desempleo cuando se adopta de forma temporal, la extinción parcial del contrato no está protegida legalmente sólo la suspensión parcial del contrato, ello pese a que podría ser una buena medida y en algunos casos preferible a la extinción total.

4. Las bolsas de empleo³⁹ son compromisos de readmisión preferencial que adquiere el empresario con los trabajadores afectados por el ERE pero de resultado incierto, en tanto que el llamamiento al trabajador despedido puede producirse o no, dependiendo de las necesidades de personal de la empresa en un periodo de tiempo determinado. La aceptación por parte del trabajador de esta medida no impide la percepción de la indemnización correspondiente ni le ocasiona la devolución de ésta en el supuesto de que fuera llamado por la empresa para cubrir un puesto de trabajo (Res. 70/2008 de 20 de octubre). En algún caso (Res. 10 y 11/2008 de 8 de mayo) se pacta la devolución de una parte de la indemnización (40 %) si el nuevo empleo surge en un periodo máximo de dos años desde que se produjo el despido o se compromete a devolver el 50% de la indemnización si se produce una nueva contratación en

³⁹ Esta es la denominación que recibe en la Res. 65/2008, de 6 de noviembre.

un plazo de 12 meses desde la fecha de la extinción (78/2008 de 25 de noviembre). El compromiso de llamamiento no siempre es para trabajar en la empresa reestructurada puede ser también para hacerlo en otras empresas del grupo (Res. 73/2008 de 20 de octubre).

Algunos colectivos de trabajadores reciben un trato preferencial en estas bolsas de empleo, así en la Res.37/2008 de 4 de Julio o en la Res. 82/2008 de 7 de noviembre otorgan un trato de favor a los mayores de 50 años, que serán los primeros en recibir una oferta.

5. Las recolocaciones diferidas implican, asimismo, compromisos de la empresa reestructuradora de ofrecer uno o varios puestos de trabajo⁴⁰ durante un periodo máximo de tiempo, que suele ser dos años⁴¹ –coincidiendo con el tiempo máximo de la protección por desempleo– a un determinado número de trabajadores. La diferencia con las bolsas de empleo está en la certeza del resultado de estos compromisos cuyo incumplimiento es sancionado⁴². Esta es una medida de acompañamiento del despido costosa porque el trabajador percibe un porcentaje de la indemnización pactada en concepto de “depósito de garantía recolocadora”⁴³ y la posibilidad de aumentar la cantidad percibida si se incumple la obligación empresarial o el trabajador decide rechazarla durante el periodo de espera.

Esta medida se acompaña, en ocasiones, de otras condiciones como es el abono por parte de la empresa de un complemento a la prestación del subsidio por desempleo al que acceda el trabajador en el tercer año mientras permanece en periodo de espera⁴⁴, la garantía de no ser despedido en un periodo de tiempo –suelen ser 2 años– una vez que esté ocupando el nuevo puesto⁴⁵, la obligación de ofrecerle contrato indefinido⁴⁶, el derecho a percibir el mismo

⁴⁰ En la Res. DGT 18/2007 de 27 de julio, la empresa reestructurada se compromete a crear 140 puestos de trabajo.

⁴¹ Ese periodo no es siempre el mismo, de hecho los planes sociales contenidos en la Res. 36/2007 de 10 de Enero y en la Res. 27/2007 de 12 de diciembre, se extiende a tres años, de forma que si en ese plazo la empresa no hace ninguna oferta deberá indemnizarse al trabajador de forma extraordinaria.

⁴² La sanción consistirá en una indemnización complementaria de la percibida como garantía recolocadora.

⁴³ En la Res. 32/2008 de 31 de julio se abonarán 10 días de salario por año trabajado.

⁴⁴ No es habitual este complemento pero lo hemos encontrado en la Res. 27/2007 de 12 de Diciembre.

⁴⁵ Res. 18/2007 de 27 de julio, Res. 27/2007 de 12 de diciembre, Res. 36/2007 de 10 de enero. En la primera de las citadas se pacta que si durante un periodo de 3 años el trabajador fuera despedido por causa no imputable a su voluntad la empresa le deberá proporcionar un nuevo puesto de recolocación externa.

⁴⁶ Res. 18/2008 de 4 de Junio, en este plan se pactan las consecuencias de un despido que pudiera producirse en un plazo de 3 años por causas no imputables al trabajador en cuyo caso la empresa le deberá proporcionar un nuevo puesto de recolocación externa.

salario⁴⁷ o a recibir formación durante el periodo de espera para facilitar su recolocación. La obligación de ofrecer cursos de formación y reciclaje durante el periodo de espera se ha convertido en habitual en las recolocaciones diferidas (Res. 32/2008 de 31 de julio, Res. 10 y 11 /2008 de 8 de mayo, Res. 36/2007 de 10 de enero, Res. 27/2007 de 12 de diciembre). Dichos cursos facilitan el reemplazo del trabajador en puestos de trabajo diferentes. La medida se pacta durante un periodo de tiempo, fijándose incluso el número de horas que se va a dedicar a la formación –el 25 % de la jornada que habitualmente desarrollara–.

También es usual pactar las consecuencias del rechazo de una oferta de empleo o de su aceptación. El primer caso suele conllevar pérdida del acceso a otra oferta, quedando el empresario liberado frente al trabajador, si bien, en algunos supuestos, se le otorga el derecho a una indemnización de 20 días máx. 12 mensualidades; mientras en el segundo el trabajador puede optar entre la no devolución de la garantía recolocadora y, por tanto, aceptar la pérdida de su antigüedad en la empresa, o bien, aceptar la reintegración de la cuantía percibida a fin de mantener la antigüedad que tenía en su empresa. En torno a la legitimidad de esta condición de devolución de la cuantía indemnizatoria percibida nos pronunciaremos más adelante al referirnos al asunto de Enatcar.

La recolocación puede ofrecérsese en un puesto de trabajo de la misma empresa o en otra del grupo –Res. 32/2008 de 31 de julio–. En esos supuestos de ofertas externas a la de la empresa reestructuradora se pacta en ocasiones la distancia máxima a la que puede hallarse el nuevo centro y las opciones del trabajador al que suele ampliársele a dos el número de ofertas de trabajo a recibir.

6. El *outplacement* es una medida de acompañamiento que exige una actividad al empresario pero no un resultado⁴⁸. La ordenación de esta medida es muy diferente de un plan social a otro y no siempre recibe esa denominación. Este dispositivo específico está orientado a ayudar en la recolocación de las personas afectadas por el proceso de redimensionamiento de plantilla. Esta medida intenta, por una parte, orientar el propio sentido del trabajo del interesado, y por tanto, su objetivo profesional, y, por otra parte, diseñar una estrategia específica para alcanzar este objetivo, proporcionando al interesado un acompañamiento individual y los medios logísticos y humanos necesarios para la búsqueda de un nuevo empleo⁴⁹.

⁴⁷ Res. 32/2008 de 31 de julio, en este plan se pacta que si el salario fuera inferior –hasta un 5% por debajo del actual– el trabajador tendrá derecho a compensación económica.

⁴⁸ Sobre este tema G. SOBRINO GONZÁLEZ, *La política de colocación*, Bomarzo, 2006, p. 276–291.

⁴⁹ La Res. 57/2008 de 30 de julio, especifica los deberes de la empresa consultora: la orientación profesional y psicoprofesional, guiar en la búsqueda de empleo; contactar con empresas para obtener ofertas de empleo.

La empresa reestructuradora contrata los servicios de una consultora por un periodo de tiempo para que ayude a buscar empleo a los trabajadores despedidos –todos o aquellos que se adscriban a la medida⁵⁰– sin obligarse a obtener un resultado Res.69/2008 de 21 de noviembre. En el plan social de la Res. 75/2008 de 5 de noviembre, se establecen variantes en función de la edad del trabajador que solicita este servicio de forma que los menores de 45 años recibirán un curso de orientación de búsqueda de empleo colectivo, mientras que los mayores de 45 hasta 55 serán tratados de forma individual durante un periodo de 6 meses, en cualquiera de los dos casos la empresa no se obliga a obtener un resultado positivo. Mientras que dicho resultado sí se exige cuando afecte a mayores de 55 años con los que se trabajará hasta su recolocación final.

7. La jubilación parcial es una buena medida de acompañamiento que se adopta en trabajadores a partir de los 60 años siempre que éstos reúnan los requisitos de la Ley 40/2007 –treinta años de cotización efectiva, seis años de antigüedad en la empresa y contrato a tiempo completo–. Esta medida resulta de interés porque conserva el empleo y abarata costes a la empresa y a la Seguridad Social, a la primera porque no tiene que abonar indemnizaciones y a la segunda porque el trabajador que opta por la medida, continúa cotizando, pese a que empieza a percibir la prestación de jubilación parcial (Res. 18/2007 de 27 de julio, Res. 58/2008 de 25 de agosto, Res. 32/2008 de 31 de julio, Res. 36/2007 de 10 de enero, Res. 28/2007 de 21 de diciembre).

8. La externalización de servicios implica que una parte de las actividades de la empresa se constituyen en unidades de negocio independiente que prestarán servicios a la empresa reestructurada, ofreciéndoselos también a otras empresas del mercado para adquirir progresivamente su autonomía con el desarrollo de su cartera de clientes. Los actores de las nuevas unidades de negocio son los propios empleados de la empresa reestructurada⁵¹.

En el plan social de la empresa Danone se ofreció a una serie de trabajadores la venta directa de los productos de la empresa en una zona geográfica determinada durante un periodo mínimo de cinco años. La empresa les ofrecía la clientela de la zona en cuestión y facilidades para devolver el dinero que solicitasen para la compra de los camiones. Se traspasaba una parte del negocio con todo lo que éste contenía: actividad empresarial y trabajadores a los que se les respetaba su antigüedad.

⁵⁰ la Res. 35/2007 de 2 de febrero, la hemos encontrado limitada a 50 trabajadores.

⁵¹ Este tipo de medidas constan en los planes sociales de las empresas Danone y Frigo contenidos en el informe de la Fundación FUNDIPE que se puede revisar en <http://www.fundipe.es/publicaciones.html>.

En el plan social de la empresa Frigo la nueva relación que se establece con los trabajadores que aceptaban la medida era del tipo “franquicia” con varias particularidades. Por ejemplo, si durante los cinco primeros años de explotación del nuevo negocio el nuevo empresario –concesionario– se viese en la obligación de despedir a alguien, la empresa principal –Frigo– se obligaba a contratarlo.

Estas medidas sociales deben recibir una especial atención por parte de los agentes sociales y públicos, ya que la ausencia de causa suficiente para llevar a cabo el ERE puede esconder un supuesto fraude de ley al estar utilizando el procedimiento de despido para transformar a un trabajador por cuenta ajena en un trabajador por cuenta propia⁵². Sin embargo, encontraremos dificultades de control de su contenido porque suelen estar acordados y ya nos hemos referido al escaso margen de actuación de la Autoridad laboral en estos casos.

3.2.2. Medidas que repercuten individualmente sobre la situación personal o profesional del trabajador

Esta modalidad de medidas no disminuyen el número de afectados, por tanto, no benefician directamente al mercado de trabajo sino a la situación personal e individual de cada trabajador despedido. Algunas son de tipo profesional, como pueden ser los cursos de orientación profesional o las ayudas a la búsqueda de empleo, los cursos de formación profesional o de reciclaje. Otras no tienen repercusión sobre la situación profesional del trabajador sino sobre su patrimonio y tienen una buena acogida entre los trabajadores, como son las bajas incentivadas, las prejubilaciones, las jubilaciones anticipadas y las excedencias remuneradas. En este último grupo hay que llamar la atención en torno a la desaparición de los planes sociales de las medidas basadas en el logro de una invalidez permanente. En estos últimos dos años no hemos encontrado ningún plan que incluya esta medida.

Estas medidas eran habituales en los planes sociales y así lo constaté en el estudio monográfico que realicé hace unos años, afectaban a aquellos empleados que por su historial clínico pudieran encontrarse en una situación invalidez permanente total o absoluta. Éstos debían tramitar dicho expediente y solicitar el apoyo técnico de los servicios médicos de la empresa. La concesión de la invalidez extinguía el contrato y suponía el derecho a percibir una determinada

⁵² Sobre este tema N. MENDOZA NAVAS, “Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos: derecho de asociación y libertad sindical, negociación de acuerdos de interés profesional y adopción de medidas de conflicto para la defensa de los intereses profesionales”, *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 146, 2008, p. 167 y ss. N. MENDOZA NAVAS, “Derechos colectivos del trabajador autónomo”, en M. J. Landaburu Carracedo (coord.), *Análisis y comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, ed. CINCA, 2008, p. 127–157.

indemnización. Si agotados los recursos necesarios no obtuviera el reconocimiento de la de incapacidad permanente se podía reincorporar en la empresa, a un puesto vacante de similares características al que tenía anteriormente, devolviendo la indemnización percibida o alternativamente acogerse a la baja indemnizada y percibir el resultado de restar a la cuantía fijada para esa medida la cantidad establecida como baja indemnizada, quedando extinguida su relación laboral.

Tanto las medidas profesionales como las económicas reducen los negativos efectos de los despidos aunque son de naturaleza diferente. Las medidas de tipo profesional no son de resultado sino de actividad en tanto que lo que la empresa se compromete es a prestar unos servicios durante un periodo de tiempo a fin de facilitarle su entrada de nuevo en el mercado de trabajo, sin comprometerse a alcanzar ningún resultado, por lo que siempre van acompañadas de la indemnización pactada; mientras que las medidas de tipo económico sí son de resultado.

1. Las jubilaciones anticipadas y las prejubilaciones gozan de una importante aceptación en los planes sociales sin tener en consideración que en estas medidas hay una transmisión del riesgo de empresa a la Seguridad Social⁵³. El éxito de estas medidas sociales choca con las pretensiones del Estado que en la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en la que se favorece la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación.

La jubilación anticipada se ofrece habitualmente a trabajadores de edades comprendidas entre 57 y 59 años, que cumplan los requisitos exigidos por la legislación vigente en materia de Seguridad Social (como el periodo de carencia, entre otras...) para poder acceder a las prestaciones de jubilación. Una vez cumplidos los requisitos citados los trabajadores podrán acogerse a la medida, que implicará la extinción del contrato de trabajo, la incorporación a la situación legal de desempleo hasta agotar el periodo que legalmente le corresponda y el derecho a percibir las prestaciones públicas derivadas de tal situación, como sería el subsidio, si legalmente procediera. Así mismo, el trabajador

⁵³ La tendencia de los planes sociales con respecto a estas medidas no ha variado a lo largo del tiempo, en tanto que éstas siguen ocupado un lugar protagonista en el plan social. Los siguientes planes sociales han recurrido a las dos medidas o al menos a una de ellas: Res. DGT 76/2008 de 18 de noviembre, Res. 32/2008 de 31 de julio, Res. 18/2008 de 4 de junio, Res. 26/2008 de 24 de junio, 10 y 11 /2008 de 8 de mayo, Res. 3/2008 de 19 de febrero, Res. 36/2007 de 10 de enero, Res. 29 (2007 de 7 de noviembre, Res. 33/2007 de 27 de diciembre, Res. 18/2007 de 27 de julio, Res. 27/2007 de 12 de diciembre. En las resoluciones que se citan a continuación éstas han sido las únicas medidas adoptadas: Res. 58/2008 de 25 de agosto, Res. 59/2008 de 1 de agosto, Res. 52/2008 de 18 de agosto, Res. 44/2008 de 8 de julio, Res. 23/2008 de 20 de mayo, 37/2007 de 3 de enero, Res. 39/2007 de 17 de enero, 25/2007 de 3 de octubre.

se compromete a realizar cuantas acciones y colaboraciones sean necesarias para la obtención y mantenimiento de su mejor derecho a percibir las prestaciones y ayudas públicas que legalmente pudiera corresponderle⁵⁴.

Hasta el momento en que se produzca el acceso definitivo del trabajador a la situación de jubilación o jubilación anticipada, en su caso, éste tendrá derecho a percibir una compensación complementaria de las prestaciones públicas hasta alcanzar el porcentaje que se pacte (en el plan social contenido en la Res.18/2007 de 27 de julio, se pacta un 84 % del salario pensionable neto). Se negocia, así mismo, el porcentaje anual en el que se incrementará el citado complemento. Además de pagar el citado complemento, la empresa se compromete a continuar cotizando al Régimen General de Seguridad Social hasta que el trabajador acceda a la situación de jubilación y a soportar a su cargo el importe correspondiente al Convenio Especial que deberá suscribir con la Seguridad Social.

Con esta medida el trabajador tendrá derecho a percibir el 100 % de la prestación de jubilación que le hubiera correspondido si hubiera accedido a dicha situación en el momento de acogimiento de la medida.

Esta medida suele pactarse con ciertas garantías para los supuestos de “muerte y supervivencia” del trabajador beneficiario, de forma que en esos casos la empresa se compromete a la reversión a la viuda o herederos del 100 % del importe del complemento con cargo a la empresa que faltara por percibir a partir de la fecha en que se produjera el hecho causante.

Las prejubilaciones se ofrecen a trabajadores de edades más tempranas lo que está suscitándoles una crítica eminentemente negativa. Estas medidas provocadoras del retiro anticipado de la vida laboral de los trabajadores consisten fundamentalmente en que el empresario complemente la prestación de la Seguridad Social a la que tenga acceso el trabajador. El empresario deberá firmar un Convenio Especial con la Seguridad Social para cotizar por el trabajador como si estuviera en activo lo que le consiente llegar a al edad de jubilación con una base reguladora actualizada que le permitirá percibir una pensión de jubilación muy similar a la que le hubiera correspondido si hubiera continuado trabajando.

En la normativa de Seguridad Social dicha situación no se recoge entre las contingencias cubiertas ni tampoco se le asigna una prestación concreta para su cobertura. No obstante, ello no impide que exista una efectiva protección para un riesgo cada vez más frecuente como es la prejubilación. Por esta razón, para cubrir estas situaciones se recurre a otras medidas que no se reconocen expre-

⁵⁴ Suele pactarse que la pérdida o reducción de prestaciones públicas por causa imputable al trabajador no comportará un aumento de cargas o un gravamen para la empresa.

samente como una prestación de prejubilación⁵⁵. Dos tipos de medidas componen esta protección genérica de la prejubilación: las medidas públicas y las privadas. Estas últimas son las que nos interesan porque son las cantidades que pactan los trabajadores con las empresas para que la prestación de prejubilación alcance un nivel óptimo en su cuantía.

El contenido del plan lo negocian las partes firmantes, no obstante, en todos ellos deberá establecerse claramente: su ámbito subjetivo⁵⁶, el concreto régimen de prejubilación de los trabajadores, la cuantía que se compromete a abonar la empresa⁵⁷, las responsabilidades empresariales en casos de incumplimiento, la incidencia sobre dichas prejubilaciones en caso de muerte, invalidez, recolocación, o no concesión de las prestaciones públicas previstas al trabajador, así como la forma de cumplir con dichas prestaciones en caso de cambio de titularidad, quiebra, suspensión de pagos, etc. producidas en la empresa, las causas que eximen o suspenden la aplicación del plan, las condiciones impuestas para el mantenimiento, suspensión o extinción de la cobertura, el conjunto de derechos y obligaciones que vinculan a cada una de las partes, las reglas de gestión y financiación dispuestas para alcanzar los objetivos, los mecanismos de revisión de las cantidades abonadas por la empresa, las indemnizaciones debidas en caso de incumplimiento total o parcial de los pactado, la naturaleza indemnizatoria o no de estos complementos, en el sentido de si el empresario debe además abonar la indemnización fijada en el art. 51.8 ET o ésta se entiende abonada de forma periódica en los complementos que recibe el trabajador prejubilado⁵⁸.

2. La excedencia es una buena solución en un entorno económico-social donde las personas conviven con el creciente dilema de alcanzar una mayor

⁵⁵ De acuerdo con el art. 215.1.3 LGSS los trabajadores mayores de cincuenta y dos años que acrediten haber cotizado durante, al menos, seis años a la contingencia por desempleo y que reúnan todos los requisitos a excepción de la edad para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación pueden obtener un subsidio de desempleo. Su consideración como elemento integrante del régimen jurídico de la prejubilación permite una denominación distinta, llegando incluso a ser calificado por S. GONZÁLEZ ORTEGA y M. R. ALARCÓN CARACUEL en *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 312-313 como "subsidio de prejubilación".

⁵⁶ Cada plan de prejubilación se diseña para trabajadores de edades diferentes, siempre a partir de 52 años, y en ocasiones se requiere que éstos reúnan otros requisitos además de la edad como, una mínima antigüedad en la empresa, que ocupen plazas amortizables, etc.

⁵⁷ Dicha cuantía suele establecerse en función del salario que recibe el trabajador pues normalmente se establece el compromiso de la empresa de complementar la prestación pública hasta alcanzar un determinado porcentaje de su salario habitual.

⁵⁸ No en vano los planes de prejubilación permiten optar al trabajador bien por percibir una indemnización (igual al capital que supone la prejubilación) o bien por recibir periódicamente una cuantía que complemente las prestaciones públicas que se incluyen en el plan.

independencia, y a la vez responder a un aumento de las obligaciones conseqüentes de sus compromisos sociales. La medida devuelve temporalmente a los trabajadores su independencia, manteniendo durante un plazo definido (un año en el plan social de la empresa Accenture⁵⁹) el derecho a volver. Esta medida permite al trabajador buscar nuevas alternativas profesionales y al empresario redimensionar temporalmente su plantilla.

La excedencia que hemos encontrado negociada tiene ciertas peculiaridades con respecto a la establecida por el Estatuto de los Trabajadores, ya que se pacta con una serie de beneficios como puede ser su retribución parcial. En esta empresa se ordena esta medida como un programa voluntario para determinada categoría de trabajadores de la compañía, al que pueden acogerse durante doce meses para dedicarse a cualquier tipo de actividad (familia, formación, viajes, etc.), incluso pueden trabajar con la única condición de que no lo hagan para una serie de empresas de la competencia.

Durante la excedencia la empresa o el trabajador pueden solicitar su regreso anticipado, pero ninguno de los dos están en ningún caso obligados a aceptar su reincorporación hasta que no se alcance el plazo fijado. Un vez terminado el plazo –12 meses– la empresa sí está obligada a admitir de nuevo a dicho trabajador en las mismas condiciones laborales que tenía antes del ejercicio de esta medida. La posibilidad de acogerse a la excedencia se ofrece inicialmente sin límites cuantitativos aunque admite que la concesión está condicionada a la supervisión y visto bueno por parte de las personas responsables del área de negocio o industria en cuestión, así como a la existencia de proyectos de trabajo en los que se encuentran involucrados los solicitantes.

3. Por lo que respecta a las bajas incentivadas hay que decir que ocupan un lugar protagonista en los planes sociales, que gozan de una importante aceptación entre las partes y que encarecen sustancialmente los despidos colectivos, a mi juicio, en detrimento de la inclusión de otras medidas profesionales que repercutan positivamente sobre el mercado de trabajo.

El art. 51.10 ET que ordena la cuantía indemnizatoria ha sido objeto de debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto a su naturaleza dispositiva o imperativa. La discusión surge a raíz del acuerdo alcanzado en el período de consultas en el ERE de Enatcar⁶⁰ en el que se estipulaba el pago de

⁵⁹ Este plan se puede consultar en el informe de FUNDIPE: <http://www.fundipe.es/archives/REDIMENSIONAMIENTO.pdf>.

⁶⁰ En julio de 1989, la empresa Enatcar promueve un expediente de regulación de empleo, alcanzándose acuerdo entre la Dirección de la Empresa y el Comité General el 23 de julio de 1992, posteriormente ratificado por la autoridad laboral, en este caso la Dirección General de Trabajo del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La resolución administrativa autoriza «la extinción de las relaciones laborales de 64 trabajadores» en los términos y condi-

unas indemnizaciones superiores a las legalmente establecidas en el art. 51.10 ET 1980 (y también superiores a las de su homólogo hoy en vigor, el art. 51.8 ET). El acuerdo también preveía la devolución de las indemnizaciones en el supuesto de que el trabajador afectado «percibiese salario de Renfe o sus filiales», devolución que podía ser total o parcial en función de que la recolocación se hubiere efectuado con o sin reconocimiento de la antigüedad.

El Tribunal Supremo se manifestó en diez ocasiones sobre este tema, siendo las Sentencias de 21 de enero y la de 28 de enero de 1998 las que contienen el cuerpo de la nueva doctrina unificada recaída en el asunto “Enarcar”, que declara la plena conformidad a derecho de la cláusula controvertida.

Sobre este asunto se pronunciaron las sentencias del Tribunal Constitucional 99/2001, 100/2001 y 137/2001. La última se limita a reproducir de manera sintética los razonamientos ya elaborados en la sentencia 100/2001, que dejará claro que “el presente recurso de amparo incide directamente sobre una cuestión jurídicamente controvertida, cual es la de determinar la naturaleza de *ius cogens* o de derecho dispositivo de la indemnización legal establecida en el actual art. 51.8 ET (art. 51.10 en la versión del ET aplicable al caso enjuiciado), que debe abonar el empresario a los trabajadores cuyos contratos son extinguidos al hacer uso aquél de la autorización emitida en el procedimiento de despido colectivo por la competente autoridad laboral». Y tras manifestar las consecuencias que derivarían de la opción en favor de una u otra tesis, concluirá afirmando «que la descripción de esta duda interpretativa permite apreciar, sin necesidad de una mayor indagación, que su resolución y, por tanto, la determinación acerca de si se trata o no de una previsión de derecho necesario, es una cuestión por completo ajena a la jurisprudencia de amparo de este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial (ex art. 117.3 CE)” (FJ 2.º).

La solución está en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1997 que marca un punto de inflexión porque introdujo una ruptura en la tradicional configuración de la indemnización legal por despido colectivo. Una vez

ciones expresados en el pacto de regulación de empleo. En lo que aquí interesa señalar, dicho pacto reconoció a los trabajadores afectados el derecho a percibir una indemnización equivalente al importe de 42 días de salario por cada año de antigüedad, con el límite de 42 mensualidades y de diez millones de pesetas, sin que pudiera ser inferior a un millón. Sin embargo, en el acuerdo se convino la siguiente estipulación: «en el caso de que por cualquier causa algún trabajador de los sujetos a la regulación de empleo y que hubiese recibido la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, percibiera salario de Renfe o sus filiales y se le reconozca su antigüedad, el trabajador se compromete a devolver a “Enatcar” la recibida de ésta. En el caso de que la percepción de salarios de Renfe o sus filiales se produzca sin reconocimiento de antigüedad, el trabajador se compromete a devolver a “Enatcar” la cantidad de veintidós días de haberes por cada año de antigüedad».

consagrado el carácter dispositivo del citado precepto legal, la conformidad a derecho de la cláusula de devolución constituye su corolario lógico, dada la naturaleza vinculante del pacto suscrito entre la empresa y la representación de los trabajadores durante el período de consultas. “Si los legitimados para ello –razona esta resolución judicial– conciertan un acuerdo en el que, de conformidad con el art. 1255 del Código Civil y con la doctrina laboral, contiene indemnizaciones superiores a las mínimas legales para extinguir los contratos de los trabajadores afectados en el expediente de regulación de empleo; indemnizaciones que según el acuerdo habrían de devolver si Renfe hiciera una oferta de empleo (sic) con reconocimiento de su antigüedad; es visto que si no se da efectividad a dicho acuerdo, la decisión que así se adopte se apartará de la autonomía colectiva y hasta de la individual (sic)” (FD 9.º.1).

De este razonamiento jurídico se sirve el Tribunal Supremo para rectificar su anterior doctrina sobre la inderogabilidad relativa de la tarifa indemnizatoria abonada por el empresario a los trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguen al amparo de la autorización administrativa o, lo que es igual, para afirmar el carácter dispositivo del art. 51.10 ET. Lo que ya resulta más discutible es que dicho razonamiento surta el mínimo bagaje argumentativo para el fin perseguido. A juicio del profesor Valdés Dal-Ré una simple lectura de las *rationae decidendi* de la resolución judicial comentada evidencia una construcción argumentativa vacía de todo contenido sustantivo.

Una vez conocida la posición jurisprudencial al respecto sólo queda señalar, como ya se ha dicho con anterioridad, que el plan social es una exigencia diferente de la indemnización económica de forma que ambas deben coexistir en un procedimiento de despido colectivo y ninguna es susceptible de ser sustituida por otra. Así pues, la elevación de las indemnizaciones no debe impedir la exigencia de un plan social ni la presencia de ciertas medidas sociales debería sustituir el derecho a la indemnización mínima de 20 días de salario por año trabajado máximo 12 mensualidades.

4. Para finalizar me referiré a la formación que la encontramos como medida de acompañamiento de las recolocaciones diferidas. Medida de interés porque la escasa formación de los trabajadores es una de las deficiencias de nuestro país y ha sido uno de los obstáculos para la asimilación de nuevas tecnologías y sistemas más eficientes de producción⁶¹. La inversión en equipos

⁶¹ Para acabar con estas necesidades se alcanzan Acuerdos Nacionales de Formación Continua, el último es el *IV Acuerdo Nacional de Formación (BOE 27 de marzo 2006)*. Estos acuerdos tratan de responder a las necesidades de formación que tienen las empresas a la hora de cubrir un puesto de trabajo. El sistema integrado en estos acuerdos favorece el análisis pormenorizado de las necesidades de cada sector productivo, identificando las actividades prioritarias a potenciar, las perspectivas de futuro, capacidad tecnológica y mercado, a través de las correspondientes Comisiones Paritarias Sectoriales.

y recursos humanos son factores clave e interdependientes que deben ser fomentados por la política industrial. En esta línea la formación continua significa la posibilidad de lograr una cualificación profesional a medida de la empresa, es decir, lograr un capital humano específico que se convierte en un potencial de riqueza, con lo que ello implica en términos de competitividad. Además esta formación otorga al trabajador una base profesional más amplia, suponiendo para la empresa un instrumento versátil idóneo para que el trabajador se adapte a la estrategia empresarial. Por estas razones, es necesario que el empresario conciba los costes de formación como una inversión y no como un gasto, y que desde las instituciones públicas se contribuya a crear una conciencia del valor estratégico de la formación.

Pese a los beneficios de esta medida la encontramos en escasas ocasiones en los planes sociales, si bien hay que llamar la atención sobre el buen momento en el que se incluyen, en concreto en el periodo de espera del trabajador que ha firmado su adhesión a una medida de recolocación y por tanto, está pendiente de ocupar un nuevo puesto de trabajo (Res.69/2008 de 21 de noviembre, Res. 32/2008 de 31 de Julio, 10 y 11/2008 de 8 de mayo, 36/2007 de 10 de enero). En algunos casos se hace alusión a este derecho del trabajador sin establecer las condiciones en las que se va a ejercer, lo cual puede hacer difícil su exigencia, pero en otros casos se establece durante qué periodo se formará o qué tiempo diario está obligado el trabajador a destinar a su formación y reciclaje.

4. CONCLUSIÓN

Los beneficios del plan social sobre el mercado de trabajo son claros: minimizan el impacto social del ajuste de plantilla que se propone el empresario, por un lado, reduciendo en lo estrictamente necesario el número de extinciones a llevar a cabo y, por otro, presentando opciones a los trabajadores afectados por los despidos que les faciliten su accesibilidad al mercado de trabajo. Sin embargo, el hecho de que se pueda hacer un uso torticero del citado plan nos obliga a introducir alguna forma de control de su contenido.

Atendiendo a la realidad de los procedimientos de regulación de empleo en los que existen o deben existir planes sociales nos hemos encontrado con que la mayoría de ellos han sido acordados, sin que todos hayan atendido los objetivos legalmente establecidos o, habiéndolo hecho, contienen medidas respecto de las que dudamos si el plan es el marco adecuado para su inclusión. Nos referimos a las novaciones contractuales que conllevan algunas recolocaciones directas, a la renuncia a la cuantía indemnizatoria que se hace en algunas recolocaciones diferidas pese a que en éstas llega a producirse la extinción del contrato, a la externalización de actividades que convierte en trabajadores autó-

nomos a los que hasta el momento del ERE habían sido trabajadores por cuenta ajena sin cambiar realmente de actividad, o el elevado número de prejubilaciones que afectan a trabajadores en edades muy tempranas sin que concurra ninguna de las causas del art. 51 ET.

Los objetivos del plan social son claros y a ellos nos hemos referido en numerosas ocasiones pero entendemos que el fin no justifica los medios. Por este motivo se trata de buscar una solución, a fin de evitar la inclusión de medidas de dudosa legalidad que no están justificadas por la situación empresarial. Las medidas incluidas en el plan social, negociadas en el periodo de consultas y acordadas en un momento de especiales dificultades para el empleo en la empresa en el que la presión que sufren los trabajadores juega un papel fundamental, no pueden ser controladas por los poderes públicos que se limitarán a autorizar el acuerdo alcanzado.

Se trataría, por tanto de, o bien anticipar la actividad de la Administración al periodo de consultas en el que pudiera intervenir como mediador, o bien facilitar el control del contenido de los acuerdos por parte de esta autoridad laboral. Ello a fin de impedir determinadas prácticas empresariales que se esconden bajo el manto de legalidad que le da el plan social y fundamentalmente el acuerdo.

Mercado de Trabajo

EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO: ¿EL AJUSTE LABORAL ES UN ERE?

SANTOS M. RUESGA BENITO
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

CARLOS RESA NESTARES
Investigador del Colegio de México

EXTRACTO **Palabras Clave: Expedientes de Regulación de Empleo (ERE),
aspectos económicos**

Los Expedientes de Regulación de Empleo (ERE) constituyen uno de los instrumentos de ajuste del mercado laboral que atención concita por parte de la opinión pública. En el presente artículo planteamos una reflexión del fenómeno poniéndose énfasis en los aspectos económicos del fenómeno. Para ello, el trabajo se articula en diversos epígrafes en los que se expone la dinámica de los ERE en España en los últimos tiempos, la caracterización de la población regulada por los EREs, las causas de la regulación y su importancia sobre el total de los ajustes de empleo que se están realizando en la economía española en los últimos tiempos.

ABSTRACT **Key Words: Expedients for Regulation of Employment (ERE),
economic perspective**

Expedients for Regulation of Employment (ERE) is a relevant legal instrument which is been frequently used by Spanish firms in order to develop employment adjustments to demand. During the last year EREs have often appeared on the front page of media as a sign of the economic crisis that suffers Spain. Beyond the legal aspects of EREs that are studied in other articles, in this paper, we adopt an economic perspective for the analysis. In this way, firstly, we consider the recent evolution of EREs in the Spanish Labour Market. Secondly, we characterise the population that is affected by the application of ERE in Spain. Finally, the article considers the different causes argued by firms for the application of EREs and the impact of employment adjustment due to EREs on the total employment loses that are taken place in Spain during the last year.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DINÁMICA DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO EN ESPAÑA
3. CARACTERÍSTICAS DE LA POBLACIÓN REGULADA POR LOS ERE
4. LAS CAUSAS DE LA REGULACIÓN DE EMPLEO
5. LA IMPORTANCIA DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN EN EL AJUSTE DEL EMPLEO

1. INTRODUCCIÓN

La crisis genera su propia dinámica psico-lingüística, su propio vocabulario. Burbuja, *subprime*, tendencia bajista, Euribor, activos tóxicos... se convierten en palabras de la cotidianeidad. Concurso de acreedores sucede a la tradicional suspensión de pagos con extrema velocidad. Y, por encima de todas en aparatosidad, está el ERE: el acrónimo de Expediente de Regulación de Empleo. En breve, un expediente de regulación de empleo es una suspensión de la relación laboral entre la empresa y el trabajador, que para ser legal y no caer en la categoría de despido improcedente (o procedente, por motivos económicos), debe contar con el beneplácito de las autoridades del Ministerio de Trabajo e Inmigración. La suspensión puede ser temporal o definitiva. Si es temporal, durante el tiempo que dura el expediente, los trabajadores dejan de trabajar y se les asegura el setenta por ciento de su salario, que corre a cargo de la Seguridad Social. A cambio, no figuran en las listas de desempleados (buscadores de empleo) del Instituto Nacional de Empleo y no pueden realizar ninguna otra actividad laboral remunerada. El treinta por ciento faltante hasta completar el salario normal del trabajador y la forma en que se eligen a quienes entran a formar parte del ERE es parte de la negociación entre la empresa y los trabajadores.

Siguiendo el enfoque económico keynesiano, ahora revitalizado como consecuencia de la crisis, el empleo se determina por la demanda agregada. Al caer de forma significativa la demanda macroeconómica española, en sintonía con lo ocurrido a nivel internacional, el empleo se ha resentido de forma significativa, como señalan las diversas fuentes estadísticas que lo estiman como la Encuesta de Población Activa o la Afiliación a la Seguridad Social. El ajuste en el empleo en España se está produciendo de forma significativa en el mercado de trabajo y se ha traducido en un aumento significativo y rápido del desempleo. La pérdida de empleo puede tener diversos formatos legales: el despido, la no renovación del contrato de trabajo, el cierre de la actividad empresarial, la finalización del empleo de los trabajadores autónomos. En definitiva estas pérdidas de empleo vienen determinadas, como señalaba Keynes, por una pérdida de producción y de venta.

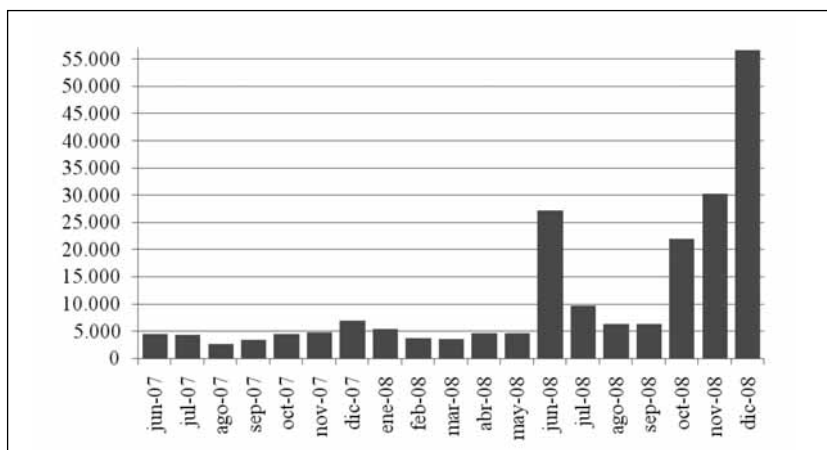
En este trabajo no pretendemos analizar pormenorizadamente los requisitos y las implicaciones legales de la puesta en marcha y el desarrollo de los Expedientes de Regulación de Empleo lo que será objeto de análisis pormenorizado de otros artículos que con una perspectiva fundamentalmente jurídica se contemplan en este mismo número de la Revista Temas Laborales. Nuestro objetivo más modesto es plantear, desde una perspectiva económica, las implicaciones de los ERES sobre el mercado laboral y su evolución en los últimos años. Para ello comenzaremos planteando una panorámica amplia de los ERES en el mercado laboral español. A continuación, nos centraremos en la población laboral que experimenta la aplicación de ERES, y con una breve panorámica sobre las causas alegadas para la aplicación del ERE y concluir con una breve valoración de la importancia de los ERES sobre el ajuste de empleo que está experimentando la economía española en los últimos años.

2. LA DINÁMICA DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO EN ESPAÑA

El aluvión de la crisis económica ha dejado tras de sí un aumento constante de ERE en multitud de empresas, que se encuentran con una capacidad instalada de producción en cuanto a número de empleados que no se acerca, ni por asomo, al nivel actual de la demanda, que se ha desplomado, en particular en bienes de equipo. Según las últimas cifras disponibles, en 2008 se presentaron ante las oficinas del Ministerio de Trabajo e Inmigración casi seis mil novecientas solicitudes de ERE que afectaban a más de ciento ochenta mil asalariados, lo que lo convierte en el año en que con más frecuencia se ha utilizado este instrumento. Con respecto a 2007, se ha duplicado el número de asalariados para los que se solicitó la aplicación de un ERE y con respecto al año anterior, el año que registró las cotas más bajas de aplicación de este instrumento de la legislación de contratos laborales, se ha triplicado la cifra total.

Entre junio y diciembre (y excluyendo los meses estivales de moderación en las regulaciones de empleo, que se prolongan desde julio hasta septiembre), el número de trabajadores para los que se solicitó la aplicación de un ERE se multiplicó por 8,5 con respecto al mismo periodo del año anterior. En promedio, treinta y cuatro mil trabajadores cada mes fueron incluidos en una solicitud de ERE por parte de sus empresas durante esos cuatro meses, frente a los cuatro mil mensuales que se registraban el año anterior, último año del longevo ciclo económico expansivo que registró la economía española.

GRÁFICO 1. NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS POR SOLICITUDES DE ERE HECHOS POR LAS EMPRESAS, MENSUAL, 2007-08

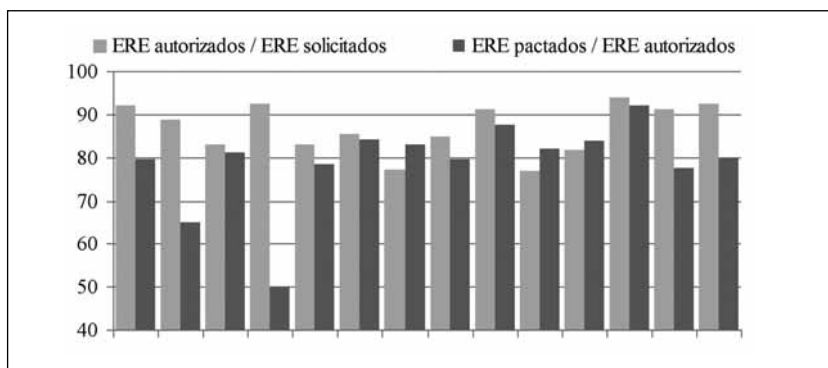


Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Las palabras de desconsuelo y a menudo de indignación que han acompañado a algunos ERE, en concreto, se han visto acompañadas por una actuación más rigurosa de parte de la jurisdicción del Ministerio de Trabajo e Inmigración para, en cumplimiento de su papel legal, impedir esta forma concreta de extinción (temporal o definitiva) de las relaciones laborales. El ochenta y dos por ciento de los trabajadores para quienes se solicitó la aplicación de un ERE fueron finalmente incluidos en él. Para los restantes, o bien no se autorizó por las autoridades pertinentes o las empresas desistieron en sus intenciones tras realizar esa solicitud, puede ser que por la mejora de las perspectivas de empleo o por la trabas al mismo. Pese a que supone que se dio el visto bueno a cuatro de cada cinco reasignaciones laborales con este instrumento, es de los porcentajes más bajo de autorizaciones que se ha realizado a lo largo de la última década, sólo superados por lo que ocurrió en 2004 y 2007. En algunos años de ese periodo, el porcentaje anual de autorizaciones (en número de trabajadores), llegó a superar el noventa por ciento de las solicitadas. No obstante, el número de autorizaciones volvió a superar los porcentajes del noventa por ciento en casi todos los meses del año y la reducción se debe en exclusiva al comportamiento en el mes de junio, en donde entre desistimientos y denegaciones, el porcentaje de ERE autorizados en términos de los trabajadores afectados estuvo por debajo del treinta por ciento.

Si la mano abierta del ejecutivo hacia los ERE se ha cerrado levemente, han sido los agentes sociales quienes han recorrido el camino contrario. El último año estuvo entre los más altos en el porcentaje de ERE autorizados que habían sido pactados previamente entre los agentes sociales. En concreto, el ochenta y cuatro por ciento de los ERE presentados por las empresas (en términos de trabajadores) adjuntaban un acuerdo previo con los representantes de los trabajadores. Esta evidencia puede estar reflejando dos tendencias que no tienen que ser contradictorias: que las empresas tienen una necesidad apremiante de alcanzar un acuerdo rápido para ajustar su fuerza de trabajo a las necesidades de plantilla y, sobre todo, que los sindicatos son conscientes de la gravedad de la crisis y de que un ERE puede ser un mal menor frente al cierre completo de la planta o la amenaza siempre constante de la deslocalización productiva, en particular en ámbitos de la industria manufacturera.

GRÁFICO 2. PORCENTAJE DE ERES AUTORIZADOS SOBRE EL TOTAL DE SOLICITUDES, SEGÚN NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS, 1998-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

El crecimiento disparado del número de ERE aplicados, y la existencia de algunos de notables dimensiones sociales y mediáticas, no es incompatible con que a lo largo de 2008 cambió una tendencia de más largo alcance. La utilización de los expedientes colectivos de regulación de empleo durante los periodos de bonanza se extendió a un auditorio cada vez más amplio del tejido empresarial y fruto de ese buen contexto económico eran menores los requisitos de reducción de la demanda de mano de obra. Lo que antes era el coto casi exclu-

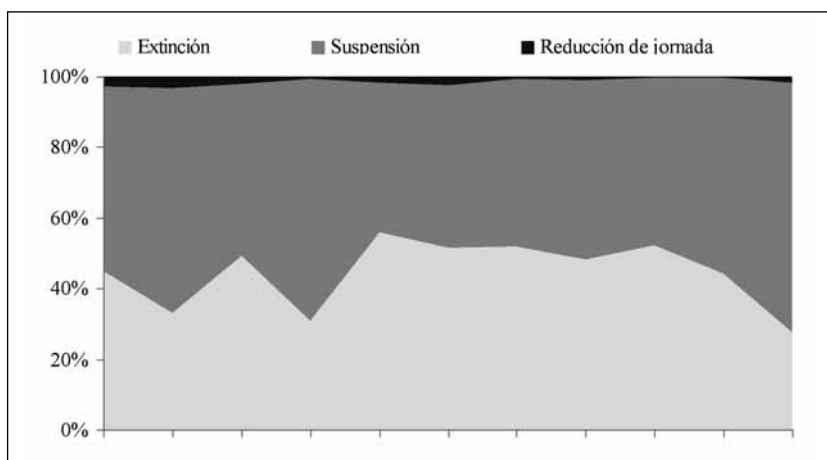
sivo de las grandes empresas, con preferencia de capital extranjero, que además tenía una necesidad menos apremiante de reducir personal, se ha ido aumentando paulatinamente al conjunto. En el quinquenio que abarca desde 1998 a 2002, ambos inclusive, el promedio de trabajadores afectados por un ERE autorizado por el Ministerio fue de 19,4 asalariados. En el siguiente quinquenio, que concluyó en 2007, el mismo ratio había descendido a 16,3 trabajadores. Sin embargo, la crisis que se manifestó con toda intensidad en 2008 supuso un cambio de esa tendencia: las empresas se vieron propulsadas a pedir reducciones temporales o definitivas de la oferta de trabajo de mayor escala. Así, el promedio anual de asalariados afectados por cada ERE se disparó hasta los 23,7 asalariados, el punto álgido del periodo con excepción de 2001, el de la fugaz crisis de las empresas tecnológicas. Si sólo se incluye en el análisis los meses de octubre y diciembre de 2008, el resultado es más intenso: por cada ERE autorizado, el número medio de trabajadores afectados fue de treinta y tres.

La composición cualitativa de los ERE también ha variado a lo largo de las últimas décadas. Los expedientes de regulación de empleo que implicaban la suspensión temporal de los contratos temporales fueron durante los años noventa del pasado siglo la principal forma escogida por las empresas para reducir sus plantillas en ajustes colectivos. A lo largo de la primera década del siglo XXI, por el contrario, un porcentaje mayoritario de los ERE tuvieron su finalidad en aplicar medidas de extinción definitiva de contratos de trabajo. Sin embargo, esta tendencia en las preferencias de las empresas de la extinción definitiva sobre la suspensión temporal ha cambiado con los albores de la crisis. Las segundas han recuperado todo el terreno de tal modo que a lo largo de 2008, el setenta y uno por ciento del total de trabajadores afectados por ERE autorizados acabaron siendo víctimas de un programa de suspensión temporal de empleo, frente al veinticuatro por ciento de los trabajadores para quienes el ERE supuso la conclusión definitiva de sus contratos de trabajo. Además, la crisis ha reabierto la opción de los ERE con finalidad en la reducción de jornada. De pasar a la marginalidad más absoluta en esta fórmula de ERE durante el periodo de bonanza económica, en 2008 recuperaron su atractivo y un dos por ciento del total de trabajadores sujetos a ERE lo fueron con esta motivación y forma.

Aparte de la influencia del contexto económico circundante, más o menos dinámico en cada momento y que es crucial a la hora de explicar las decisiones de las empresas sobre las formas de sus ajustes de plantilla, la opción por una alternativa concreta también la determinan las posibilidades de salir adelante a través de un pacto con la representación sindical. Por sorprendente a primera vista que pudiese parecer, los ERE que implican la extinción de contratos laborales son los que tienen mayor probabilidad de ejecutarse a partir de un pacto con los representantes de los trabajadores. En promedio, durante la última

década un ochenta y siete por ciento de los trabajadores afectados por ERE de extinción de contratos fueron despedidos con el acuerdo explícito con los sindicatos. El mismo ratio desciende para los ERE de suspensión de contratos hasta el sesenta y siete por ciento y se eleva hasta los niveles máximos del ochenta y nueve por ciento para los casos de ERE que implican una reducción de la jornada de trabajo. A pesar de que la crisis ha registrado un aumento general del nivel de acuerdo entre empresas y sindicatos en la toma de medidas de reestructuración colectiva de plantillas, la distribución relativa de los acuerdos no se ha trastornado en 2008 y sigue siendo más habitual en los ERE de extinción de contratos (el noventa y cuatro por ciento de trabajadores afectados por pactos) que en los de suspensión temporal de contratos (ochenta por ciento). Si acaso, el efecto ha sido que ha acelerado el grado de implicación de los sindicatos en este segundo tipo de ERE.

GRÁFICO 3. COMPOSICIÓN DE LOS ERE SEGÚN TIPO, POR NÚMERO DE TRABAJADORES AFECTADOS, 1998-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

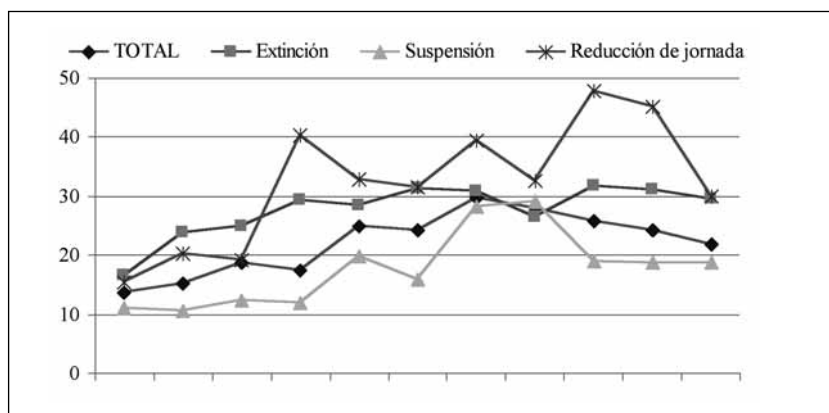
3. CARACTERÍSTICAS DE LA POBLACIÓN REGULADA POR LOS ERE

Los ERE son uno de los apartados que permanece más poco sensible a la participación de la mujer de entre los que componen el mercado de trabajo.

Aunque creciente, las mujeres siguen siendo minoría entre los asalariados afectados por medidas colectivas de ajustes de plantilla. Si las mujeres son ya el cuarenta por ciento de la población ocupada, apenas representaron un quinto de los afectados por ERE a lo largo de 2008. Es decir, un asalariado varón tiene el doble de probabilidades de sufrir las consecuencias de un ERE que si es mujer. No obstante, se ha producido un avance notable en su presencia en los EREs: hace diez años, su participación apenas alcanzaba el quince por ciento. No obstante, la mayor presencia femenina entre la población ocupada afectada por los ERE, no ha seguido un crecimiento lineal a lo largo de la última década, sino que sufrió un aumento constante hasta 2004 y desde entonces se ha producido un paulatino descenso. Lo que ha permanecido constante es que su escasa presencia se confirma para todas las formas en que puede darse un expediente de regulación de empleo, incluyendo las de reducción de jornada. Aunque las mujeres constituyen mayoría abrumadora entre quienes ostentan un contrato a tiempo parcial, no tienen este mismo nivel de presencia entre los afectados por un ERE, ya que sólo uno de cada tres trabajadores implicados en medidas de reducción de jornada era mujer. En los otros apartados, el treinta por ciento de quienes se sometieron a expedientes de extinción de contratos eran mujeres y también lo eran el veinte por ciento de quienes se vieron afectados por medidas de suspensión de contratos.

Esta abrumadora masculización de los afectados por EREs es más el producto de la distinta distribución por géneros de la participación en la estructura del mercado laboral que de preferencias o discriminaciones de parte de las empresas o los sindicatos que alcanzan acuerdos de este tipo. Los EREs, pese a su progresiva difusión a lo largo y ancho del espectro del tejido industrial, continúan siendo un recurso, sobre todo, de las grandes empresas y, en particular, de las del sector industrial manufacturero. Por el contrario, las mujeres tienen una presencia muy minoritaria en ambos sectores de actividad económica, siendo su participación más intensa, acercándose a la paridad, en las pequeñas empresas y en el sector servicios, donde los métodos para llevar a cabo los ajustes externos de la fuerza de trabajo a las fluctuaciones de la demanda no suelen pasar por los ERE sino por distintas formas de contratación temporal y su extinción, los contratos de jornada reducida y los despidos individuales.

GRÁFICO 4. PORCENTAJE DE MUJERES SEGÚN TIPO DE ERE AUTORIZADOS, EN TOTAL DE TRABAJADORES AFECTADOS, 1998-2008



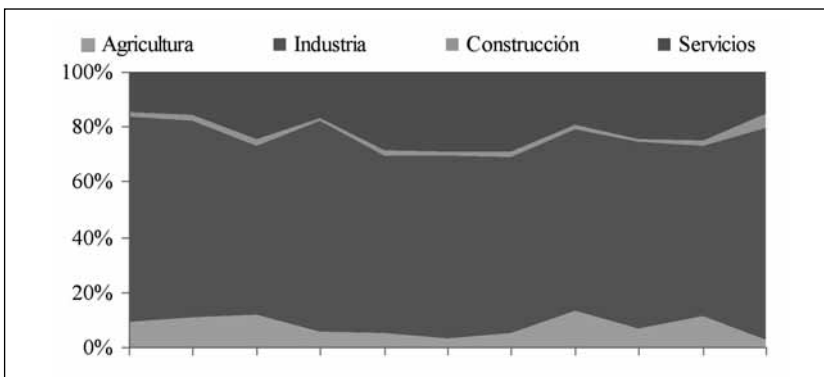
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Así lo demuestra la distribución de los ERE en el espectro sectorial. La industria, que proporciona empleo a menos del veinte por ciento del total de la población asalariada, es la gran protagonista de los ERE. De manera constante, a lo largo de la última década, casi del setenta por ciento de los trabajadores sometidos a medidas colectivas y aprobadas de reajuste de plantilla formaban parte del contingente industrial. Su participación en el total de afectados, no obstante, se ha ido erosionando a lo largo del tiempo, en mayor medida que su presencia en la composición sectorial del empleo. Si en 1998, tres de cada cuatro trabajadores afectados por un ERE se encuadraban en el sector industrial, en 2007 tan sólo eran seis de cada diez los que se empleaban en las manufacturas. Pero la crisis ha venido a dar al traste con esta tendencia de fondo de ampliación de la composición sectorial de los ERE. En 2008, la participación industrial en estas medidas de recomposición sectorial volvió a sus niveles máximos: el setenta y siete por ciento de los afectados por un ERE tenía su origen en la industria.

La presencia de los ERE en la industria se triplicó en 2008 con respecto al año anterior, una tendencia en sintonía con la media pero distinta del heterogéneo comportamiento sectorial. En la agricultura se moderó el recurso a las regulaciones de plantilla: la media de cinco mil trabajadores afectados por ERE en la última década se redujo a tres mil quinientos: la caída con respecto al año anterior fue del cuarenta y cinco por ciento. Por contraste, la frenética caída de

la actividad económica en la construcción se vio reflejada en los ERE, que llegaron en un momento en el que el tejido industrial estaba en sus cotas máximas de concentración. En 2008 se quintuplicó el número de afectados por ERE en la construcción: de los mil expedientados en promedio de la última década se pasó a más de siete mil, una cifra que aún queda lejos de ciento quince mil asalariados de la industria que vieron reajustarse su forma de contratación laboral por esta vía. Los servicios, por su parte, tuvieron un crecimiento moderado en relación a la media en 2008, del cincuenta y dos por ciento, que aún deja los niveles absolutos bastante por debajo de los máximos de trabajadores afectados por ERE que registró el sector durante las crisis de las empresas tecnológicas que se produjo en los albores del siglo XX.

GRÁFICO 5. COMPOSICIÓN DE LOS ERE AUTORIZADOS SEGÚN SECTOR DE ACTIVIDAD, EN TOTAL DE TRABAJADORES AFECTADOS, 1998-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

La elección del recurso a una u otra forma de alteración contractual a través de expedientes colectivos de reajuste de plantillas viene fuertemente condicionado por las tradiciones empresariales de cada sector y del tamaño de la empresa, así como por las consideraciones estratégicas que afectan a cada sector. La industria por su componente mayoritario es natural que tenga comportamientos similares a la media en cuanto a las formas de los ERE: en términos de trabajadores afectados, dos tercios se realizan conforme al modelo de suspensión temporal de actividad laboral, el tercio restante implica la extinción definitiva del contrato y la presencia de la reducción de la jornada de

trabajo es marginal. Esta distribución contrasta con la elección que se realiza en el sector de la construcción. Tanto en tiempos de crisis como de bonanza, el ERE de preferencia es la extinción definitiva de los contratos. A lo largo de la pasada década, más de dos tercios de los trabajadores de la construcción que se vieron sometidos a este tipo de medidas acabaron concluyendo de manera definitiva con su empleo anterior. El porcentaje se elevó ligeramente al setenta y nueve por ciento en los once primeros meses de 2008, que coinciden con los tiempos de mayor volatilidad en el sector y, en consecuencia, de menores esperanzas de recuperaciones de los niveles de actividad económica y de empleo en el futuro.

El sector servicios sigue patrones similares al de la construcción en cuanto a las formas de preferencia para la aplicación de los ERE, en buena medida porque ambos sectores comparten características estructuras de dispersión del tejido empresarial y precarización de la contratación. Dos tercios de los trabajadores afectados por ERE en los servicios estuvieron afectados por medidas de extinción de empleo. Y el porcentaje se ha mantenido más o menos constante tanto en tiempos lejanos como en recientes, en la crisis como en la expansión. La agricultura, por el contrario, presenta las características contrarias como producto de la estacionalidad de buena parte de su actividad. El noventa por ciento de los trabajadores incluidos en expedientes de regulación acabaron con una suspensión temporal de los contratos y la participación de esta modalidad se ha mantenido neutral al ciclo económico. Por último, las marginales opciones de la reducción de jornada laboral en los ERE son elementos casi exclusivos de la industria manufacturera y son cercanas a cero en cualquiera de los otros sectores productivos.

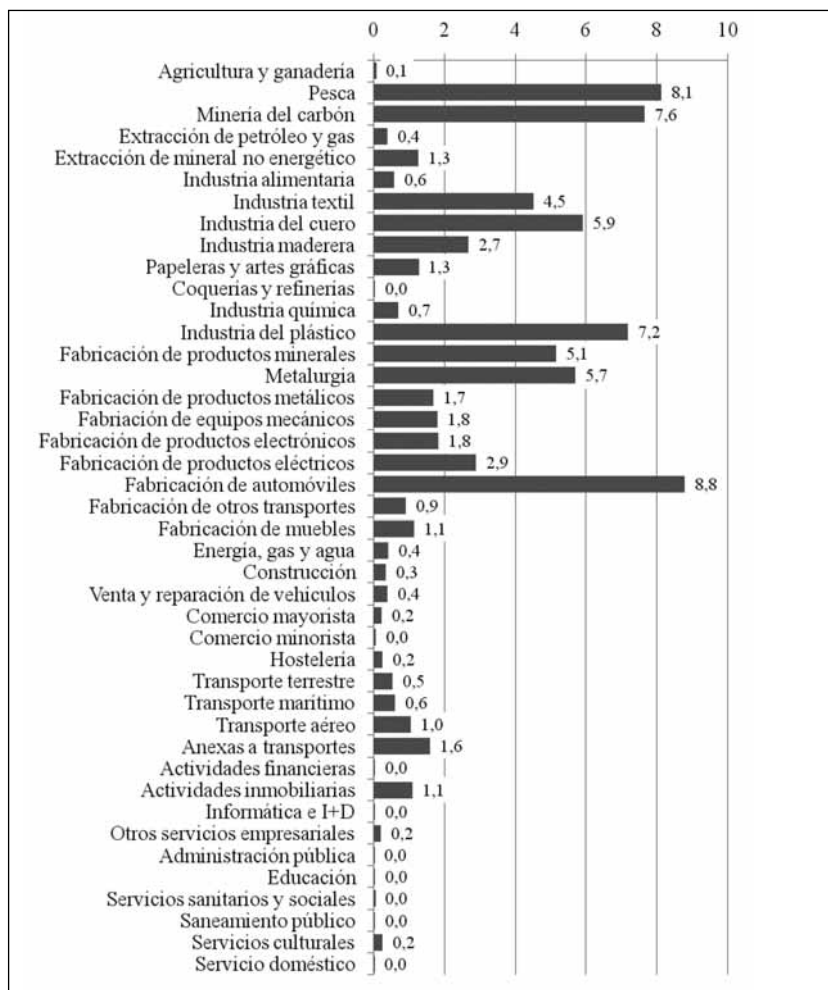
La enorme diversidad sectorial en cuanto a la intensidad del ajuste de empleo y de la participación de los ERE en esos ajustes se observa nítidamente en un análisis por ramas de actividad. Existen multitud de ramas de actividad, en particular en la industria en los que los EREs son una anomalía extraña al funcionamiento normal por diversas causas que pueden o no coincidir como que la actividad propia del sector se desarrolle en sentido anticíclico o por una enorme fragmentación del tejido productivo o, por el contrario como consecuencia de una fuerte presencia del sector público, con sus condicionantes legales a la contratación y el despido. Las refinerías, el comercio minorista, los servicios financieros y de seguros, la informática y el sector de I+D, la administración pública y los servicios educativos, sanitarios, culturales, asociativos y recreativos, además del servicio doméstico, son ramas de actividad donde el porcentaje de trabajadores afectados por ERE en 2008 se sitúa por debajo del 0,1 por ciento. Es de particular interés en esta lista la presencia de los servicios financieros, tan tradicionales en el recursos a las jubilaciones anticipadas de personal o bajas incentivadas y que en una situación de crisis financiera (de

liquidez o de solvencia) apenas han reducido su plantilla y, desde luego, no lo han hecho con el recurso a los ERE.

En el extremo contrario, existen cuatro ramas de actividad donde los ERE tienen una presencia habitual, en los que pueden haberse intensificado con la situación de crisis, pero que forman parte de las prácticas culturales cotidianas de ajustes de empleo ante variaciones cíclicas o estacionales de la demanda. En ellas, más del siete por ciento de la población asalariada han padecido un ERE durante el último año. Tal es el caso de la pesca, con su proceso de reconversión continua y su estacionalidad en la producción; de la minería del carbón, con sus constantes ajustes de plantilla por razones de edad y de localización; de la industria del plástico; y de la industria del automóvil, que ha hecho de los ERE una forma habitual de ajustar las plantillas en función de la demanda internacional y que, en este caso sí, se ha visto particularmente afectada por la contracción del crédito y el desplome de la demanda. Además, entre los sectores donde el recurso al ERE en la gestión de los recursos humanos ha sido relativamente frecuente, aunque no en los niveles de los anteriores, están la industria textil y la siderometalurgia, ambas sometidas a esfuerzos de reestructuración muy estrictos con notables episodios de deslocalización.

Otro grupo de ramas de actividad en las que la presencia de los ERE está en un plano intermedio, (durante el último año afectaron a más del uno por ciento de la población asalariada total), está compuesto por los servicios de transporte y todas las actividades de las industrias manufactureras. En éstas ramas, la situación de crisis ha mantenido una tradicional política de recursos humanos en los que los ajustes de plantilla se realizan en base a ERE de manera constante, pero se ha aumentado el nivel de la escala de uso de la misma. En este sentido se observa la presencia tanto de industrias con altos componentes tecnológicos como las que poseen escasa presencia tecnológica. Lo mismo en la industria electrónica como en la maderera la población sometida a ERE ha estado por encima del dos por ciento del total de la población asalariada durante el último año.

GRÁFICO 6. TRABAJADORES AFECTADOS POR ERE EN PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN ASALARIADA, ENERO-NOVIEMBRE 2008



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración y de la Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

Esta desigual distribución sectorial de la práctica de los ERE está relacionada con la concentración empresarial. A mayor tamaño medio de las empresas

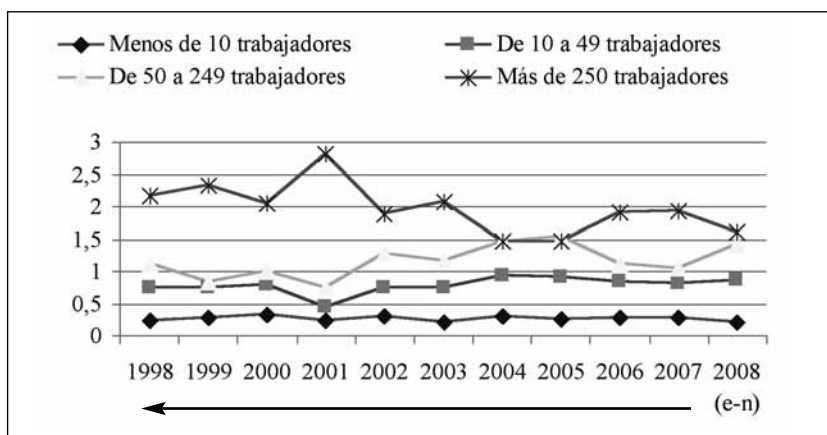
es más habitual el recurso a las medidas de ajustes laborales colectivos porque en las pequeñas empresas es una posibilidad que se mantiene al margen por escasez de recursos humanos tanto cuantitativos como cualitativos además de cuestiones legales. Prácticamente la mitad de los trabajadores afectados por ERE en la última década se empleaban en grandes empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores. Éstas proporcionaban una cuarta parte del empleo total en España, es decir, la mitad de su participación en el recurso al ERE. Y a mayor tamaño se incrementa la probabilidad de incurrir en un ERE. A lo largo de la última década, casi un tercio de los expedientes de regulación de empleo tuvieron su seno en empresas de más de mil trabajadores.

Las medianas empresas, de entre cincuenta y doscientos cincuenta trabajadores, están ajustadas en cuanto a su participación en el total del empleo y de los trabajadores afectados por ERE. Generando el veintiún por ciento del empleo total, eran el origen del veintitrés por ciento de los trabajadores que se vieron abocados a un ERE en el periodo. Son las pequeñas empresas, las de menos de cincuenta trabajadores, las que con menos frecuencia acuden a medidas colectivas de reajuste de plantilla. Las pequeñas empresas, las que cuentan con entre diez y cincuenta trabajadores, están subrepresentadas en los ERE: proporcionando el veintisiete por ciento del empleo, acogen al veintisiete por ciento de los asalariados sometidos a regulación de empleo.

Por último, entre las microempresas es donde más se observa este diferencial de las prácticas de ajustes colectivos cuantitativos externos e internos a cambios en la demanda. Las empresas de menos de diez trabajadores ocupan al veintiséis por ciento de los asalariados españoles y, sin embargo, dieron acogida a tan sólo el siete por ciento de los trabajadores acogidos a un ERE durante la última década. No es tan sólo que esta presencia sea marginal sino que se ha ido reduciendo en la última década. Si en 1998, casi el diez por ciento de los ERE afectaban a microempresas (en términos del total trabajadores afectados), diez años después el porcentaje se había reducido al seis por ciento.

No obstante, la evolución a lo largo del ciclo económico ha sido distinta. Dentro de la enorme distancia que ha existido siempre en cuanto a la utilización del recurso, mucho más activo por parte de las grandes empresas, en los momentos de bonanza se extendió la práctica de los ERE hacia en conjunto del tejido productivo. Pero cuando el clima económico cambió, volvieron a ser las grandes empresas las que tomaron la delantera en acogerse a estas medidas de reajuste colectivo de plantillas.

GRÁFICO 7. SOBRE/INFRARREPRESENTACIÓN LAS EMPRESAS EN LOS ERE SEGÚN EL TAMAÑO DE LA EMPRESA, (PORCENTAJE DE TRABAJADORES AFECTADOS POR ERE ENTRE PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN ASALARIADA) 1998-2008

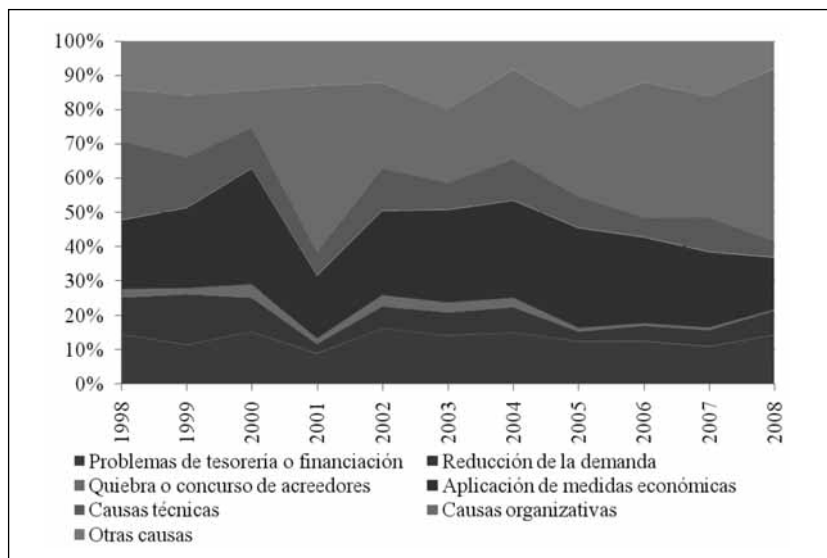


Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración y de la Encuesta de Coyuntura Laboral.

4. LAS CAUSAS DE LA REGULACIÓN DE EMPLEO

Aunque las causas alegadas por la empresa para la realización del ERE ante la autoridad del Ministerio de Trabajo deban tomarse con cautela, dado que pueden ser la combinación de variables o que opten por uno de los ítems posibles de manera poco ajustada con la realidad, las justificaciones allí alegadas parecen corresponderse poco con el discurso público de las autoridades públicas y de los agentes sociales. Los tan cacareados problemas de financiación y liquidez de las empresas propiciados por la contracción de la política crediticia del sistema financiero fueron la causa del cuatro por ciento de los ERE (en términos de trabajadores involucrados) en 2008, una cantidad supone un enorme sustancial con respecto al once por ciento del año anterior, pero que podía observarse en porcentajes más altos en momentos alcistas del ciclo económico.

GRÁFICO 8. CAUSA ALEGADA EN LOS ERE AUTORIZADOS, EN TOTAL DE TRABAJADORES AFECTADOS, 1998-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

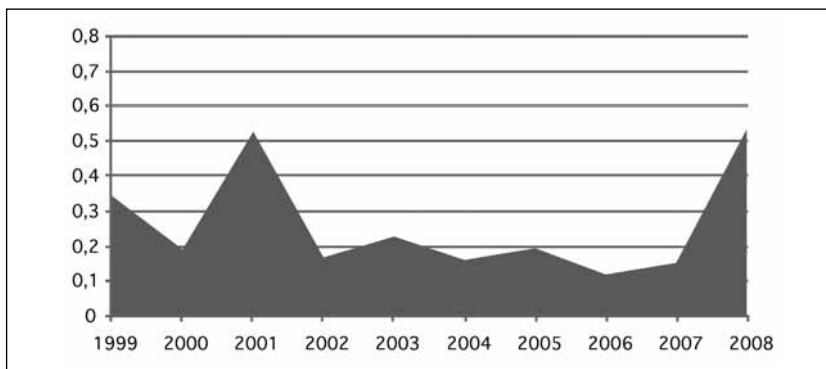
La reducción de la demanda de la empresa como consecuencia de la situación de crisis generalizada que se vive y se palpa entre el público fue la causa de apenas siete por ciento de los ERE que se aplicaron en 2008, dos puntos por encima del año anterior, pero bastante por debajo del quince por ciento que se registró en el mejor momento económico del periclitado ciclo económico, que fue en 1999. Del mismo modo, la quiebra y el concurso de acreedores ha sido justificación más frecuente en el pasado para la aplicación de expedientes de regulación que en el presente, donde existe una saturación de los juzgados por la multiplicación exponencial de este modelo de fracaso económico, pero apenas fue la causa el uno por ciento de los trabajadores afectados por ERE en 2008. Por el contrario, las causas organizativas, que en principio no tendrían que estar relacionadas de modo directo con el momento del ciclo económico, fueron la causa alegada del cincuenta y cuatro por ciento de los ERE (en volumen de trabajadores implicados). Esta propensión a los cambios organizativos que se traduzcan en una reducción del volumen de empleo contrasta con el trienio 1998-2000, en donde la bonanza económica no producía estos desequilibrios organizativos y apenas se alegaba en un veinte por ciento de los casos de ERE.

5. LA IMPORTANCIA DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN EN EL AJUSTE DEL EMPLEO

No obstante, las cifras absolutas no reflejan la verdadera importancia de los EREs en los flujos de salida del mercado de trabajo español. Los casi ciento veinticinco mil trabajadores a los que se aplicó un ERE entre enero y noviembre de 2008 son una cantidad ínfima respecto al ajuste en materia de empleo que está experimentando el mercado de trabajo español. Pese a su tremendo impacto mediático por la acumulación en un solo ERE de varios millares de asalariados, el conjunto de los trabajadores afectados constituyen una mínima parte de los desplazados por el ajuste de empleo que está experimentando la economía española.

De hecho, en comparación, por ejemplo, con las más de dieciocho millones de las bajas en la Seguridad Social que se registraron en el mismo periodo, los despidos llevados a cabo a través de ERE representan poco más del 0,5 por ciento del total de bajas registradas a lo largo del año 2008 en la Seguridad Social. La cifra, aunque muestra un sensible crecimiento relativo con respecto a las cifras del último quinquenio, es similar a la registrada en 2001, el año de la crisis tecnológica.

GRÁFICO 9. PORCENTAJE DE ASALARIADOS AFECTADOS POR SUSPENSIÓN DE CONTRATO POR UN ERE AUTORIZADOS RESPECTO A LAS BAJAS A LA SEGURIDAD SOCIAL HABIDAS EN EL AÑO, 1999-2008



Nota: En las bajas de la Seguridad Social se excluyen a aquellos que pertenecen a los regímenes Agrario por Cuenta Propia, del Mar por Cuenta Propia y del Mar. Hasta 2005, los datos se corresponden exclusivamente con las bajas en los regímenes General, Agrario por Cuenta Ajena y de Empleados del Hogar.

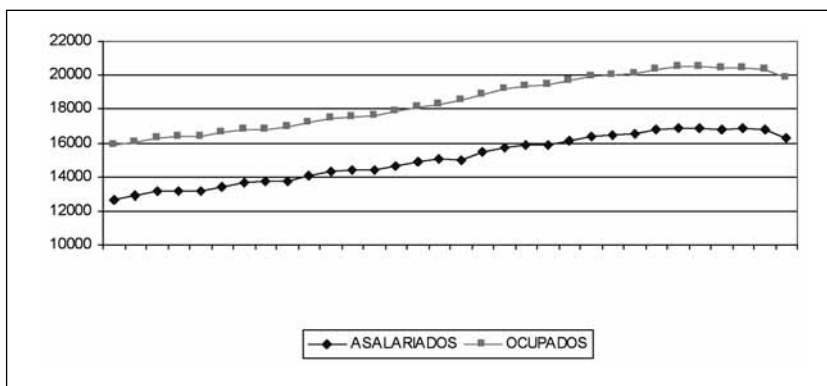
Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración y de la Tesorería de la Seguridad Social.

Y respecto a la a la destrucción neta de empleo. Si se comparan esos ciento cincuenta mil trabajadores que estuvieron afectados en su conjunto en 2008 por cualquiera de las medidas que se contemplan en los ERE con la destrucción neta de seiscientos veinte mil empleos a lo largo del mismo periodo, la proporción entre uno y otro se eleva hasta el veinticuatro por ciento.

Si consideramos la destrucción neta de seiscientos veinte mil empleos experimentada durante el año 2008, los despidos por expedientes de regulación de empleo aportaron en torno a un 16 por ciento de este fuerte ajuste de la ocupación.

Las cifras anteriormente apuntadas ponen de manifiesto que la importancia cuantitativa de los ERE no es destacada, pero sin embargo si lo es en términos cualitativos dada su concentración en determinados tipos de empresas (de mayores dimensiones, de capital extranjero, industriales, etc.), lo que confiere una repercusión importante mediática, produciendo una singular alarma social, a la utilización de este instrumento de ajuste de plantillas.

GRÁFICO 10. TOTAL DE OCUPADOS Y ASALARIADOS EN ESPAÑA. EN MILES. 2001-2008



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa del INE

La caída de la demanda a la que hacíamos referencia en el primer epígrafe del artículo se ha traducido en un freno en el crecimiento del empleo a lo largo de 2007 y que en 2008 se ha transformado en una reducción neta de la ocupación y de forma más acentuada de la ocupación entre los asalariados. Como hemos señalado, la aplicación de los ERE, no constituye ni mucho menos el instrumento más importante a través del que se está transformando la pérdida de empleo que en los últimos trimestres está experimentando la economía española.

Informes y Documentos

INFORME SOBRE LA REGULACIÓN DEL DESPIDO EN EUROPA

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido, derecho comparado

El debate sobre los costes y la regulación del despido en España acude a menudo a las comparaciones internacionales y, en concreto, con los países miembros de la Unión Europea. En ocasiones, la comparación puede resultar inapropiada o incompleta por limitarse a la perspectiva de los “costes” o por disociar las instituciones examinadas del sistema jurídico y del sistema de relaciones laborales en los que se integran. Por otra parte, la referencia a los datos numéricos de comparaciones como las realizadas por la OCDE –construidas, sin embargo, a partir de datos cualitativos– debe completarse con un conocimiento más detallado de las diferencias cualitativas.

En este contexto, el presente informe pretende simplemente recopilar, describir y sistematizar la información básica acerca de la regulación del despido en siete países: Reino Unido, Francia, Italia, Alemania, Austria, Dinamarca y Holanda. Aunque no puede hacerse en este trabajo un análisis en profundidad de los distintos ordenamientos, se ha intentado captar la lógica básica del sistema de protección del empleo en cada uno de estos países, señalándose algunas pautas de contraste con el modelo español.

ABSTRACT

Key Words: Dismissal, comparative Law

The debate about costs and dismissal regulation in Spain is usually compared internationally, but mainly with the rest of the European countries. This comparison could be inappropriate or incomplete because it is based on “costs” or because it looks at the judicial and labour law institutions. Also, the OECD data comparison is based on qualitative data and shall be completed with a detailed view, considering as well, those qualitative differences.

In this context, the present study simply aims to gather, describe and expose the information about the dismissal regulation in seven Member States: United Kingdom, France, Italy, Germany, Austria, Denmark and The Netherlands. Even if the analysis is not exhaustive, the focus of the study is based on these countries’ welfare state system while highlighting key factors to compare those systems with the Spanish one.

ÍNDICE

1. LOS COSTES DE DESPIDO EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO
 2. CONDICIONAMIENTOS INTERNACIONALES Y COMUNITARIOS PARA LA REGULACIÓN DEL DESPIDO
 3. REINO UNIDO: EL MODELO DEL “EMPRESARIO RAZONABLE”
 4. FRANCIA: LA “CAUSA REAL Y SERIA”
 5. ITALIA: LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS TUTELAS
 6. ALEMANIA Y AUSTRIA: EL PAPEL DEL COMITÉ DE EMPRESA
 7. DINAMARCA: EL PODER DEL SINDICATO
 8. HOLANDA: EL CONTROL *EX ANTE* DEL ESTADO
 9. CONCLUSIONES GENERALES EN LA CONFRONTACIÓN CON EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL
- TABLA RESUMEN DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS PAÍSES EXAMINADOS
BIBLIOGRAFÍA

1. LOS COSTES DE DESPIDO EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La insuficiencia de la perspectiva de los “costes”

No cabe duda de que, desde la perspectiva empresarial, los “costes del despido” constituyen una materia de enorme interés. En efecto, para cualquier gestor empresarial es esencial el control de la fuerza de trabajo como factor productivo; en este contexto, cobra una enorme importancia la *flexibilidad numérica*, es decir, la adaptación de la dimensión de la plantilla o del total de horas de trabajo a las exigencias productivas, así como la posibilidad de hacer cambios en la composición de la fuerza de trabajo si las cualificaciones no se adaptan a sus necesidades, o si algún trabajador es percibido como “defectuoso” por su conducta o por el deterioro de sus aptitudes. Por otra parte, para el interés empresarial es importante la certidumbre acerca de los efectos jurídicos de sus decisiones sobre la fuerza de trabajo: ello implicaría, en principio, unos niveles adecuados de seguridad jurídica respecto de las causas que justifican la ruptura del contrato y, por otra parte, una cierta certeza acerca de los eventuales costes derivados de las indemnizaciones atribuidas por la ley a los despidos justificados. Por supuesto, en abstracto, el estado de cosas ideal para el empresario individualmente considerado sería la ausencia total de costes; cuestión distinta es que la desregulación general pueda finalmente terminar perjudicando sus intereses, siguiendo el esquema del “dilema del prisionero” en la teoría de juegos.

Ahora bien, para analizar la institución del despido, la perspectiva de los “costes” es sumamente incompleta, porque analiza el despido únicamente desde el punto de vista de la maximización del beneficio en la gestión empre-

sarial, olvidando el interés de los trabajadores y otros intereses sociales que pueden proyectarse también sobre los empresarios.

Para el trabajador, su empleo constituye en la inmensa mayoría de los casos su medio principal de vida, bienestar y consumo y, en muchos casos, también el medio principal de acceso al bienestar de algunas personas a su cargo; en un contexto de desempleo estructural, la pérdida del empleo supone una amenaza evidente para el bienestar del trabajador y de su familia. Además, es muy probable que, de encontrar otro empleo, disminuyeran sus condiciones de trabajo. Por otra parte, el empleo mismo y el estatus social a él asociado, constituyen elementos de suma importancia para la configuración de la identidad personal del trabajador y su autoestima.

Por último, pero no menos importante, el “coste del despido” y, en particular, el coste del despido arbitrario, constituye el elemento más importante de reequilibrio de poderes entre las partes del contrato de trabajo; esto es particularmente cierto en las pequeñas empresas, donde el déficit de representación y el predominio de las relaciones personales y directas hacen muy difícil el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico durante el tracto de la relación laboral a través de los mecanismos formales. Pero también en las empresas de mayor dimensión, la garantía de estabilidad real en el empleo es una condición importante para el disfrute efectivo de los derechos individuales y colectivos. Así pues, en la medida en que el empresario pueda despedir arbitrariamente a los trabajadores, podrá degradarse de manera muy significativa la eficacia real del Derecho del Trabajo tanto en su dimensión individual como colectiva.

Los intereses sociales en el marco de la regulación de despido

Además de los intereses de trabajador y empresario, la regulación del despido puede afectar a diversos intereses sociales, a veces de manera ambivalente o contradictoria.

En primer lugar, la estabilidad en el empleo permite, en principio, una mayor productividad del trabajo al facilitar una mayor inversión en formación y cualificación profesional y un mayor interés en la motivación de los empleados. Ciertamente, aunque la regulación estatal fuera escasa, los propios empresarios podría establecer relaciones de trabajo estables donde les resultara oportuno si su estrategia se concentrara en la obtención de beneficios a largo plazo, pero debe tenerse en cuenta que la estructura de las instituciones jurídicas puede influir sobre las estrategias empresariales. En segundo lugar, la estabilidad en el empleo estimula la demanda agregada porque incentiva el consumo, especialmente de bienes con un valor elevado (compra de vivienda o automóviles). En tercer lugar, si los costes de despido son muy bajos, pueden favore-

cerse fenómenos de deslocalización de la producción o de reducción del uso del factor trabajo, generando mayores niveles de desempleo, lo que podría conllevar un incremento del gasto público o un incremento de la exclusión social.

No obstante, si los costes de despido son “excesivamente” elevados, o si éstas son las expectativas que tienen los empresarios, esto puede repercutir negativamente en los niveles de empleo. Ello es así porque el encarecimiento del factor trabajo puede afectar al cálculo de coste-beneficio que harían los empresarios antes de proceder a cada contratación. Si las expectativas acerca del coste son muy elevadas, los empresarios podrían sustituir capital por trabajo o simplemente contraer la inversión –o desplazarla, una vez más, al extranjero– “negándose a crecer” o renunciando a crear nuevas empresas. Los estudios empíricos no permiten establecer una relación lineal entre costes de despido y niveles de empleo; teóricamente, la desregulación puede aumentar las contrataciones, pero también las extinciones, de manera que el efecto real depende de toda una serie de factores del contexto, incluyendo la coyuntura económica.

Problemas metodológicos para la comparación internacional

Los “costes de despido” deben contemplarse en el marco de la “regulación de despido”, no sólo para poder ponderar adecuadamente los intereses en juego, sino también porque en realidad sólo pueden entenderse cabalmente en el marco de esta regulación. Como ya se ha señalado, los costes directos vendrían determinados, en primer lugar, por las eventuales indemnizaciones que los ordenamientos nacionales establecieran para los despidos emprendidos conforme a la ley. Estas indemnizaciones pueden tomar en consideración criterios como la antigüedad, la edad o verse influidas por el poder de negociación –a nivel individual o colectivo– de los trabajadores, de manera que no es posible proporcionar una cifra única. A esta cantidad deben añadirse los costes administrativos derivados del cumplimiento de las formalidades que exige la regulación, cuyo importe depende de las características de la situación y de la empresa. Pero además hay otros elementos que pueden afectar indirectamente a los costes de la extinción, de manera aún más variable, como el retraso en la eficacia del despido, debido al establecimiento de plazos de preaviso o a la exigencia de llevar a cabo procesos de consulta y negociación.

Por otra parte, la descripción anterior se refiere únicamente a los costes de un despido lícito. Pero la regulación de la “causa legítima” para despedir tampoco es uniforme en los distintos países y necesariamente hace referencia a conceptos jurídicos indeterminados que terminan interpretando en cada caso los jueces. La *incertidumbre* que pudiera tener el empresario acerca de la legalidad de la medida extintiva debido a la regulación abstracta de la causa y a su

interpretación por los tribunales podría también considerarse como un coste. En la medida en que la incertidumbre sea “excesivamente” elevada, la regulación de la causa sea “demasiado” rígida o, en cualquier caso, los jueces o los empresarios lo consideren así, la cuestión de los costes puede desplazarse al problema de la cuantía de las indemnizaciones por despido ilegítimo o de la compensación derivada de infracciones de procedimiento. Esto sucede de manera muy señalada en España, donde el “problema” de los “costes de despido” se asocia invariablemente a las indemnizaciones y salarios de tramitación derivados del despido “improcedente”. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, estas indemnizaciones son la consecuencia jurídica de un ilícito, de manera que lo procedente sería discutir sobre si son suficientemente eficaces, disuasorias o proporcionadas (como sucede con una sanción administrativa o penal) o si compensan de manera suficiente o excesiva los daños causados al trabajador; el hecho de que *en la práctica* pueda asumirse la indemnización del despido ilícito como el coste económico de una acción socialmente legítima se trata, sin duda, de una disfunción del sistema, pero esta disfunción tiene que ser tenida en cuenta.

En otro orden de cosas, para que la comparación se lleve a cabo con profundidad, no basta con conocer la normativa de despido, dado que una regulación relativamente “rígida” puede soslayarse a través de otros medios, oficiales o extraoficiales como el uso –y el abuso– de modalidades de contratación temporal, el recurso a trabajo autónomo –fraudulento o no–, los acuerdos individuales de extinción o el período de prueba. De manera menos obvia, otras instituciones jurídicas y del sistema de relaciones laborales interaccionan con la regulación del despido: así, por ejemplo, como se verá la presencia y fortaleza sindical en los lugares de trabajo puede reducir enormemente la arbitrariedad del empresario –en la extinción y en otros aspectos de la relación laboral–; de la misma manera, el sistema de protección social y las políticas activas de empleo y formación profesional pueden reducir o eliminar los perjuicios causados al trabajador sin afectar a la regulación del despido.

En último término, no basta con conocer las normas legales, sino también la protección proporcionada por los convenios colectivos, la aplicación jurisprudencial y la *práctica* real. Por otra parte, cuando la preocupación se centra en la posibilidad de que los empresarios no contraten trabajadores debido a las expectativas de coste, hay que tener en cuenta también las *creencias* de los empresarios o de sus asesores, respecto del sistema de protección (MALO y TOHARIA, 1999).

Todos estos factores dificultan enormemente las comparaciones internacionales desde la perspectiva de los “costes de despido”, especialmente cuando abarcan varios países. Estas dificultades se multiplican cuando todos estos datos cualitativos se intentan convertir en datos numéricos, como sucede con

las estadísticas de la OCDE. Este tipo de trabajos cuantitativos puede ser de enorme utilidad, pero para usarlos apropiadamente es preciso tomar conciencia de sus limitaciones; aunque la presentación numérica de los datos produce al lector una apariencia de “objetividad”, para construir estas cifras hay que tener en cuenta un gran número de factores puramente cualitativos. Como muestra de ello se señalan algunas limitaciones de los datos de la OCDE en particular:

–En primer lugar, estas cifras no toman en consideración, la protección de convenios colectivos, excepto cuando no existen mecanismos legales de carácter general.

–En segundo lugar, tampoco toman en consideración la *práctica* real de las empresas, lo que resulta aún más problemático; así, por ejemplo, España aparece paradójicamente como uno de los países europeos donde la rigidez en la contratación temporal es mayor, a pesar de que es evidente que es una de las principales vías a través de las cuales se han articulado las necesidades de flexibilidad, al margen del cumplimiento estricto del principio de causalidad en la contratación temporal y las tasas de temporalidad son muy altas en términos comparativos.

–En tercer lugar, se toman en consideración las indemnizaciones por despido improcedente o la previsión de reingreso del trabajador para un despido injusto; esto es completamente lógico desde una perspectiva puramente económica, pero, como ya se ha explicado, es cuanto menos discutible desde un punto de vista jurídico (aunque debe conectarse con la incertidumbre o rigidez en la regulación de la causa).

–En cuarto lugar, lógicamente, no pueden incluirse todos los aspectos relevantes; por ejemplo, en España constituye un mecanismo de restricción muy intensa la necesidad de que los despidos colectivos tengan que ser autorizados previamente por la autoridad laboral si no hay acuerdo con los representantes de los trabajadores (sobre todo porque entonces el despido no puede ser nunca “improcedente”, sino procedente o nulo), pero este elemento no se toma en consideración en las tablas; de la misma manera, no se toman en cuenta algunas matizaciones que pueden llegar a ser importantes como la exclusión o la reducción de la protección en las pequeñas empresas o la consideración de la antigüedad en las indemnizaciones para los despidos improcedentes.

–En quinto lugar, la ponderación de los distintos elementos es discutible, aunque esto es inevitable cuando se atribuyen valores numéricos a variables cualitativas; por ejemplo, la necesidad de notificar el despido a un tercero (comité de empresa o autoridad laboral) que, en sí misma considerada –si no retrasa la aplicación del despido– podría implicar, dependiendo de las circunstancias, un coste casi nulo para el empresario, se equipara a un preaviso de 1’6, 2’5 ó 9 meses, en función de la antigüedad.

–Por último, sólo puede tomarse en consideración la legislación relativa al despido y a la contratación temporal, pero no el sistema de protección social o la presencia y fuerza de la representación de los trabajadores, variables que podrían afectar al control de la arbitrariedad empresarial y a la protección efectiva del trabajador.

Con este trabajo pretendemos aportar algunos detalles cualitativos más al análisis comparativo de las regulaciones del despido en Europa y, en concreto, a la comparación con el ordenamiento español. No obstante, el estudio no puede ser exhaustivo ni en cuanto al número de países examinados (en este caso, serán Reino Unido, Francia, Italia, Alemania, Austria, Dinamarca y Holanda) ni en cuanto a la profundidad del análisis de cada ordenamiento jurídico. En todo caso, se procura incidir, en la medida de lo posible, en el examen de la aplicación efectiva de las disposiciones legales.

2. CONDICIONAMIENTOS INTERNACIONALES Y COMUNITARIOS PARA LA REGULACIÓN DEL DESPIDO

La regulación del despido de varios países está condicionada por el *Convenio OIT n.º 158 de 1982* sobre terminación de la relación de trabajo. No obstante, este convenio ha sido ratificado por un número relativamente bajo de países de la Unión Europea (Chipre, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Letonia, Luxemburgo, Portugal y Suecia). El convenio establece que, como regla general, el despido debe estar justificado en una causa relacionada con la capacidad del trabajador, su conducta o las necesidades de la empresa. También se establecen una serie de motivos que en ningún caso pueden justificar la extinción (discriminación, maternidad, represalias, afiliación sindical, etc.) El despido por enfermedad está también prohibido, pero se admiten excepciones en la aplicación del convenio. En lo que refiere al procedimiento, se exige un preaviso “razonable”, que podrá excluirse en casos de falta grave. Se prevé también el establecimiento de un procedimiento específico para despidos por causas económicas, tecnológicas o estructurales que alcancen una cierta dimensión; este procedimiento consiste en el establecimiento de consultas con los representantes de los trabajadores y la notificación a la autoridad laboral. En caso de que los despidos se consideren ilegítimos, se permite al legislador –o, en su caso, al juez– optar por la readmisión o por el establecimiento de una indemnización “apropiada”. Por último, el Convenio permite la exclusión de determinados tipos de trabajadores o de las empresas de pequeña dimensión de su ámbito de aplicación, previa consulta con los interlocutores sociales.

La *normativa comunitaria*, por su parte, no establece con carácter general una limitación a la “causa” de los despidos, aunque sí que existen algunas

prohibiciones específicas. Así, la Directiva 2001/23/CE, sobre traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, el hecho del traspaso, en sí mismo considerado, no puede justificar el despido, que podrá producirse, sin embargo, por razones económicas o empresariales. Por otra parte, las Directivas antidiscriminatorias (2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE) prohíben los actos de discriminación en el empleo, incluyendo los despidos discriminatorios por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad (con posibles matizaciones) u orientación sexual y los que se lleven a cabo como represalias por el ejercicio de derechos de paternidad y adopción o por la defensa jurídica del principio de igualdad de trato. La Directiva 92/85/CEE sobre protección de la maternidad prohíbe el despido de la trabajadora embarazada y en permiso de maternidad, salvo por razones excepcionales definidas por los Estados miembros no inherentes a su estado. Por último, la citada Directiva 2002/14/CE que establece un marco general de información y consulta establece que los representantes de los trabajadores deben gozar de la protección y garantías suficientes para el ejercicio de su actividad, sin nombrar efectivamente la protección frente al despido.

Como es sabido, la normativa comunitaria establece condicionamientos al procedimiento a través de la Directiva 98/59/CE de despidos colectivos, que determina un procedimiento de información y consulta a los representantes de los trabajadores y de comunicación a la autoridad laboral cuando los despidos por causas no inherentes a la persona del trabajador superan determinados umbrales en relación con la dimensión del establecimiento. Asimismo, la directiva marco de información y consulta (Directiva 2002/14/CE), que se aplica a las empresas que tengan al menos 50 trabajadores o a los centros de trabajo que cuenten con 20 empleados, establece la obligación de consulta a los representantes respecto de las medidas para evitar riesgos de destrucción de empleo y sobre las “decisiones que puedan provocar cambios sustanciales en los contratos de trabajo y en la organización del trabajo”.

Por otra parte, la Directiva 1999/70/CEE prevé, de manera muy abierta, el establecimiento de medidas que limiten la utilización abusiva de la contratación temporal; estas limitaciones pueden articularse a través de distintas estrategias, que no son incompatibles entre sí: la restricción de los motivos de la contratación temporal, los límites máximos de duración y la determinación del número de renovaciones posibles.

3. REINO UNIDO: EL MODELO DEL “EMPRESARIO RAZONABLE”

Aunque la regulación del despido del Reino Unido es conocida por ser relativamente poco restrictiva en términos comparativos, esto no quiere decir que

no exista o que no sea significativa. Aunque reconoce un alto grado de libertad al empresario, se dirige de manera muy clara a eliminar la arbitrariedad en el ejercicio de esta libertad. Al parecer, los estudios empíricos reflejan un alto grado de cumplimiento y eficacia de la normativa (HONEYBALL, 2008: 198), por lo que probablemente en algunos aspectos, la protección real puede ser superior a la de aquellos países con regulaciones aparentemente más restrictivas, pero sistemáticamente incumplidas.

La idea central de esta regulación es que los trabajadores tienen derecho a no ser “ilegítimamente despedidos” por su empleador. Este principio se concreta en una serie de exigencias causales y de procedimiento. No obstante, debe tomarse en consideración que los trabajadores de antigüedad inferior a un año están formalmente excluidos de este sistema de protección; en todo caso, la exclusión no opera en los casos de despido automáticamente ilegítimo que se mencionan más adelante.

En cuanto a la causa, los empleadores deberán alegar y acreditar la razón o la principal razón en la que se fundamenta el despido; si no se alegara ningún motivo, el despido resultaría automáticamente ilícito. La ley establece una serie de motivos que son ilícitos en todo caso: embarazo o parto, ejercicio de derechos de conciliación, transmisión de empresa en sí misma, pertenencia a sindicato, defensa de un derecho legal, etc. Por otra parte, también menciona una serie de motivos que potencialmente pueden ser legítimos: capacidad y cualificaciones, enfermedad, conducta del trabajador, acatamiento de normas legales, jubilación o despido por causas empresariales (“*redundancy*”); esta última lista no es cerrada, dado que se incluye una cláusula de apertura (“*some other substantial reason*”).

En estos supuestos de motivos “potencialmente legítimos”, el juez debe apreciar en cada caso concreto la validez de las razones tomando en consideración las circunstancias concurrentes; esto quiere decir que como regla general no vinculan los precedentes jurisprudenciales y que, de facto, pueden plantearse soluciones distintas para casos similares. El aspecto más llamativo en la apreciación de la causa es que la jurisprudencia no pone el énfasis en la concurrencia de un hecho real o en la “injusticia material” cometida respecto al trabajador, sino en la valoración de la conducta del empresario: se trata de determinar si actuó como un “empresario razonable”, por lo que se otorga valor a sus creencias, siempre que sean razonables, más que a la realidad objetiva; así, por ejemplo, si un empresario ha actuado adecuadamente en la investigación de una infracción laboral y ha llegado razonablemente a la conclusión de que ha sido cometida por un trabajador concreto, el despido puede ser legítimo aunque se demuestre que realmente no había cometido la falta. Esta es una clara manifestación de que el objetivo del legislador británico es simplemente limitar la arbitrariedad del poder del empresario.

En este sentido, las exigencias de causa de los despidos económicos no se refieren necesariamente a una situación patológica de la empresa, sino que se condicionan a la realidad efectiva del cierre de la empresa, del cierre del centro de trabajo o de la disminución de las necesidades de la plantilla. Esto implica que se exige la amortización del puesto de trabajo y que, por tanto, no se permite la sustitución de unos trabajadores por otros.

El ordenamiento jurídico británico establece también exigencias de procedimiento, cuyo incumplimiento supone, como regla general la calificación del despido como ilegítimo. En particular, es preciso que la extinción asuma la forma escrita, señalando los motivos justificativos; asimismo, se establece un *preaviso* a partir de dos años de antigüedad que varía de 1–12 semanas en función de los años de servicio. De manera más ambigua, el modelo de “actuación razonable” del empresario, dependiendo del contexto, puede exigir que aquél haya llevado a cabo algunos pasos previos; por ejemplo, haber advertido al trabajador suficientemente de un eventual descenso del rendimiento, tratando de conseguir mejores resultados, o haber ofrecido un cambio de puesto antes de llevar a cabo un despido económico. Con independencia de estos criterios generales, existen reglas formales específicas para el despido disciplinario y para el despido económico.

El procedimiento del despido disciplinario ha sufrido un cambio normativo muy reciente, que entrará en vigor el 6 de abril de 2009 y que simplifica los trámites vigentes. En el modelo vigente, existe un procedimiento estándar en tres fases y un procedimiento abreviado para casos extremos; el procedimiento estándar consiste en a) informe escrito del empleador anunciando el posible despido y convocando una reunión, b) reunión para dar audiencia al trabajador, que podrá venir acompañado de un representante, c) posible recurso del trabajador frente a la decisión del empleador, que llevaría a otra reunión antes de la comunicación de la decisión definitiva; en el procedimiento simplificado, el empresario comunica el despido, pero el trabajador tiene derecho a recurrir, en cuyo caso, se convocaría una reunión como en el supuesto anterior. En el nuevo régimen, se establece un Código más flexible de prácticas disciplinarias; los jueces tomarán en consideración este código para determinar si el empleador actuó o no razonablemente para calificar el despido, pero la calificación de “ilegítimo” no derivará automáticamente del incumplimiento del código, como sucede en el régimen vigente. El comportamiento de las partes durante el procedimiento podrá, además, suponer un aumento o reducción –si es el trabajador el que obra de modo inapropiado– de la indemnización de despido ilegítimo de entre el 0 y el 25% (en el régimen vigente, las posibilidades de variación son mayores, de entre el 10% y el 50%). A pesar de su reciente flexibilización, este procedimiento es bastante más garantista que el previsto ordenamiento español, donde no hay audiencia previa al trabajador, sino comunicación escrita y a los

representantes y donde la infracción de requisitos procedimentales no altera la cuantía de la indemnización si el despido carece de causa. Estos procedimientos, que han tenido un alto grado de cumplimiento real, incluso en las pequeñas empresas y en su forma más rígida, constituyen también una garantía frente a la eventual arbitrariedad del empresario.

En cuanto al procedimiento para el despido económico, si el número de despidos es superior a 20 en un período de 30 días o 100 en un período de 90 días el empleador deberá consultar al sindicato por él reconocido, a otra forma de representación adecuada elegida por los trabajadores (incluyendo representantes *ad hoc*) o, en su defecto, a los trabajadores afectados. Las consultas tienen que prolongarse durante un tiempo, que dependerá del número de trabajadores despedidos. Siguiendo los patrones de la Directiva de despidos colectivos, también será preciso notificar a la Autoridad laboral si el despido afecta a 20 personas en un período de 30 días o 100 en un período de 90.

En el ordenamiento inglés sólo se prevén indemnizaciones por despido legítimo en el caso del *despido económico*; esta indemnización recibe el nombre de “*redundancy payments*” y excluye a los trabajadores que tengan una antigüedad inferior a 2 años. Su cuantía se calcula multiplicando los años de servicio por un número de semanas que depende de la edad que tenía el trabajador en cada uno de estos años (menos de 22, 0’5 semanas, entre 22 y 41, 1 semana, a partir de 41, 1’5 semanas), hasta un máximo de 30 semanas. Esta indemnización es en todo caso inferior a la prevista en el ordenamiento español de 20 días de salario por año de servicio, aunque no necesariamente si se deduce la cantidad que paga el Fondo de Garantía Salarial en el caso de las empresas de menos de 25 trabajadores.

En lo que refiere a las consecuencias del despido ilícito existen formalmente tres alternativas: la reintegración del trabajador injustamente despedido a su puesto de trabajo, la nueva contratación (no necesariamente en el mismo puesto) o la compensación económica. El juez, en principio, da a elegir al demandante la solución, aunque tiene una cierta discrecionalidad para decidir si la reintegración o la nueva contratación son impracticables. En la práctica los dos primeros remedios son casi inexistentes, porque generalmente los propios trabajadores optan por la compensación, por haber encontrado un nuevo empleo o sencillamente por la ruptura de las relaciones personales con el empresario; los estudios empíricos parecen mostrar que cuando optan por la readmisión lo hacen por motivos estratégicos, para tratar de obtener una compensación mayor (sobre estos dos extremos de aplicación práctica, véase HONEYBALL, 2008).

La compensación económica por el despido ilícito se compone de una parte básica, que opera en todo caso, sin demostración especial de daños y otros elementos que dependen de las circunstancias del caso. La compensación

básica es la misma que se ha señalado anteriormente para los *redundancy payments*, con un máximo de 20 años y de 9.900 £, en el supuesto general; esta percepción puede reducirse por la conducta del empleador previa o posterior al despido y las cantidades que ya hubieran sido pagadas por el empleador. A ello se suma un *compensatory award*, que depende de la demostración de perjuicios concretos: pérdida inmediata de ingresos (con el equivalente a los “salarios de tramitación”), pérdida futura de ingresos (desempleo, infraempleo, consideración de la diferencia de ingresos en el nuevo empleo multiplicada por el tiempo que se prevé va a durar la situación), pérdida de beneficios adicionales (*fringe benefits*), gastos de búsqueda de empleo, derechos de pensión o perjuicios en el régimen de protección por desempleo; existe un máximo para esta cantidad que varía cada año (para el año 2009 es de 66.200 £). Por último, en caso de que el empleador se negara irrazonablemente a la readmisión se aplica un *additional award* de 26 a 52 semanas de salario, con independencia del tiempo de servicios. Como hemos señalado anteriormente, la indemnización puede reducirse o aumentar hasta un 25% en función del comportamiento de las partes en el procedimiento. Así pues, la indemnización, en comparación con la legislación española es muy variable, no está predeterminada (aunque existen unos valores máximos) y depende en gran medida de los perjuicios causados y el comportamiento razonable de las partes y no tanto de la antigüedad. Por consiguiente, para los trabajadores de poca antigüedad, pero siempre con al menos un año de servicios en la empresa, podría ser más eficaz en la interdicción de la arbitrariedad empresarial que la regulación española, aparentemente más protectora.

Los contratos temporales se regulan a partir de la transposición de la Directiva comunitaria; el contrato puede ser declarado indefinido si no hay razones objetivas para la contratación temporal o si se encadenan contratos por 4 años. Se aplica el principio de igualdad de trato, incluyendo, en principio, toda la protección por despido.

- La regulación de la causa otorga mucha libertad al empresario para la extinción, pero supone un compromiso real por la interdicción de la arbitrariedad del empleador si la antigüedad del trabajador es superior a un año.
- La regulación del procedimiento está igualmente comprometida con la interdicción de la arbitrariedad. El régimen es más intenso que el español en lo que refiere a los despidos individuales y bastante menos en los colectivos.
- Existen compensaciones por despidos legítimos cuando son de naturaleza económica y el trabajador tiene más de dos años de antigüedad en la empresa. Son relativamente pequeñas y dependen de la antigüedad.

- Las compensaciones por despidos ilegítimos tienen una base que depende de la antigüedad y una parte variable, pero sometida a límites legales, que toma en consideración los perjuicios causados y las irregularidades procedimentales.

4. FRANCIA: LA CAUSA “REAL Y SERIA”

El aspecto en el que el derecho francés se diferencia del español de manera más llamativa es la regulación de la extinción de los contratos temporales, que es especialmente rigurosa. Si el contrato finaliza por haber llegado a término, el empresario deberá pagar una indemnización equivalente al 10% de la remuneración total bruta (lo que equivaldría a 36 ó 37 días de salario por año de servicio), aunque por convenio colectivo puede reducirse hasta un 6%, cantidad que sigue siendo superior a las indemnizaciones por despido objetivo procedente en el ordenamiento español. La temporalidad del contrato implica una cierta estabilidad, porque la extinción antes del término sólo puede producirse por fuerza mayor (en sentido estricto), falta grave (noción que, como se verá, es más restringida que la del incumplimiento contractual acreedor del despido disciplinario) o acuerdo entre las partes; de lo contrario, el empresario deberá pagar una indemnización equivalente a la totalidad de las remuneraciones que el trabajador habría percibido hasta llegar al término del contrato.

En el marco de la regulación de los contratos indefinidos, se sigue el esquema habitual de exigencia de causa y de determinados requisitos procedimentales. La causa debe ser un motivo objetivo, materialmente verificable y vinculado a la esfera profesional. Cuando se trata de un motivo basado en la persona del trabajador la causa debe ser *real y seria*; el órgano judicial aplica este criterio teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el papel de unificación de la *Cour de Cassation* es muy limitado. Por otra parte, existen una serie de causas prohibidas que vician el despido y que se vinculan a la vulneración de derechos fundamentales (discriminación, represalias por huelga o ejercicio de acción judicial, vulneración libertad religiosa y de expresión, etc.) o a la situación de personas especialmente protegidas (trabajadoras embarazadas o suspensión del contrato por accidente de trabajo).

La causa económica (*motif économique*) también se define como “real y seria”, pero en este caso sí existe una labor unificadora de la *Cour de Cassation* que ha ido delimitando en gran medida su contenido. Se trata de una causa no inherente a la persona del trabajador que implica una supresión de empleo; a este supuesto se asimila la situación del trabajador que no acepta la modificación de un elemento esencial del contrato por causas empresariales. Como en el ordenamiento español, se

consideran reducciones de actividad, coste elevado del trabajo en relación con la situación financiera de la empresa, pérdida de mercados, introducción de nuevas tecnologías o reorganizaciones de la empresa necesarias para salvaguardar la competitividad. No se admite la concurrencia de la causa económica cuando la situación de la empresa se debe a la conducta culpable del empleador. Por último, se considera que el despido tiene que operar en último extremo, cuando no ha sido posible la recolocación del trabajador en el marco de la empresa o el grupo al que pertenece.

En cuanto al procedimiento, se exige la convocatoria del trabajador afectado a una entrevista, en la que se le da audiencia y a la que puede ir asistido por un representante o equivalente; posteriormente, en su caso, debe notificarse el despido indicando los motivos alegados. El defecto en la enunciación de los motivos equivale a la ausencia de causa; por otra parte, el incumplimiento de las pautas del procedimiento apareja una indemnización adicional. Además de estas reglas, se exige un preaviso cuya duración depende de la antigüedad: si lleva más de dos años en la empresa, será de 2 meses; si lleva entre 6 meses y 2 años, de un mes; para una antigüedad inferior a 1 mes, será la que señalen los convenios colectivos o las costumbres. La obligación de preaviso sólo desaparece en el caso de “*falta grave*”, que no se identifica con cualquier despido disciplinario justificado, sino con una causa que hace imposible el mantenimiento, incluso temporal, de la relación de trabajo.

El procedimiento de los despidos empresariales depende del número de despidos. Si se pretende extinguir un solo contrato, se siguen las formalidades anteriormente mencionadas, debiendo mediar al menos 7 días entre la entrevista y el despido. Cuando son varios los despidos que se pretenden llevar a cabo, deberá consultarse a los representantes de los trabajadores, proporcionándoles una serie de datos, e informar a la administración; si el número de despidos es superior a 10, deberán celebrarse al menos dos reuniones separadas por un intervalo máximo de 14 días.

Para un número de 2–9 despidos en un período de 30 días, se deberá consultar a los representantes de los trabajadores, aportando obligatoriamente una serie de datos, e informar a la administración. Si el número de despidos es de 10 o más en un período de 30 días, las consultas se llevarán a cabo en al menos dos reuniones separadas por un intervalo máximo de 14 días. Este intervalo máximo será de 21 días si la medida afecta a entre 100 y 250 trabajadores y de 28 si afecta a más de 250 trabajadores. Las empresas de más de 50 trabajadores que despidan a al menos a 10 deberán presentar un *plan de salvaguarda del empleo* destinado a evitar los despidos y facilitar la recolocación de los trabajadores.

Los despidos no tienen que ser autorizados por la administración; el papel de la Autoridad laboral se limita a un control “blando” sobre la regularidad del procedimiento y las medidas sociales de compañía; si considera que existe

alguna irregularidad, lo comunica a la empresa, que debe contestar razonadamente. También podrá hacer proposiciones para completar el plan. La sanción de las posibles irregularidades, en cambio, corresponde determinarla únicamente al juez.

En cuanto a los efectos indemnizatorios, existe una indemnización general para cualquier despido, por causas personales o económicas, salvo caso de *falta grave*, a la que tienen derecho todos los trabajadores a partir de un año de antigüedad. Estas cantidades se determinan reglamentariamente y son de 1/5 de mes o 1/10 (dependiendo de si el despido es económico o por causa real o seria) por año de servicio, con un incremento adicional por encima de los 10 años de antigüedad. Si el despido es fundado pero se lleva a cabo con infracción de los requisitos de *procedimiento* –como la entrevista–, se añadirá una indemnización de un máximo de un mes de salario; si la empresa tiene menos de 10 trabajadores o el trabajador una antigüedad menor a dos años, la indemnización tasada se sustituye por una compensación de los perjuicios causados. Además existe una *prioridad de cobertura de vacantes apropiadas* por parte de los trabajadores despedidos por causas empresariales (el empresario puede elegir entre ellos, pero debe informarlos), que implica una cierta carga administrativa sobre la empresa pero facilita el control de la efectiva amortización de los puestos de trabajo.

Si el despido carece de causa suficiente el juez podrá imponer la *readmisión*, pero, en la práctica, como en el ordenamiento inglés, esta posibilidad no se aplica nunca debido a que no es aceptada ni por el trabajador ni por el empleador (FANNEVEC–HÉRY, 2009: 537). Así pues, se aplica una *compensación económica* mínima correspondiente al salario de los 6 últimos meses, que podría ser mayor para reparar íntegramente el perjuicio causado y no excluye indemnizaciones adicionales por las condiciones vejatorias que se hubieran impuesto al trabajador. Una vez más, si la empresa tuviera menos de 10 trabajadores o el empleado una antigüedad inferior a dos años, la indemnización tasada se sustituye por la compensación de los perjuicios acreditados y la readmisión no puede imponerse. Debe hacerse notar que, salvo por este requisito de acceso a uno u otro medio de tutela, la indemnización del despido sin causa no se ve afectada por la antigüedad del trabajador. Así, la indemnización mínima, sin contar los perjuicios adicionales, la compensación por defectos de procedimiento procedimentales y la indemnización que se paga en todo caso es superior a la prevista en el ordenamiento español cuando el trabajador tiene entre 2 y 4 años de antigüedad (unos 5 años y medio aproximadamente en el contrato español de fomento de la contratación indefinida), pero no para antigüedades más elevadas.

El despido por causa ilícita normalmente se califica como nulo y básicamente se refiere a vulneraciones de derechos fundamentales o al despido de

personas especialmente protegidas. La ausencia del plan de salvaguarda del empleo en los despidos colectivos implica también la nulidad de las extinciones. La sanción de la nulidad es la *reintegración*, pero si el trabajador, como es habitual, no desea ser reintegrado, deberá proporcionarse una indemnización equivalente, como mínimo, a los 6 últimos meses de salario, pudiendo incrementarse para adaptarse a los perjuicios causados; en este caso, con independencia de la antigüedad y la dimensión de la empresa.

- La regulación de la extinción de los contratos temporales es muy rigurosa.
- El despido tiene que estar justificado por una causa objetiva, real y seria.
- El procedimiento para los despidos individuales es más intenso que en el ordenamiento español y su incumplimiento genera normalmente una sanción pecuniaria.
- El juez puede imponer la readmisión en los despidos sin causa, pero normalmente, la sanción consiste en una indemnización de al menos 6 meses de salario, independiente de la antigüedad a partir de 2 años.
- Para antigüedades inferiores a un año o empresas de menos de 10 trabajadores, desaparecen las indemnizaciones tasadas y se compensan únicamente los perjuicios demostrados.
- Los despidos económicos procedentes o no, generan una indemnización de 6 días por año de servicio; los disciplinarios, de 3 días, salvo en casos muy graves.
- En el procedimiento de despidos colectivos, el ámbito de aplicación es más amplio que en el caso español, pero la administración no tiene que autorizar los despidos.

5. ITALIA: LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS TUTELAS

En Italia se aprecia una cierta “huida” del empresario hacia contratos temporales o el trabajo autónomo o parasubordinado, con objeto de eludir las restricciones al despido. La contratación temporal requiere causa, pero su ausencia, en principio, produce efectos indemnizatorios antes que la conversión del contrato en indefinido; esta conversión sí se produce cuando el trabajador ha pasado 36 meses al servicio del mismo empresario, incluso de modo interrumpido. En todo caso, la extinción *ante tempus* de los contratos temporales, salvo en el caso de la “justa causa”, que tiene el mismo sentido que en el ordenamiento francés la “falta grave”, genera una indemnización equivalente a la retribución que habría percibido durante el resto de la duración del contrato,

deduciendo la que haya podido percibir efectivamente en otra ocupación si actuara con la debida diligencia.

En el ordenamiento italiano, toda extinción, procedente o improcedente, así como las extinciones de los contratos temporales generan una indemnización denominada "*trattamento di fine rapporto*", que tiene un carácter de retribución diferida (en algunos casos se puede anticipar) y la finalidad de afrontar el riesgo de la pérdida de empleo. Esta indemnización se sumaría a las eventuales compensaciones derivadas de la eventual calificación del despido como ilegítimo. Su cuantía es el resultante de dividir por 13'5 la retribución de cada año, tomando en consideración la inflación, por lo que podría considerarse equivalente, a efectos de la comparación con el sistema español, a una indemnización de 27 días por año de servicio.

Asimismo, para que el despido sea legítimo tiene que tener un "motivo justificado" o una "justa causa"; la "justa causa" se vincula a determinados incumplimientos de especial gravedad que impiden el mantenimiento, incluso temporal de la relación y eximen de la obligación de preaviso. También como en el caso anterior, los despidos discriminatorios son calificados como nulos. La consideración del "motivo justificado" se hace tomando en consideración las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

En cuanto a la causa del despido económico, la regulación legal y su interpretación jurisprudencial es similar a la española. Se exige una determinada situación de dificultad de la empresa, una efectiva amortización del puesto de trabajo y un nexo de causalidad entre ambos elementos; esta situación puede ser una crisis de empresa, una reorganización o la introducción de nuevas tecnologías, pero no basta para justificar el despido el aumento de beneficios, sino que es preciso hacer frente a situaciones desfavorables. Además, como en el derecho francés, se entiende que el despido sólo puede operar en defecto de otras medidas menos intensas.

El procedimiento de despido requiere la comunicación por escrito de la decisión empresarial, indicando la causa; en caso contrario, el despido será ineficaz. También se exige un preaviso (salvo en el caso de la "justa causa"), que dependerá del convenio colectivo, la costumbre o la equidad. El incumplimiento del preaviso conlleva el pago de las retribuciones correspondientes, pero la jurisprudencia ha interpretado también que el contrato debe considerarse en vigor a otros efectos.

El procedimiento de despido colectivo se debe aplicar cuando se produzcan al menos 5 despidos en un período de 120 días en la misma unidad productiva o en la misma provincia, formando parte de la misma reducción de actividad, siempre que la empresa tenga más de 15 empleados. El procedimiento tiene dos fases, una primera de consulta a los representantes sindicales y unitarios y al sindicato de categoría, debiendo aportar el empresario información suficiente,

y una segunda fase ante la Autoridad laboral para el caso de que no se alcanzara un acuerdo, en la que ésta actuará como mediadora. En el ordenamiento italiano no se exige a las empresas la aportación de un “Plan Social”. La negociación debe desarrollarse en el plazo máximo de 45 días y la intervención de la autoridad laboral en 30 días; estos plazos se reducen a la mitad si el número de despidos es inferior a 10. El incumplimiento de la forma escrita o de las reglas de procedimiento produce también en este caso la ineficacia del despido. Por último, la norma establece una serie de criterios de selección de los trabajadores afectados para ser tomados en consideración conjuntamente: cargas familiares, antigüedad, exigencias productivas. Los trabajadores despedidos se encuentran en situación de *mobilità*, lo que implica la percepción de percepciones económicas por parte de una institución pública y la inclusión en una lista que otorga derecho de preferencia en próximas contrataciones.

Como ya se ha señalado, los trabajadores despedidos tienen derecho, como compensación al *trattamento di fine rapporto*; además, cuando se trate de un despido económico, podrán disfrutar de las prestaciones aportadas por fondos públicos (*Cassa Integrazione Guadagna*) financiados con cotizaciones del empresario o de empresario y trabajador.

Respecto a las consecuencias del despido ilegítimo o ineficaz existen dos formas de tutela –denominadas “real” y “obligatoria”– que dependen básicamente de la dimensión del centro de trabajo y de la empresa. La *tutela real* se aplica a todas las empresas de más de 60 trabajadores y también a las de menor tamaño que empleen a más de 15 personas en la misma unidad productiva o en el mismo municipio (o bien a las empresas agrícolas que empleen a más de 5 trabajadores en el mismo ámbito territorial); también se aplicará si el despido es discriminatorio o, en todo caso a las Administraciones Públicas. La *tutela obligatoria* se corresponde, por tanto, con las empresas que no alcancen estos umbrales de plantilla, siempre que el despido no sea discriminatorio. Debe tomarse en consideración que en Italia el tejido productivo está formado principalmente por empresas de pequeña y mediana dimensión, por lo que esta última forma de tutela afectará a la mayor parte de las empresas en términos absolutos y a una proporción importante de la fuerza de trabajo.

En la *tutela obligatoria*, el *empleador* puede elegir entre la readmisión o el pago de una indemnización que oscilará entre los 2’5 y los 6 meses de salario en función del número de trabajadores, la dimensión –suponemos que económica– de la empresa, la antigüedad y el comportamiento de las partes. En comparación con la compensación establecida en el ordenamiento español, el papel de la antigüedad es muy reducido y, en contrapartida, se toman en consideración otros aspectos, como el comportamiento de las partes o la capacidad económica de la empresa. Debe recordarse que a esta cantidad debe añadirse el *trattamento di fine rapporto*, que equivale aproximadamente a 27 días de

salario por año de servicio. La variabilidad de la indemnización italiana dificulta una comparación de costes, pero, a título aproximativo podríamos decir que, sumando el *trattamento di fine rapporto* y la indemnización, la compensación prevista por el ordenamiento español es más baja para los trabajadores de entre 2'3 y 4'6 años de antigüedad, 3'1 y 6'27 para los contratos de fomento de la contratación indefinida.

La *tutela real* implica *teóricamente* la readmisión al puesto de trabajo y el pago de una indemnización equivalente a los daños causados y que, como mínimo será de 5 meses de salario. No obstante, el trabajador puede optar por abandonar la empresa con una *compensación* equivalente a 15 meses de salario (sin tomar en consideración la antigüedad); esta indemnización es más elevada que la prevista en el ordenamiento español para los trabajadores de menos de 10 años de antigüedad, 13'6 en el caso del contrato para el fomento de la contratación indefinida. Como hemos visto que sucede en Francia y en el Reino Unido, en realidad, los trabajadores no optan prácticamente nunca por la readmisión (GARÓFALO, 1990; CARINCI, 2003), de manera que la “*tutela real*” consiste verdaderamente en un incremento de la indemnización económica correspondiente a la “*tutela obligatoria*”.

- Se exige un “motivo justificado” o una “justa causa” para el despido. La suficiencia de la causa está relativamente determinada para los despidos económicos y depende de las circunstancias de cada caso en el resto.
- El procedimiento para los despidos individuales es similar al caso español.
- El procedimiento de despidos colectivos tiene un ámbito más amplio que en el ordenamiento español, y puede retrasar notablemente los efectos de la decisión extintiva, pero en él la intervención mediadora de la Autoridad Laboral no es vinculante para las partes.
- Las consecuencias del despido ilícito varían en función de la dimensión de la empresa, pero en la práctica se concretan en una indemnización. En las pequeñas empresas, esta indemnización varía en función del comportamiento de las partes, la dimensión económica y laboral de la empresa y la antigüedad. En el régimen general, se trata de una indemnización de 15 meses de salario.

6. ALEMANIA Y AUSTRIA: EL PAPEL DEL COMITÉ DE EMPRESA

En el ordenamiento alemán, como en los casos anteriores, el empleador deberá, como regla general justificar adecuadamente el despido. Quedan

excluidos de la limitación de la causa los trabajadores que tengan menos de 6 meses de antigüedad y los que presten sus servicios en empresas de hasta 10 trabajadores –sin contar los aprendices y computando los trabajadores a tiempo parcial en función del tiempo trabajado–, si bien en estos casos podría aplicarse el Derecho Civil, argumentando que la extinción es “contraria a las buenas costumbres” si resulta especialmente arbitraria, discriminatoria o se trata de una represalia (DÄUBLER, 1994: 674). Para que el despido se considere *socialmente justificado* debe fundarse en una causa o motivo importante (*wichtiger Grund*). Los Tribunales interpretan con rigor la exigencia de causa, puesto que en 4 de cada 5 procesos judiciales, fallan a favor del trabajador, que impugna el despido en el 27% de los casos (GRUND, 2006).

A estos efectos, se distingue entre tres grupos de causas o motivos: los inherentes a la persona del trabajador (en la mayoría de los casos, la enfermedad), los que se basan en el comportamiento del trabajador (se trataría del equivalente al despido disciplinario) y los fundados en necesidades “urgentes” (*dringende*) de la empresa. En todos los casos, se controla la proporcionalidad de la medida extintiva haciendo una ponderación de los intereses de ambas partes; no existen reglas fijas para efectuar esta ponderación, lo que implica una cierta incertidumbre. En cualquier caso, se entiende que el principio de proporcionalidad implica que el despido sólo puede operar en defecto de una solución menos lesiva para los intereses del trabajador (como la modificación de las condiciones de trabajo). Por otra parte, en el *despido económico*, la selección de los trabajadores afectados debe hacerse tomando en consideración criterios sociales, haciendo un examen conjunto de elementos como la edad, la antigüedad o las responsabilidades familiares.

Algunos colectivos (mujeres embarazadas, personas de permiso por maternidad o para el cuidado de hijos, miembros del comité de empresa, etc.) gozan de una protección especial frente al despido que generalmente implica la exigencia de una autorización administrativa o del comité de empresa.

En lo que refiere al procedimiento, resulta especialmente significativo el *deber de audiencia previa al comité de empresa*, que se aplica en todos los casos (siempre que exista este órgano de representación), antes de la notificación del despido. El comité deberá pronunciarse en una semana o en tres días, dependiendo de si el despido es ordinario o extraordinario. La extinción carecerá de eficacia si no se lleva a cabo este trámite de consultas. Si el trabajador impugna judicialmente el despido y el comité de empresa se ha opuesto a la extinción, podrá seguir trabajando en la empresa hasta la decisión final (sólo en casos excepcionales puede solicitar el trabajador este mismo efecto si no cuenta con la oposición del comité al despido); asimismo, esta oposición se tendrá en cuenta en la decisión acerca de la proporcionalidad de la medida.

En cambio, en el ordenamiento alemán no se exige una entrevista personal con el trabajador. Tampoco son muy elevadas las exigencias formales de la comunicación, que en principio ni siquiera debe incluir en todo caso la determinación escrita de los motivos. Probablemente, esto se debe a que el control colectivo sustituye en parte a las garantías individuales. En todo caso, sí que se exige, como regla general, un período de *preaviso* relativamente largo: la duración mínima del preaviso es de 4 semanas, pero puede ampliarse hasta un máximo de siete meses en función de la antigüedad del trabajador. La exigencia de preaviso desaparece en el “*despido extraordinario*”, que, al igual que en los casos francés e italiano, se refiere a la concurrencia de un motivo importante que hace intolerable el mantenimiento, siquiera temporal, de la relación de trabajo; este “despido extraordinario” debe notificarse en un máximo de dos semanas desde que se tuvo noticia de los hechos.

El procedimiento de despidos colectivos se aplica cuando el empresario pretende despedir, en un período de 30 días a un número determinado de trabajadores en función de la dimensión de la empresa: más de 5 extinciones en empresas de 20–60 empleados, 25 extinciones o el 10% de la plantilla en empresas de hasta 500 trabajadores y 30 extinciones en todo caso. La consulta incluye la “compensación de intereses” –que se refiere a la oportunidad y al número de los despidos– y, si el número de extinciones rebasa una determinada cifra en función de la dimensión de la empresa, la negociación de un *plan social*, destinado a paliar los efectos de la reestructuración.

Además de la obligación de consulta con el comité de empresa, existe la obligación de notificar a la Autoridad laboral, al menos 30 días antes de la decisión extintiva (así como de las posibilidades de que pudieran emprenderse despidos en los siguientes 12 meses); este órgano podrá suspender durante un mes más la efectividad de los despidos si lo considera necesario.

En el ordenamiento alemán *no se prevén* con carácter general indemnizaciones para los despidos procedentes. No obstante, los *planes sociales* sí que incluyen compensaciones económicas para los trabajadores despedidos, que no están condicionadas por patrones legales.

En cuanto a los efectos del despido ilegítimo, teóricamente se aplica como regla general la *readmisión* del trabajador injustamente despedido. Como en los casos anteriores, esta solución es irreal en la práctica (sólo alrededor del 9% de los casos terminan en readmisión, según EMIRE, 2007). En la práctica, las partes suelen llegar a un acuerdo antes de la finalización del proceso, con objeto de evitar la incertidumbre y las consecuencias negativas del alargamiento del conflicto. Las indemnizaciones no están tasadas para estos acuerdos pero las cantidades que se señalan a título orientativo en diversas fuentes oscilan entre el 30% de un mes de salario y un mes entero por año de servicio; según algunos estudios empíricos, la media se situaría en 0'5 meses de salario por año de

servicio (GRUND, 2006). En todo caso, el juez puede sustituir la readmisión –considerada irrealmente como la solución por defecto– por una indemnización económica que puede llegar hasta los 12 meses de salario (y la media también se sitúa en los 0'5 meses por año de servicio). Así pues, en realidad, la readmisión es simplemente un instrumento para que los empleadores tengan que justificar el despido.

En cuanto a la contratación temporal, en el ordenamiento alemán, los límites son teóricamente menos estrictos que en el caso español. Así, a partir de la flexibilización de los años 80, se permite el establecimiento de contratos temporales sin causa hasta un límite de 2 años, sin que existan especiales límites para la contratación temporal causal. Sin embargo, esto no ha provocado una generalización de la contratación temporal, como sucedió en España a partir de 1984. Esto puede atribuirse a factores diversos, como las diferencias en el modelo productivo (con un mayor énfasis en la cualificación y en la productividad del trabajo en el caso de Alemania) o la mayor fortaleza de los sindicatos y las representaciones unitarias.

En Austria, el sistema de protección frente al despido es muy similar al alemán en su estructura, variando los detalles de la regulación. Así, por ejemplo, el umbral que determina la exclusión es de 5 trabajadores, como sucedía anteriormente en el derecho alemán; también varían los umbrales para determinar si el despido es colectivo, de manera más favorable a esta cualificación. Los plazos de preaviso previstos en la ley son también diferentes, haciéndose la distinción entre trabajadores de “cuello blanco”, donde puede variar desde 6 semanas para una antigüedad de 2 años a 5 meses si el trabajador lleva más de 25 años en la empresa, y trabajadores de “cuello azul”, para los que se establece una regla general de 14 días de preaviso; por otra parte, estos plazos pueden variar por convenio colectivo. En todo caso, los rasgos diferenciados más significativos del derecho austríaco se refieren a la intervención del comité de empresa y a las indemnizaciones por despido procedente.

El esquema de intervención del comité de empresa es el mismo que en Alemania (con un plazo de 5 días para emitir su informe), pero la objeción del comité implica que éste tiene en principio preferencia sobre el trabajador para impugnar el despido, por lo que en estos casos primaría la dimensión colectiva sobre la individual.

En el ordenamiento jurídico austríaco, al contrario que en Alemania, se han previsto tradicionalmente indemnizaciones para los despidos procedentes para los trabajadores que tuvieran al menos 3 años de antigüedad, salvo en caso de “despido sumario” (el equivalente al “despido extraordinario” alemán). Actualmente, esta regulación sólo se aplica a los contratos pactados antes del 2003 y comprende unas indemnizaciones que oscilan entre los 2 y

los 12 meses de salario, en función de la antigüedad del trabajador. En el régimen vigente, las indemnizaciones a cargo del empleador se sustituyen por el establecimiento de un *fondo público* al que contribuyen los empresarios con cotizaciones del 1,53% del salario del trabajador. En caso de despido, el trabajador tendrá derecho al pago de una cantidad, a partir de los 36 meses de cotización (con uno o varios empleadores) y su importe dependerá de las cotizaciones efectuadas. La ventaja que supone este sistema es que de esta manera, el coste de despido no se hace progresivamente mayor con la antigüedad en la misma empresa, lo que incentivaría la rotación involuntaria y desincentivaría la rotación voluntaria (efectos que, en último término, pueden perjudicar la productividad del trabajo). Debe recordarse que esta sustitución opera únicamente respecto de las indemnizaciones por despido procedente, no para las eventuales compensaciones que pudieran sustituir a la readmisión.

En cuanto a la contratación temporal, en el ordenamiento austriaco no existen, en teoría, limitaciones a la causa del contrato, pero sí al encadenamiento, que sólo puede justificarse por razones objetivas.

- Se exige una causa suficientemente seria para el despido, excepto en el caso de los trabajadores de menos de 6 meses de antigüedad y en las empresas de hasta 10 trabajadores (5 en Austria), donde subsiste la prohibición de discriminación. La determinación de la concurrencia de la causa implica una ponderación de intereses que debe hacerse en cada caso.
- El procedimiento para los despidos individuales no es particularmente estricto, salvo por las exigencias de preaviso, que pueden llegar a ser muy intensas para los trabajadores antiguos (sobre todo en Alemania) y la audiencia previa al comité de empresa. Los efectos jurídicos que despliega la intervención del comité pueden facilitar un control informal por parte de los representantes de la arbitrariedad del empresario.
- Los despidos colectivos incluyen un *plan social*, donde se establecen indemnizaciones. Por lo demás, en Alemania no se prevén expresamente compensaciones para los despidos procedentes y en Austria se sustituyen por el pago de un fondo financiado con cotizaciones empresariales.
- Los despidos ilegítimos terminan teóricamente con la readmisión y en la práctica con una indemnización. En el cálculo de la indemnización intervienen factores como la antigüedad y el salario pero su determinación es más flexible –y provoca más incertidumbre– que en el caso español.

7. DINAMARCA: EL PODER DEL SINDICATO

El sistema de protección contra el despido danés debe situarse en el contexto de su peculiar modelo de relaciones laborales. Las tasas de afiliación a los sindicatos y organizaciones empresariales son extraordinariamente altas (incluso a pesar del predominio de empresas pequeñas y medianas); estas organizaciones, en términos comparativos están muy bien estructuradas y sus pautas de negociación están muy institucionalizadas. Debido al interés de los interlocutores sociales por canalizar por sí mismos el conflicto, la regulación legal en materia laboral es muy escasa –prácticamente sólo se establece para satisfacer determinadas exigencias del Derecho Comunitario–, e incluso los sistemas judiciales de resolución de conflictos están muy influidos por los interlocutores sociales. Por el contrario, el sistema de protección social es muy intenso y también las políticas activas de empleo; en todo caso, los sindicatos participan de manera muy significativa en la gestión –o, en su caso, gestionan directamente– las prestaciones por desempleo.

En Dinamarca no existe una norma de rango legal que regule con carácter general la protección por despido, aunque sí existen leyes que prohíben determinadas formas de despido, como el despido discriminatorio por razón de sexo o el que vulnera el derecho de afiliación sindical positiva o negativa. Ciertamente, los trabajadores del sector público y, con carácter general, los de “cuello blanco” se encuentran protegidos por la normativa legal, pero en para el resto de los trabajadores, la protección viene dada por los convenios colectivos; así pues, algunos trabajadores quedan excluidos de la protección, si bien hay que tener en cuenta que las tasas de cobertura de la negociación colectiva en Dinamarca son superiores al 80% (debido a las altas tasas de afiliación sindical y empresarial y a la extensión a través de contratos individuales que se remiten al convenio) y, en términos comparativos, son relativamente elevadas incluso en empresas muy pequeñas. El convenio que se aplica a estos efectos para la mayor parte de los trabajadores es el *Acuerdo Básico* entre la central sindical LO y la patronal DA, pero existen otros acuerdos en determinados sectores (por ejemplo, la Agricultura) que establecen sistemas de protección equivalentes; por otra parte, los convenios colectivos en ámbitos más concretos suelen incluir garantías adicionales para reforzar la protección frente al despido de los representantes de los trabajadores.

En las diversas regulaciones, se exige de una manera u otra que el despido esté justificado en una “causa razonable” (*saglig grund*) vinculada al trabajador o a las necesidades de la empresa; en el Acuerdo Básico DA/LO esta necesidad de justificación se hace derivar de una prohibición general de arbitrariedad. En todo caso, la interpretación que se hace de la “justa causa” es *muy poco restrictiva*, especialmente cuando se alegan razones empresariales. En la mayor parte

de los casos, las causas económicas se consideran razonables cuando se amortiza efectivamente el puesto de trabajo, porque se considera que es prerrogativa del empleador decidir el volumen de empleo necesario para su empresa, si bien podría demostrarse que el motivo real de la extinción es otro; no existen reglas particulares para la selección de los trabajadores, ni una obligación de que el despido sea un “último recurso”, aunque es frecuente que, sin obligación convencional, se emprendan medidas alternativas al despido como el reparto de trabajo (EMIRE, 2007), debido seguramente a la presencia y fortaleza sindical. Si la causa se refiere a la conducta o a los resultados del trabajador, la decisión empresarial se somete a un mayor escrutinio y se exige que se haya advertido suficientemente bien al trabajador de sus obligaciones o de la posibilidad del despido; por último, en este ordenamiento se admite la “enfermedad” como causa de despido.

En cuanto al procedimiento, normalmente se exige un período de preaviso, muy variable en función de la profesión del trabajador, su antigüedad y el sector de actividad (desde 6 meses en el caso de empleados públicos y trabajadores de cuello blanco con cierta antigüedad hasta la ausencia de preaviso). Cuando no hay disposiciones específicas, se suele aplicar el preaviso que se estime razonable en función de la buena fe contractual. En todo caso, existe la posibilidad de llevar a cabo un *despido extraordinario*, sin cumplir el plazo de preaviso, en caso de “incumplimiento grave” (*grov misligholdese*). Los convenios colectivos también prevén reducciones del preaviso, o su sustitución por una compensación económica en casos específicos, como la fuerza mayor. No existe un deber general de consulta previa con los representantes de los trabajadores, sino que las negociaciones pueden producirse una vez que se impugna el despido, de la manera que se explica más adelante; tampoco se prevé un deber de audiencia al trabajador, aunque, si tiene cierta antigüedad, en el ámbito del Acuerdo Básico DA/LO, éste puede solicitar a la empresa la comunicación de las razones para el despido.

El procedimiento de despidos colectivos se encuentra regulado por ley, en transposición de la Directiva comunitaria, dado que la transposición a través de los convenios colectivos no garantizaba una cobertura total; en cualquier caso, la regulación convencional puede superponerse a la legal, e incluso sustituirla, en su caso (respetando, claro está, la Directiva). El despido será colectivo cuando en un período de 30 días afecte a 10 trabajadores en empresas de hasta 100 trabajadores, el 10% en empresas de hasta 300 trabajadores o a 30 en todo caso. Existe un régimen específico para despidos colectivos de especial significación, que afectan al menos al 50% de los trabajadores de empresas que cuenten con más de 100 empleados. En consonancia con la regulación comunitaria, será preciso consultar a los representantes y posteriormente informar a la Autoridad laboral, suspendiéndose temporalmente los efectos de la medida

extintiva durante 30 días; en los despidos de mayor significación, el período de consultas que antecede a la comunicación debe durar al menos 21 días. El incumplimiento de estas formalidades implica una sanción civil (de un mes de salario u 8 semanas en caso de despidos de mayor significación), así como una sanción penal de carácter pecuniario.

En cuanto a los efectos del despido, no se prevén con carácter general indemnizaciones para los despidos procedentes, salvo en el caso de trabajadores públicos o empleados “de cuello blanco” de elevada antigüedad y los primeros dos días de desempleo, a cargo del empresario. En todo caso, el sistema de protección por desempleo y las políticas activas de empleo contribuyen a evitar que el despido provoque disfunciones sociales importantes.

En el ámbito del Acuerdo Básico DA/LO, cuando un trabajador considera que el despido es arbitrario, no reclama ante los tribunales ordinarios, sino ante un tribunal especial, creado por el Acuerdo, denominado el Tribunal de Despidos, formado por miembros nombrados por los interlocutores sociales y por magistrados del Tribunal Supremo. No obstante, un trabajador no afiliado a un sindicato al que se aplica el Acuerdo Básico a través de una remisión en su contrato de trabajo podría acudir a los tribunales ordinarios. Fuera del ámbito del Acuerdo Básico, los convenios colectivos establecen sistemas muy similares. El Tribunal de Despidos funciona más bien como un organismo de mediación y arbitraje que como un órgano judicial, aunque sus resoluciones no admiten ningún tipo de recurso; el procedimiento completo de impugnación de los despidos está concebido para funcionar de manera especialmente rápida, y habitualmente, la solución se lleva a cabo en semanas antes que en meses (VAN PEIJPE, 1998); más que una reclamación de derechos individuales, opera como un proceso de negociación entre sujetos colectivos que puede terminar en un arbitraje en los casos más extremos. En primer lugar, se llevan a cabo negociaciones a nivel de empresa o local con los representantes sindicales por un máximo de dos semanas; si no se llega a un acuerdo, se traslada la negociación al nivel de las organizaciones. En último término, si no hay acuerdo, el trabajador puede dirigir la reclamación ante el Tribunal de Despidos en un plazo máximo de 7 días.

El Tribunal puede decidir anular el despido, reintegrando al trabajador a su puesto de trabajo o establecer una compensación si existen dificultades para la convivencia de las partes. En la práctica, es muy raro que se llegue al arbitraje (así, según VAN PEIJPE, 1998, la media de casos estaría por debajo de 10 al año). Esto se debe probablemente a la eficacia del proceso de negociación anterior. Así pues, las eventuales arbitrariedades del empresario están controladas, en realidad, por la intervención de los sindicatos y de las organizaciones empresariales; por otra parte, aunque exista una causa real, especialmente de carácter económico, como ya se ha señalado, el sistema relativamente generoso de protección por desempleo y la importancia de las políticas activas hacen que el

trabajador no quede en una posición muy desventajosa y no precise de ulteriores compensaciones. En caso de que se decida la reincorporación del trabajador (lo que es aún menos habitual que la indemnización), la obligación no puede ejecutarse en sus propios términos, aunque se establecen sanciones muy elevadas por incumplimiento de convenio colectivo.

La indemnización derivada de la extinción del contrato por un despido ilegítimo tiene un límite máximo, previsto en el Acuerdo Básico, de 52 semanas de salario. Para determinar su cuantía, el Tribunal de Despidos toma en consideración los daños causados, el comportamiento de las partes y la antigüedad del trabajador. En comparación con la regulación española, se trata de un mecanismo más flexible, que puede tener en cuenta factores diversos pero que por eso mismo produce una mayor incertidumbre; no pueden hacerse comparaciones cuantitativas exactas, puesto que el Tribunal de Despido danés considera también la antigüedad, pero las 52 semanas de salario máximas serían equivalentes a la indemnización que en España se establece para los trabajadores de unos 8 años de antigüedad (11 en el caso del contrato para el fomento de la contratación indefinida). En cualquier caso, generalmente, las cantidades que determina el Tribunal danés son inferiores al máximo convencional. En las leyes que protegen a determinados tipos de trabajadores se establecen asimismo topes máximos distintos para las indemnizaciones por despido ilegítimo: 78 semanas en supuestos de discriminación por razón de sexo y 24 meses en el despido contrario a la libertad sindical, 6 meses para los empleados “de cuello blanco” y funcionarios.

Por último, en lo que refiere a la contratación temporal, no existe una tradición de limitación legal o convencional de su utilización, hasta la transposición de la Directiva comunitaria 1999/70/CEE (a partir del año 2003). En la práctica, las modalidades de contratación temporal no han sido muy utilizadas y las arbitrariedades del empresario se han corregido a través de la doctrina jurisprudencial del “abuso de derecho” (NUMHAUSER–HENNING, 2002). En cualquier caso, dado que el despido por razones económicas es relativamente flexible para los contratos indefinidos, no existe una marcada polarización entre trabajadores temporales o indefinidos.

- El sistema danés está muy condicionado por la fortaleza de los sindicatos y las organizaciones empresariales y la amplitud del sistema de protección social y las políticas activas de empleo. La protección frente al desempleo no es suficiente para limitar la arbitrariedad del poder empresarial, pero en este caso la limitación viene dada también por la presencia del sindicato.
- No existe una protección legal general para todos los trabajadores, sino algunas leyes relativas a determinados tipos de trabajadores y la regu-

lación de los convenios colectivos. La cobertura de la negociación colectiva es muy amplia, pero no total.

- En el ámbito de protección frente el despido, se exige una causa razonable, aunque su consideración es flexible, especialmente en el caso de las causas empresariales.
- La regulación del procedimiento previo al despido tampoco es muy estricta. En caso de impugnación, se lleva a cabo un procedimiento de negociación y arbitraje donde predominan los elementos colectivos respecto a los individuales.
- En último término, cuando el sistema no consigue canalizar el conflicto, si el despido no está injustificado se puede establecer la reincorporación o una indemnización de hasta 52 semanas de salario.

8. HOLANDA: EL CONTROL *EX ANTE* DEL ESTADO

El sistema holandés de protección frente al despido está muy condicionado por el procedimiento para llevar a cabo la extinción, que por tanto debe exponerse en primer lugar. En efecto, como regla general para llevar a cabo cualquier despido –individual o colectivo–, el empresario debe obtener antes una *autorización administrativa (ontslagvergunning)*. Los despidos que no cumplan este requisito son nulos y carecen de efectos jurídicos. No existe posibilidad de recurrir la autorización, aunque el trabajador puede impugnar judicialmente un despido autorizado; normalmente los jueces no cuestionan la decisión administrativa. Sólo quedan fuera de la protección algunas categorías de trabajadores, como los trabajadores domésticos o los profesores de entidades privadas. La Autoridad laboral toma su decisión con ayuda de un informe realizado por una comisión compuesta por representantes de las organizaciones sindicales y empresariales; en la mayor parte de los casos, este informe es unánime y la Autoridad laboral se ciñe a él (VAN PEIJPE, 1998). Este procedimiento normalmente dura entre 4 y 6 semanas.

En todo caso, también se establece un *preaviso*, cuya duración será la pactada, siempre que sea superior a unos mínimos legales, determinados en función de la antigüedad: el preaviso mínimo es de un mes, pero puede llegar hasta 4 meses en caso de trabajadores con más de 15 años de servicio. El incumplimiento del preaviso normalmente no apareja la nulidad del despido, sino una compensación económica.

En todo caso, el empresario puede evitar el preaviso y la autorización administrativa si extingue el contrato durante el período de prueba (que no puede ser superior a dos meses) o si se trata de un *despido sumario*. El despido sumario se aplica cuando concurre una “causa urgente”, es decir, cuando un

acto, una cualidad o el comportamiento de la otra parte hace irrazonable la continuación de la relación laboral. La ley proporciona un listado no exhaustivo de causas no urgentes; no obstante, el empleador se arriesga a que finalmente el despido sea considerado nulo por falta de autorización si la causa no era urgente, de manera que puede preferir la rescisión judicial del contrato de la que se habla más adelante.

Por otra parte, cualquiera de las partes puede solicitar, sin necesidad de preaviso la rescisión judicial del contrato alegando una causa razonable o un cambio en las circunstancias, estableciéndose en su caso una compensación económica por los daños causados; el empleador puede hacerlo incluso si la autoridad laboral le ha denegado la autorización administrativa. La resolución del juez civil de primera instancia no admite recurso. Aunque esta vía estaba inicialmente concebida para casos excepcionales, es muy utilizada como una alternativa a la solicitud de la autorización administrativa y al cumplimiento de los plazos de preaviso. Los posibles problemas de acceso a las prestaciones por desempleo han motivado que los juzgados se hayan saturado de casos en los que no existe un verdadero conflicto entre las partes, que en todo caso se resuelven muy rápidamente pero producen una disfunción en la aplicación del sistema.

Los despidos colectivos son aquellos que afectan a más de 20 empleados en un período de tres meses. A los requisitos administrativos se añaden los elementos previstos por la Directiva: retraso de 30 días en la aplicación de la medida desde la información a la autoridad laboral y procedimiento de consulta con los representantes de los trabajadores. El sistema de control *ex ante* garantiza el cumplimiento de las formalidades del despido colectivo, que son necesarias para obtener la autorización administrativa.

Como ya se ha señalado, se exige una causa legítima para proceder al despido. La autoridad laboral considera válido el despido basado en diversas circunstancias concurrentes en el trabajador o en *razones económicas o empresariales*; en este último caso, el permiso se concede con cierta facilidad; en lo que refiere a la selección de los trabajadores, se aplica una regla general de preferencia de los empleados de mayor antigüedad, que admite algunas excepciones. Por otra parte, la exigencia de autorización administrativa se solapa con la regulación del Código Civil holandés, que permite la impugnación del despido “obviamente irrazonable” (*kennelijk onredelijk*); con carácter general, si el despido es irrazonable no se concederá la autorización y ésta se concede, el juez no cuestionará demasiado la decisión, aunque puede hacerlo. Como ya se ha señalado, la “causa urgente” o sustancial, permitiría al empleador despedir sin necesidad de autorización ni preaviso. En otro orden de cosas, como en los demás ordenamientos europeos, existen una serie de *circunstancias que impiden*, en todo caso que se autoricen los despidos: enfermedad durante los dos primeros años, embarazo, servicio militar, afiliación sindical o

pertenencia a un comité de empresa, discriminación, etc.; en estos casos, no se concederá la autorización, aunque en teoría podría utilizarse, si procede, el despido sumario (por ejemplo, una falta muy grave cometida por una trabajadora embarazada). Por último, como ya se ha señalado, la rescisión judicial del contrato exige, en principio, una “causa razonable” (*gewichtige redden*) o un cambio sustancial en las circunstancias en las que se pactó el contrato.

En cuanto a los efectos del despido, no se establecen con carácter general *indemnizaciones por despidos procedentes*. Éstas suelen, sin embargo, pactarse, en el seno de los procesos de consulta de los despidos colectivos y, en el marco de cualquier despido, el ofrecimiento por parte del empresario de una compensación puede ser un elemento que se tome en consideración en la ponderación de la razonabilidad de la extinción. Por otra parte, en la rescisión judicial del contrato –al margen de la autorización administrativa–, incluso cuando existe causa suficiente, se genera el derecho del trabajador a una indemnización, salvo en el caso de la “causa urgente” imputable al trabajador.

Como se ha dicho ya, el despido *sin autorización* es considerado nulo y el trabajador podrá solicitar la reintegración al puesto de trabajo o la extinción con una compensación económica; en todo caso el juez podrá decidir también aplicar la compensación en lugar de la reintegración si considera que este último remedio es inviable. También en caso de rescisión judicial a iniciativa del empleador podría generarse una compensación económica para el trabajador, o, en su caso, para el propio empresario. La reintegración puede producirse siempre que el trabajador esté dispuesto a seguir trabajando para el empleador que lo había despedido, pero sus efectos reales se limitan al mantenimiento del pago de los salarios; la jurisprudencia ha limitado en la práctica el período en el que se pueden seguir cobrando los salarios, de manera que, en la práctica, como en otros países, la readmisión se sustituye por una compensación económica.

La cuantía de la indemnización para la rescisión del contrato en sede judicial no está, en principio, determinada por la ley y tampoco existe unificación de la jurisprudencia en sentido estricto, dado que las sentencias no admiten recurso. En cualquier caso, los órganos judiciales han establecido una serie de “recomendaciones” o pautas comunes de coordinación. La fórmula para calcular la compensación en el contexto de estas pautas comunes se basa en la antigüedad del trabajador y el salario; básicamente, se determina una indemnización de un mes de salario por año de servicio, aplicando un factor de corrección por tramos de edad de cada año, similar al que se ha analizado en el Reino Unido. Hasta hace muy poco, este factor de corrección sólo aumentaba la indemnización en los tramos de edad más elevado, pero recientemente, los Tribunales han establecido nuevos criterios

que también lo reducen en los primeros tramos de edad (EIRO 2009). Se aplica asimismo otro factor de ponderación cuando la rescisión puede atribuirse a la conducta del empleador o del trabajador, de manera que el mes de salario por año de servicio podría aumentar en función de la calificación de la responsabilidad del empresario. Así pues, el sistema de indemnizaciones es similar al español, aunque más flexible en la consideración de las circunstancias del supuesto concreto. Por otra parte, en otoño de 2008 los interlocutores sociales han acordado con el Estado un cambio en la legislación (EIRO 2009) que establecerá un máximo de un año de salario para las indemnizaciones debidas a los trabajadores que perciben mayores ingresos (más de 75.000 € al año).

Por último, la ley permite en principio la libertad de las partes para pactar contratos de duración determinada, sin condicionamientos en la causa, salvo que vengan determinados por convenio colectivo. En tal caso, el contrato termina automáticamente al final del período fijado o de la tarea específica señalada; en cambio, la terminación *ante tempus* del contrato supone la aplicación de las reglas anteriormente expuestas respecto del despido. El contrato temporal se transformará en indefinido si los contratos sucesivos se prolongan durante un período de 36 meses, sin que las interrupciones duren más de 3 meses; el mismo efecto se produce cuando se suceden más de tres contratos temporales sin interrupción en un período de 3 meses.

- No se limita la causa de los contratos temporales, sino la sucesión de contratos de duración determinada.
- La regulación del despido presenta una cierta complejidad, al solaparse el Decreto Extraordinario de Relaciones Laborales, que exige autorización administrativa, con las disposiciones del Código civil frente a los despidos injustos y con la previsión de la rescisión del contrato.
- Salvo en caso excepcional de la “causa urgente” todo despido exige una autorización administrativa, o bien la intervención del juez.
- Se prohíbe la arbitrariedad del despido controlando la causa; en todo caso, el control sustancial de la causa no es muy estricto, de manera que el rigor de la protección se materializa más bien en la necesidad de un control *ex ante*.
- Como en otros países, la readmisión es una solución irreal en la mayoría de los casos, que se sustituye por una compensación económica. En la práctica, las compensaciones que establecen los tribunales para los rescisiones toman en consideración la antigüedad y el salario, pero de un modo más flexible que en el caso español.

9. CONCLUSIONES GENERALES EN LA CONFRONTACIÓN CON EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

- En todos los casos objeto de estudio se controla la arbitrariedad del ejercicio del poder empresarial a través de la limitación de la causa. La regulación de la causa puede consistir simplemente en una proscripción de arbitrariedad, o pueden establecerse exigencias más intensas que, en definitiva, establecen una ponderación de intereses entre empresario o trabajador.
- Es relativamente frecuente que la protección se excluya o matice para los trabajadores de escasa antigüedad y para los que prestan sus servicios en microempresas. En España no operan estas exclusiones, aunque la conexión entre antigüedad e indemnización, el uso y abuso de la contratación temporal y, en menor medida, el período de prueba, producen un efecto similar en lo que refiere a la antigüedad. También en ocasiones se excluye a determinadas categorías o grupos de trabajadores como los empleados domésticos o quienes prestan determinados servicios en organizaciones de tendencia, aunque en este trabajo no se profundiza en ello.
- En todos los países estudiados, los despidos discriminatorios son automáticamente ilícitos. Asimismo, se regulan otros supuestos equiparables de despido automáticamente ilícito (como el que opera como represalia por el ejercicio de una acción judicial). Por otra parte, el despido de determinadas personas especialmente protegidas puede considerarse prohibido o aplicarse una serie de limitaciones adicionales. Todos estos condicionamientos operan al margen de las exclusiones o matizaciones derivadas de la antigüedad del trabajador o la dimensión de la empresa.
- Es difícil generalizar expectativas en la regulación legal de la causa disciplinaria y los ordenamientos suelen dejar su apreciación a la discrecionalidad del juez en cada caso concreto, resultando difícil a estos efectos una unificación jurisprudencial.
- Respecto de las causas económicas es más fácil establecer algunos criterios legales. Uno de ellos es la exigencia de amortización efectiva del puesto de trabajo, que resulta suficiente en otros países; otro más intenso, es la exigencia de que el despido sólo opere en defecto de otras medidas menos traumáticas. Las definiciones legales o jurisprudenciales de la gravedad de la situación de la empresa –como sucede en España– se plantean en algunos casos, resultando más difícil en este caso establecer certidumbres. En todo caso, el énfasis en la situación de la empresa es más importante en España (situación económica

negativa/ amenaza a la viabilidad / dificultades empresariales), mientras que otros ordenamientos se concentran más en otros factores, como la aplicación de medidas alternativas, la amortización del puesto de trabajo o la prioridad de cobertura de nuevas vacantes.

- La regulación de las causas objetivas concurrentes en el trabajador es, en general, menos precisa que en España. La posibilidad del despido por *enfermedad* –prohibido como regla general por el Convenio 158 OIT– varía significativamente de unos países a otros.
- El procedimiento para el despido individual es generalmente más exigente en los países estudiados que en España; en algunos ordenamientos se exige audiencia previa al trabajador, en otros se da especial protagonismo al comité de empresa; los plazos de preaviso son, en general, mayores y sólo se excluyen en casos excepcionales. Es muy frecuente la previsión de un “despido extraordinario” que permite omitir el preaviso y otros requisitos formales cuando la gravedad de la causa es tal que no es razonable continuar con la relación; aunque la consideración de la causa de despido extraordinario varía en los distintos países, no coincide exactamente con la figura del despido disciplinario del ordenamiento español.
- Es habitual que existan sanciones específicas para infracciones de procedimiento o que éstas se tengan en cuenta en la cuantía de la compensación. En el ordenamiento español esto no sucede, salvo en lo que refiere al preaviso del despido por causas objetivas; en el ordenamiento español el despido disciplinario permite sustraerse al plazo de preaviso incluso cuando no existe causa en absoluto, lo que no sucede en ninguno de los ordenamientos estudiados. Como consecuencia de todo ello, en el ordenamiento español, si un despido es arbitrario, la causa es insuficiente o el empresario reconoce de antemano su improcedencia (lo que es bastante frecuente incluso cuando existe causa), puede recurrirse a la figura del despido disciplinario “improcedente”, evitando así cualquier requisito de forma, cuyo incumplimiento queda sin sanción.
- El procedimiento de despidos colectivos es muy similar en todos los ordenamientos estudiados, debido lógicamente a la regulación del Derecho Comunitario; las diferencias se plantean únicamente en la determinación de los umbrales y en la interacción con instituciones nacionales previas al a transposición de la directiva. La *autorización administrativa* que se aplica en España no está prevista en ninguno de los países estudiados (en Francia desapareció a mediados de los ochenta), salvo en Holanda, donde se exige para todo tipo de despidos, excepto en los sumarios.

- En varios de los países estudiados no existen indemnizaciones legales para el despido procedente, aunque éstas pueden acordarse en el marco de las consultas relativas a los despidos productivos. La finalidad de protección social que pudieran tener estas indemnizaciones puede afrontarse alternativamente a través de las prestaciones por desempleo o de la creación de un fondo específico (esto se hace parcialmente en el ordenamiento español con las pequeñas empresas). Estas indemnizaciones también pueden cumplir la función de incentivar que el empresario sólo acuda al despido como último recurso pero, en cualquier caso, en algunos ordenamientos, la propia legislación o la jurisprudencia le obligan a ello.
- El control efectivo de la arbitrariedad empresarial depende principalmente de dos factores: la *eficacia de las sanciones para el incumplimiento* y la *presencia e influencia de los representantes sindicales o unitarios de los trabajadores*.
- La readmisión se muestra en todos los países como una sanción ineficaz en la práctica (salvo en empresas de gran dimensión o en la Administración), que se termina convirtiendo en una indemnización económica. En cualquier caso, en ninguno de estos países el énfasis en la readmisión es tan disfuncional como en el ordenamiento español, en el que se “obliga” a las víctimas de despidos contrarios a derechos fundamentales a reclamar únicamente la readmisión y se permite al empresario –sin ningún control del juez– imponer la readmisión al trabajador sin su consentimiento.
- La indemnización por despido improcedente es la principal garantía jurídica frente a la arbitrariedad empresarial. En todos los ordenamientos estudiados, su modo de cálculo es mucho más flexible que en el caso español (donde sólo se considera el salario y la antigüedad), lo que facilita tomar en consideración algunas circunstancias, como el comportamiento de las partes, el grado de insuficiencia de la causa, el cumplimiento de los trámites procedimentales o la dimensión de la empresa. Esto produce una mayor incertidumbre tanto para el trabajador como para el empresario, pero que se ve limitada para este último a través del establecimiento de topes máximos.
- Como consecuencia de este énfasis en la antigüedad, la cuantía de la indemnización en el ordenamiento español es, en términos comparativos, muy elevada para los trabajadores que lleven muchos años trabajando en la empresa. En cambio, puede ser muy reducida para los trabajadores de poca antigüedad, aunque ciertamente en algunos países es preciso contar con un tiempo determinado de servicios en la empresa para acceder a la protección del despido.

TABLA RESUMEN DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS PAÍSES EXAMINADOS

	Reino Unido	Francia	Italia	Alemania	Austria	Dinamarca	Holanda
Causa	Comportamiento razonable del empleador	Causa real y seria	Justa causa o motivo justificado	Socialmente justificado	Socialmente justificado	Causa razonable	Causa razonable
Exclusiones causa (salvo) categorías específicas	Antigüedad 1 año	No	No	Empresas - 10 trabajadores Antigüedad -6 meses	Empresas -6 trabajadores Antigüedad -6 meses	Trabajadores de cuello azul sin cobertura de la neg. colectiva	No
Procedimiento individual	Audiencia al trabajador en comp. razonable Comunicación escrita con motivos a partir de 1 año ant. o temporales	Audiencia al trabajador Comunicación escrita con motivos	Por escrito indicando motivos	Intervención relevante del comité de empresa	Intervención relevante del comité de empresa	Poco regulado. Control posterior del sindicadoto	Autorización administrativa rescisión judicial salvo extraordinario
Preaviso	De 1-12 semanas según antigüedad desde 2 meses	Costumbre o 1 mes o 2 meses, según antigüedad salvo extraord.	Si. Convenio, costumbre o equidad salvo extraord.	4 semanas - 7 meses, según antigüedad salvo extraord.	6 semanas-5 meses (cuello blanco) 14 días (cuello azul) o convenio. Salvo	Variable en función de categoría y sector Salvo extraordinario	1 mes - 4 meses en función de antigüedad

Garantías adicionales despido col.	No	Plan de salvaguarda del empleo Preferencia vacantes	Periodo de consultas largo vacantes Preferencia vacantes	Plan social	Plan social a demanda del comité	Régimen especial 50% trabajadores empresas +100	Autorización administrativa
Indemnización despido procedente	Sólo <i>económico</i> : 7 días de salario / año desde 2 años varía con edad	Todos: 3-6 días /año según casusa varía con antigüedad	Todos: aprox. 27 días / año + fondos públicos	No legales Pactadas en planes sociales	Fondo público en función de cotización	Sólo si se pactan	Sólo si se pactan o en rescisión judicial no imputable al t/dor
Readmisión despido improcedente	Decide el trabajador con control del juez	Decide el juez Microempresas excluidas Nulo: decide el trabajador	-Empresa pequeñas: decide el empresario -Resto de empresas: decide el trabajador + indemniz. <i>mínimo</i> de 5 meses	Regla general teórica salvo acuerdo Control del juez	Regla general teórica + Salario de tramitación - ganancias trabajador	Decisión del juzgador si no hay acuerdo	Decide el trabajador con control del juez

Indemnización despido improcedente	7 días /año/varia edad + Daños y perjuicios con tope legal + 26-52 semanas de salario de sanción por no readmisión +/- 0-25% comport. partes	Daños con tope mínimo de 6 meses de salario (microempresas sin tope) + precedente + procedimiento (1 mes o daños en microemp.)	27 días proced + -Empresas pequeñas: 2-6 meses en función de circunstancias diversas -Resto de empresas: 15 meses salario	Máximo 12 meses salario	Sin condicion. Legales	Máximo 52 semanas de salario (78 semanas o 24 meses en otros supuestos)	Tope máximo de 1 año para empleados de elevados ingresos Pautas judiciales (30 días/año) con aumento por imputación al empresario y variaciones edad
Contratos temporales despido col.	Causa + límite de 4 años para sucesivos	Causa + indemniza. rigurosa	Causa + lim 36 meses sucesivos	Libertad de la causa hasta dos años Límite	No límites causa Límites encadenamiento	Regulación escasa, pero transposición Directiva	No límites causa. Límites encadenamiento y duración máxima 36 meses

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, *I Licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Collana di diritto comparato e comunitario del lavoro e della sicurezza sociale, Cacucci Editore, Torino, 2001.
- AAVV (dir. Katherine Marraud, Francis Kessler, Frédéric Géa), *La rupture du contrat de travail en droit français et allemande*, Centre d'Étude et de Recherche de l'Institut Régional du Travail, Université Nancy 2, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*, CES, Madrid, 2007.
- CARINCI, F., "Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori" *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, I, 2003.
- DÄUBLER, W., *Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1994.
- FAVENNEC-HÉRY, F., *Droit du Travail*, 2ª Ed., LGDJ, Paris, 2009.
- GAROFALO, M.G., "La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni", *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, I, 1990.
- GHERA, E., *Diritto del Lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 2000.
- GRUND, C., "Severance payments for dismissed employers in Germany", *European Journal of Law and Economics*, vol 22, n° 1, 2006.
- HONEYBALL, S., *Honeyball & Bowers Textbook on Employment Law*, Oxford University Press, 10ª Edición, 2008.
- MALO, M.A., TOHARIA, L., "Costes de despido y legislación laboral en Europa: ¿qué podemos aprender de las comparaciones internacionales?", *Cuadernos de Información Económica*, n° 150, 1999.
- NUMHAUSER-HENNING, A., "Fixed-term work in nordic Labour Law", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 18/3, 2002.
- ROCCOLA, M., *Manuale di Diritto del Lavoro*, Seconda Edizione, Giappichelli Editore, Torino, 2005.
- VAN PEIJPE, T., *Employment Protection under Strain: Sweden, Denmark, the Netherlands*, *Bulletin of Comparative Labour Relations*, n° 33, 1998.

Bases de datos de organismos oficiales en Internet:

- *Emire*. Glosario sobre relaciones laborales en Europa en el marco de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo:

<http://www.eurofound.europa.eu/emire/emire.htm>

- *Eiro*. Observatorio sobre relaciones laborales en Europa en el marco de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo:

<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/>

- *Eiro*. Informe específico (general y por países) sobre despidos económicos y costes del despido económico

<http://www.eurofound.europa.eu/eiro/thematicfeature12.htm>

- Base de datos sobre extinción de la relación de trabajo en el marco de la OIT

<http://www.ilo.org/public/english/dialogue/ifpdial/info/termination/>

Legislación en Internet en fuentes oficiales:

Francia: <http://www.legifrance.gouv.fr>

Reino Unido: http://www.opsi.gov.uk/legislation/about_legislation

Comentarios de Jurisprudencia

DESPIDO OBJETIVO: GARANTÍA DE PRIORIDAD DE PERMANENCIA DEL REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña
(Sala de lo Social), de 22 de abril de 2008*

MARÍA DEL JUNCO CACHERO*

SUPUESTO DE HECHO: La Sra. C. que realizaba su prestación de trabajo en la Empresa S.M., S.A. recibe carta de despido, al igual que su compañero el Sr. L., sobre el que no entraremos en este análisis, aludiendo “a causas económicas y productivas en aras a garantizar la viabilidad de esta empresa, procurando la adaptación de la estructura de la empresa al volumen actual de negocios”, ello para justificar la amortización de los puestos de trabajo ocupados por el Sr. L. y la Sra. C.¹

La Sra. C. ostentaba la condición de representante de los trabajadores desde el día 13 de noviembre de 2003 y ello constituía un hecho que quedó demostrado conocían el resto de los trabajadores.

En Sentencia del Juzgado de lo Social² se declara procedente el despido y la misma es recurrida en Suplicación por la Sra. C. ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que dictó Sentencia³ en la que se declara improcedente dicho despido, argumentando que aún existiendo razones económicas que lleven a amortizar puestos de trabajo en la empresa, la Sra. C. al ser representante de los trabajadores, tiene atribuida una garantía de permanencia en dicha empresa.

* T.E.U de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 22 de abril de 2008.

² Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona, de 21 de septiembre de 2007.

³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 22 de abril de 2008.

RESUMEN: La Sra. C. es representante de los trabajadores y es despedida conforme a lo establecido en el art. 52.c del E. T.⁴, por causa económica y productiva, que lleva como consecuencia la amortización de su puesto de trabajo. El Tribunal de primera instancia⁵, no encuentra relevante el hecho de la representación de la demandante y declara procedente el despido de dicha trabajadora. Sin embargo, al ser recurrida la Sentencia de primera instancia en Suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁶, no sólo declara el despido improcedente, dando opción a la demandante a elegir entre volver a la empresa o recibir la indemnización pertinente, sino que además, extiende la garantía de permanencia de esta representante, tal como indica el E. T.⁷ a que sea posible colocarla en un puesto de trabajo distinto, aunque con el conocimiento profesional suficiente por parte de la demandante, al que hasta el momento del despido ocupaba.

ÍNDICE

1. DESPIDO OBJETIVO: GARANTÍA DE PRIORIDAD DE PERMANENCIA
2. POSIBILIDAD DE PERMANENCIA EN EL MISMO PUESTO DE TRABAJO
3. DERECHO DE OPCIÓN: READMISIÓN O INDEMNIZACIÓN

1. DESPIDO OBJETIVO: GARANTÍA DE PRIORIDAD DE PERMANENCIA

El art. 52. c) del E. T. posibilita la extinción del contrato de trabajo cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo

⁴ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E. T. Art. 52.c) E. T.: “El contrato podrá extinguirse: cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta Ley en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado”.

⁵ Juzgado de lo Social núm. 31 de Barcelona. Sentencia de 21 de septiembre de 2007.

⁶ Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia de 22 de abril de 2008.

⁷ Art. 68. b) E. T.: “Los miembros del comité de empresa y los delegados de personal, como representantes legales de los trabajadores, tendrán, a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías: prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas”.

por alguna de las causas previstas en el art. 51 del mencionado texto legal y en un número inferior al establecido en el mismo, refiriéndose al apartado 1 de dicho art. 51⁸ a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y que el propio precepto entiende que concurren cuando la adopción de las medidas propuestas contribuyan, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo a través de una más adecuada organización de los recursos.

Dicho lo anterior, nos encontramos en el último párrafo del art. 52. c) del E. T.: “Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado”. Así pues, estamos en presencia de una excepción legal a la posibilidad de finalizar los contratos por causas ajenas a la actitud del trabajador. Es en definitiva una garantía que plasma el art. 68. b) del E. T.⁹.

Aunque nuestra legislación utiliza indiscriminadamente el término “garantías” para referirse al conjunto de derechos que se atribuyen a los trabajadores que integran los órganos de representación, sin embargo ese término unívoco se quiebra en la regulación internacional, e incluso en la interpretación jurisprudencial, como podremos ver a continuación.

Por una parte, la legislación internacional¹⁰ alude a los conceptos “protección” y “facilidades”. Así el Convenio Núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo, diferencia entre la “protección eficaz” contra cualquier acto que pueda perjudicar a los representantes de los trabajadores (artículo 1) y las “facilidades apropiadas” que le permitan un rápido y eficaz desempeño de sus funciones (artículo 2.1). De otra parte, la jurisprudencia utiliza de forma alternativa unas veces “garantía” otras veces “derecho”¹¹.

Ya sea pues, “protección” hacia una determinada persona que pueda ver afectada su condición por determinadas circunstancias o “facilidades” como mecanismos para el funcionamiento de su labor representativa, en ambos casos son garantías que persiguen “unitaria e inescindiblemente, una idéntica finalidad, que no es otra que procurar la defensa de los intereses de los trabajadores”¹².

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 22 de abril de 2008.

⁹ Trascrito en la nota núm 8 a pie de página.

¹⁰ TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*. Tecnos. Madrid 1988. Pág. 25.

¹¹ Sentencia de 28 de julio de 2000, núm. 1600/2000, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social: “Entre las garantías establecidas para proteger a los miembros del Comité de Empresa y los delegados de personal, el art. 68 del Estatuto de los Trabajadores establece en el apartado c) la siguiente: ... El derecho que recoge el precepto guarda directa relación con la...”.

¹² TUDELA CAMBRONERO, G. *Las garantías de los...* op. cit. Pág. 26.

Señalábamos anteriormente el último párrafo del art. 52.c) E. T., el cual debemos poner parejo con el art. 68. b) del mismo texto legal, por tratarse de una garantía, tal como indica nuestra norma, para los representantes de los trabajadores. Reconoce este último art., la prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas¹³.

Plantea la doctrina¹⁴ y entendemos que es el momento de abordar ahora, los presupuestos que deben ser necesarios para que esta garantía de prioridad de permanencia del representante pueda llevarse a cabo. Ante ello, se plantea una doble cuestión, de un lado, se trata de determinar si la extinción ha de ser de carácter colectivo o no; de otro, se trata de clarificar si ésta garantía del representante opera, única y exclusivamente, en aquellos supuestos en los que la extinción sea de carácter total.

Ni el art. 68. b), ni el art. 52. c), ambos del E. T. parecen oponer resistencia¹⁵ a que tal garantía opere en supuestos individuales de extinción, aunque para que tal garantía pueda plasmarse será necesario que se produzca la concurrencia de dos o más trabajadores, en similar situación, para que pueda existir tal preferencia.

Con respecto al carácter global o parcial de los supuestos extintivos, se ha entendido que esta garantía encuentra su presupuesto en su carácter parcial, esto es, se ha de tratar de una medida colectiva pero sin que afecte a la totalidad de los trabajadores. Ello parece “de cajón”, pues si afecta a la totalidad de los trabajadores, habría que cuestionarse qué sentido tiene que sigan existiendo representantes; ellos también están dentro de la totalidad y su cometido queda vacío.

En definitiva, la garantía de permanencia que establecen los arts. 52. c) y 68. b) del E. T. implica conceptualmente la concurrencia de dos o más trabajadores para un mismo puesto de trabajo que subsiste, siendo inherente a ella la idoneidad profesional para su desempeño, en cuyo supuesto se impone la preferencia y permanencia del representante. “Por cuanto en la empresa hay dos

¹³ TUDELA CAMBRONERO, G: *Las garantías de los...* op. cit. Pág. 225: “Nuestra legislación se adecúa, en términos generales, a lo que dispone la Rec. núm. 143 de la OIT, en su parte III.6.2.f), al señalar entre las medidas específicas para garantizar una efectiva protección de los representantes el reconocer la prioridad que ha de darse a los representantes de los trabajadores respecto de su continuación en el empleo en caso de reducción de personal”.

¹⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ CAMPOS, A. I.: *Las Garantías de los Representantes de los Trabajadores (Estudio del Artículo 68 ET)*. Thomson-Aranzadi. Navarra 2004. Pág. 70 y TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los...* op. cit. Pág. 233.

¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ CAMPOS, A. I.: *Las Garantías de los...* op. cit. Pág. 70.

trabajadores, entre ellos la recurrente, que realizan tareas administrativas, los puestos de trabajo son intercambiables pudiendo la recurrente realizar los trabajos que efectúa la otra trabajadora administrativa”¹⁶.

La garantía prevista en el E. T. supone un medio de protección del representante de los trabajadores frente a decisiones empresariales adoptadas con ánimo discriminatorio, al tiempo que se evita que el órgano de representación sufra restricciones en su composición. Ahora bien, la garantía que se traduce en prioridad de permanencia de los representantes legales de los trabajadores no exige para su efectividad que se considere como un derecho de permanencia en el puesto de trabajo esgrimible con carácter absoluto frente a todos los demás trabajadores de cualquier grupo o categoría¹⁷.

2. POSIBILIDAD DE PERMANENCIA EN EL MISMO PUESTO DE TRABAJO

Las últimas palabras señaladas anteriormente, nos sirven de introducción para este apartado. Entender vinculada la permanencia a la idoneidad del trabajador en relación con las características del puesto de trabajo resulta una exigencia razonable de organización de la empresa que no restringe el núcleo esencial del derecho de prioridad, que es relativo por su propia esencia.

Y como es relativo y no absoluto, es por lo que trataremos el tema referente a si la permanencia debe ser en su mismo puesto de trabajo o puede ser cambiado a otro diferente.

Diversas y alternativas son las posturas en este campo. Para algunos¹⁸ esta prioridad supone, en el caso de los despidos, que si se van a producir un cierto número de extinciones de contratos de trabajo, pero que no afectan al total de los trabajadores de la empresa, mientras subsista actividad laboral del grupo o categoría profesional a la que pertenece el representante, éste tendrá derecho a formar parte de este colectivo de trabajadores que continua desarrollando su actividad en la empresa. No es pues una preferencia absoluta, con respecto al conjunto de trabajadores de la empresa, sino referida a los de categoría o grupo profesional del representante.

Para otros, la permanencia es aún más limitada, no ya que afecte al grupo o categoría profesional al que pertenezca el representante, sino que se concrete

¹⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 22 de abril de 2008.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 22 de abril de 2008.

¹⁸ TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los...* op. cit. Pág. 92.

en un puesto específico individualmente considerado el que deba de amortizarse para que se estime que debiera ofrecerse al representante otro puesto de trabajo, aún cuando¹⁹ tal hecho pudiera determinar el desplazamiento de otro trabajador. No puede dejar de destacarse lo complejo que este supuesto se torna en la práctica, por el malestar que puede generar en el colectivo de trabajadores, pero la defensa del interés colectivo reclama tal solución.

Así la prioridad de permanencia ha encontrado límites en el grupo, en la categoría y en la función que tuviera atribuido el representante. Límites que, rígidamente aplicados²⁰ son susceptibles de hacer absolutamente ineficaz la garantía. No se puede olvidar el hecho frecuente, de la polivalencia de los trabajadores en muchas ocasiones y sobre todo el caso de que cuando estamos en presencia de una circunstancia de estas características, al extinguir contratos por necesidades económicas de la empresa se muestra necesario ajustar la fuerza de trabajo a las necesidades productivas de la empresa²¹.

Si se se pide a un representante cuando aún quedan puestos de trabajo ocupados que se acomodan a su categoría o grupo profesional, la extinción del contrato hay que considerarla improcedente, salvo que se advierta móviles discriminatorios y proceda declarar su nulidad. La improcedencia del despido de la Sra. C. es la calificación que otorga la Sentencia que se comenta.

La preferencia de permanencia se estima concurrente, cuando estamos en presencia de trabajadores de la misma categoría o grupo profesional²². Ahora bien, “ese derecho de preferencia se produce cuando los puestos que subsisten son equivalentes, o entre trabajadores que cumplen la misma función sin que quepa descartar, dada la prevalencia como derecho fundamental de la libertad sindical, que el derecho de prioridad que tiende a su salvaguarda pueda ejercerse cuando es posible hacerlo efectivo acudiendo a la movilidad de puestos de trabajo, siempre que exista idoneidad del titular del derecho de prioridad de permanencia para obtener una ocupación efectiva mediante el ejercicio de las funciones correspondientes”²³. Nos llama la atención en esta última cita el referirse al derecho fundamental de la libertad sindical para el caso concreto de un representante de los trabajadores. Porque éste no tiene necesariamente que tener la vinculación a un sindicato, pues la función del representante no constituye una representación sindical, sino una representación unitaria.

¹⁹ TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los ...* op. cit. Pág. 234.

²⁰ TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los ...* op. cit. Pág. 236.

²¹ SEMPERE NAVARRO, A. V. y PÉREZ CAMPOS, A. I.: *Las Garantías de los...* op. cit. Pág. 75.

²² Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña (Sala de lo Social), de 22 de abril de 2008.

²³ Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña (Sala de lo Social), de 22 de abril de 2008.

En el caso que nos ocupa, se demuestra que existe una idoneidad de la demandante para desempeñar el puesto de trabajo de la otra trabajadora administrativa que hay en la empresa y, en consecuencia entra en juego la garantía de prioridad de permanencia en la empresa dada su condición de representante. La Sentencia de instancia no apreció dicha garantía.

Al ser la garantía no de permanencia sino de prioridad de permanencia, podría darse un caso extremo en que el puesto que se extingue objetivamente sea el desempeñado por el representante de los trabajadores y no pudiera ubicarse éste en otro existente por las características profesionales del mismo. Lógicamente estaríamos en una extinción de contrato de trabajo por causas objetivas a un representante, sin que pueda entrar en juego la garantía de prioridad de permanencia.

3. DERECHO DE OPCIÓN: READMISIÓN O INDEMNIZACIÓN

El E. T. establece una garantía de carácter sustantivo que se concreta conforme a lo previsto en el art. 56.4 de dicho texto legal²⁴, en la atribución al representante del derecho de opción que, en supuestos de despidos improcedentes, cabe entre readmisión o indemnización. Esta peculiaridad presenta siempre un extraordinario interés, siendo la consecuencia más espectacular del ejercicio de tal derecho, y para el caso de que la opción sea en el sentido de la readmisión el que ésta resulte obligada por imperativo legal. Con ello se asegura la estabilidad real en el empleo del representante²⁵.

Este mecanismo de protección es extensivo a la extinción del contrato por causas objetivas, y ello porque el art. 53.5 del E. T.²⁶ otorga iguales efectos a uno y otro despido, ya sean improcedentes o nulos.

El derecho de opción corresponde al representante en todo el arco temporal en que las garantías operen, esto es, desde su proclamación como candidato hasta el año siguiente en que finalizó su mandato. Las garantías del art. 68 del Estatuto de los Trabajadores no se limitan, por tanto, a la apertura del expe-

²⁴ Art. 56.4 E. T.: “Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea a favor de la readmisión ésta será obligada.

²⁵ TUDELA CAMBRONERO, G.: *Las garantías de los ...* op. cit. Pág. 244.

²⁶ Art. 53.5 E. T.: “La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario...”

diente, sino que también incluye el derecho de opción entre readmisión o indemnización en los casos de despido improcedente, como claramente se estableció en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1983 al declarar que el fallo de instancia que declara improcedente el despido y concede a la empresa la opción entre readmisión e indemnización al trabajador, incurre en violación del art. 53.3²⁷ del Estatuto de los Trabajadores²⁸.

Tal y como indica la Sentencia que aquí traemos²⁹ “se declara el despido de la Sra. C. improcedente y se establece a opción de la trabajadora, la readmita o le indemnice con la cantidad X euros, con abono en todo caso de una cantidad igual a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia...”.

Pero no toda la jurisprudencia se queda en declarar un despido de las características que se presenta en esta Sentencia como improcedente. Alguna otra va más allá, al entender que cuando el art. 52. c) in fine del E. T. extiende la protección de prioridad de permanencia en la empresa (regulada en el art. 68. b) del E. T.) de los representantes de los trabajadores en el caso de despidos objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción³⁰, la Sentencia del Juzgado de lo Social Núm 11 de Madrid, de 30 de enero de 1995, declara la nulidad del despido que no respetó esta garantía ya que la vulneración de dicha garantía equivale a una discriminación por razón de su cualidad de representante unitario de los trabajadores.

Aun existiendo opiniones diversas, creemos que la declaración de nulidad de un despido por vulneración de la garantía de preferencia de permanencia, resulta algo extremista, salvo que lo que realmente haya originado el despido, sea “librarse” del representante. El art. 53.4 del E. T. establece: “Cuando el empresario no cumplierse los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo o la declaración extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula...”.

²⁷ Hoy, actualmente 53.4 del E.T.

²⁸ APARICIO TOVAR, J.: *Despidos de representante legal o sindical y de afiliado al sindicato. Estudios sobre el despido, homenaje al Profesor Alfredo Montoya Melgar*. Universidad de Madrid-Facultad de Derecho. Madrid 1996. Págs. 299 y 300 y también APARICIO TOVAR, J. y BAYLOS GRAU, A. (editores): *El régimen del despido tras la reforma laboral*. IBIDEM Ediciones. Madrid 1995. Pág. 207.

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social), de 22 de abril de 2008.

³⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los supuestos de readmisión en el despido*. Tecnos. Madrid 1996. Págs. 39 y ss.

La razón de un despido de esta tipología, es por lo general, el ajuste económico de la empresa. Al declararse nulo el despido, la consecuencia será la readmisión del trabajador-representante, situación que la empresa tiene que asumir. Ante ello, con toda seguridad, tendrá la empresa que buscar nuevos argumentos, tesituras distintas, etc., para que o bien sea otro trabajador el despedido o bien sea el propio representante, previa demostración de la imposibilidad profesional del mismo de poder ocupar otro puesto de trabajo.

**LA CALIFICACIÓN Y EFECTOS DEL PACTO
DE PREJUBILACIÓN EN SUPUESTOS DE
REGULACIÓN DE EMPLEO**

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo), de 16 de julio de 2008

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO*

SUPUESTO DE HECHO: La sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso–administrativo) de 16 de julio de 2008, reiterando doctrina anterior (fundamentalmente de la importante sentencia de 10 de mayo de 2006), resuelve la calificación jurídica como renta regular a efectos fiscales de las percepciones recibidas por los trabajadores derivadas de un pacto de prejubilación. Percepciones que provienen de la capitalización de la indemnización por despido y que eran abonadas mensualmente por parte de una compañía de seguros conforme el contrato de seguro colectivo formalizado por la empresa para la gestión de dicho proceso de regulación, al que se asoció el trabajador en el momento de firma del contrato de prejubilación con la empresa.

RESUMEN: Entre las diferentes opciones interpretativas, y como dato esencial del que parte la referida calificación jurídica, la Sentencia se plantea cuál es la naturaleza del pacto de prejubilación y su identificación como supuesto de extinción voluntaria del contrato de trabajo, para decantarse finalmente por la inclusión de las partidas retributivas como renta regular del trabajo.

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA PRESENTACIÓN DEL OBJETO DE LA SENTENCIA: PACTO DE PREJUBILACIÓN Y CALIFICACIÓN COMO REGULAR DE LAS RENTAS DERIVADAS DEL MISMO
3. EL ANÁLISIS DE DISTINTOS ANTECEDENTES
4. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL PACTO DE PREJUBILACIÓN
5. ¿LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO INHÁBIL DE REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLA?
6. LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL PACTO DE PREJUBILACIÓN COMO EXTINCIÓN VOLUNTARIA DEL CONTRATO DE TRABAJO
7. REFLEXIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

En la sentencia que comentamos y, sobre todo, en la doctrina de que deriva la misma (fundamentalmente de la importante sentencia anterior de 10 de mayo de 2006 de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo) surgen una serie de cuestiones que nos parecen muy interesantes en un momento como el actual. Estas cuestiones parten del tratamiento fiscal de algunas de las percepciones pactadas en los acuerdos de prejubilación que derivan, a su vez, bien de expedientes de regulación de empleos –generalmente pactados con la representación de los trabajadores– bien de la propia negociación colectiva. Pero quizá lo más importante trasciende a este tema más tangible. Nos referimos a la calificación que merecen, como causa de extinción del contrato, dichos acuerdos o pactos individuales de prejubilación.

En este sentido, la calificación jurídica como extinción del contrato por mutuo acuerdo, ex art. 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, que justifica como argumento esencial el tratamiento fiscal como renta de carácter regular las percepciones en cuestión es una cuestión que nos parece esencial y que puede tener una importancia capital en la propia conformación, de futuro, de los expedientes negociados de reestructuración de plantillas.

Seguramente, como diremos más adelante, hay cuestiones en la sentencia que nos sirve de referencia –y en las anteriores de que toma su doctrina– que vienen condicionadas por su contexto. Cargar a las arcas públicas –como menciona expresamente la sentencia– de costes indirectos del proceso de reorganización de plantilla o de despido colectivo, sobre todo en empresas solventes económicamente como la del caso, ha pesado en pronunciamientos como el que tenemos en consideración; sin embargo, ahora, la situación es nueva y en un contexto de crisis como el actual quien puede resultar perjudicado es aquel trabajador. Con esta doctrina se afecta un modelo cuyo objetivo era fundamentalmente mantener un porcentaje del nivel de rentas que percibía

en activo, por no hablar de otros efectos en materia de prestaciones de seguridad social.

2. LA PRESENTACIÓN DEL OBJETO DE LA SENTENCIA: PACTO DE PREJUBILACIÓN Y CALIFICACIÓN COMO REGULAR DE LAS RENTAS DERIVADAS DEL MISMO

Una de las cuestiones más importantes en cualquier gestión de crisis empresarial, aun cuando ésta sea debida a causas organizativas, se encuentra, obviamente, en la conformación y definición de los mecanismos de cobertura del trabajador. La ley, como es de sobras conocido, establece, para estos casos, simplemente el derecho a la percepción de la indemnización correspondiente (20 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades) además de la protección social derivada del reconocimiento, en su caso, de las prestaciones por desempleo.

No obstante, en determinadas empresas, generalmente grandes empresas en situaciones de reestructuración organizativa, se había planteado, incluso por la propia negociación colectiva, sistemas de reestructuración de plantilla caracterizados por algunos rasgos que venían a ser reiterados¹.

Se partía de garantizar al trabajador el mantenimiento de su poder adquisitivo –la mayoría de los supuestos, de un salario similar al que venían percibiendo cuando estaban en activo–; una garantía que se tomaba teniendo en consideración el sumatorio de una serie de ingresos que vendría a percibir el trabajador y que serían los siguientes:

- a) prestaciones y, su caso, subsidio por desempleo más parte del pago de la indemnización por despido cuyo pago se difería en el tiempo;

¹ En este sentido podríamos ver, por ejemplo, los convenios colectivos de Telefónica (el actual aún mantiene la previsión sobre jubilación anticipada –BOE 14 de octubre de 2008–) que partían de la referida regulación de la jubilación anticipada para mayores de 60 años. Este es el objeto de la sentencia que comentamos, con la particularidad de que, como destaca por ejemplo la STSJ Valencia –sala de lo contencioso administrativo– de 14 de noviembre de 2004 (R.nº 263/2002), con posterioridad a los convenios que trataban este tema por primera vez, la empresa se vio obligada a instar un expediente de regulación de empleo. Otros supuestos de previsiones de pacto de prejubilación lo podemos encontrar en el BSCH o en el grupo de empresas Bosch, por citar algunos casos de los que han dado lugar a una litigiosidad judicial importante. También en Endesa Sevillana, que en su momento –convenio colectivo de Sevillana de Electricidad para los años 1997–2002, BOE 2 de octubre de 1998– recogía tal previsión en el propio texto del convenio.

- b) el pago diferido en el tiempo de la indemnización por despido se llevaba además a cabo a través de la capitalización –individual o colectiva según los casos– de la cuantía que correspondería al trabajador –o a los trabajadores–, formalizando el correspondiente contrato con una entidad financiera o de seguros;
- c) la cuantía de la indemnización generalmente se llevaba hasta el límite máximo en que esta percepción podría estar exenta de tributación fiscal;
- d) en otro orden de cosas, la empresa asumiría, en determinados casos, el pago de las cotizaciones derivadas del convenio especial con la seguridad social a fin de mantener las bases de cotización precedente del trabajador para que éste, en el futuro cálculo de la pensión de jubilación principalmente, no sufriera perjuicio.

Junto a estos datos (insistimos, presentados a muy grandes rasgos), habría otro de gran importancia como era la forma en que, por una parte, se podía llegar a la reorganización empresarial y, por otra, en caso de que ésta se llevara a cabo a través de un expediente de regulación de empleo, la forma en que se designan los trabajadores afectados por el expediente.

En este sentido, en determinadas ocasiones, este proceso de reestructuración de plantillas se ha llevado a cabo a través de acuerdos de prejubilación previstos en el propio texto del convenio colectivo aplicable. En otros supuestos, la determinación de los trabajadores afectados por el proceso de reestructuración de plantilla ha derivado de un expediente de regulación de empleo, acordado en su caso con la representación de los trabajadores pero, sobre todo, autorizado administrativamente conforme lo previsto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores.

En uno u otro caso, la selección de los trabajadores afectados partía de la opción formalmente voluntaria de éstos, que serían quienes se acogieran a las condiciones previamente establecidas, bien en el convenio colectivo, bien en el acuerdo con la representación de los trabajadores y autorizadas por la correspondiente autoridad laboral. De esta manera, el trabajador formalizaba un contrato de prejubilación por el cual se acoge al sistema y ve extinguido su contrato de trabajo.

En este contexto, las distintas vicisitudes normativas y de calificación jurídica de los variados componentes del sistema de prejubilación diseñado, si se nos permite llamarlo así, adquirirían una importancia capital² dado que afectaban

² Así ha ocurrido en relación con la modificación del régimen de prestaciones por desempleo y, en particular, de las normas del subsidio por desempleo tal como se preveía en la reforma

directamente a los presupuestos básicos sobre los que giraba el propio acuerdo: el mantenimiento del nivel de renta del trabajador prejubilado.

Por ello, la propia calificación jurídica, a efectos fiscales, de las distintas percepciones que venían a especificarse en el contrato de prejubilación podría incidir directamente en la propia efectividad –incluso, en la pervivencia misma– de un modelo de reestructuración de empresas que se pretendía no traumático pero que se sustentaba, en gran medida, en complementar las percepciones que legalmente le correspondía al trabajador por el despido derivado de un expediente de regulación, con una interpretación determinada del tratamiento fiscal de las mismas y del reconocimiento de una serie de prestaciones de seguridad social como lo son las derivadas de la situación de desempleo efectivo.

Dicha calificación jurídica a efectos fiscales cobraba una importancia capital. No es lo mismo, obviamente, el reconocimiento de que estas cuantías fueran parte, aun diferida en el momento del cobro, de una indemnización exenta fiscalmente que fueran objeto de gravamen; o, al menos, como ocurre en el caso que comentamos, que tuvieran un tratamiento de renta irregular o de renta regular –lo que conllevaba, según el caso, un descuento del 30% o del 40 %, dependiendo del momento, en la tributación de la cuantía en cuestión–.

Y esta es la cuestión que se dirime en esta sentencia que comentamos, en la que, además, aparece como latente otra cuestión, si cabe, de aún mayor calado. Nos referimos al carácter voluntario o no de la extinción del contrato y a la calificación jurídica del contrato de prejubilación.

Este carácter voluntario en el que se va a basar principalmente la calificación de la renta satisfecha (dado que el tribunal parte de que el origen de la misma “no es sino la voluntad de las partes”) incide claramente en la concepción que tiene el mismo no sólo del carácter regular de la percepción, que parece equiparar a los derechos pasivos o prestaciones de jubilación, sino en la propia configuración del “despido” que podría dejar de serlo si atendemos a que se cuestiona el carácter unilateral de la decisión extintiva.

En este sentido, hay que tener en cuenta alguna precisión de importancia.

Como decíamos antes, en determinadas ocasiones, este proceso de reestructuración de plantillas se ha llevado a cabo a través de acuerdos de prejubilación prefijados por la propia negociación colectiva, donde la voluntariedad del

de la Ley 22/1992, que encareció el acceso a las prestaciones y que la capitalización de las cuantías previstas para la indemnización impedía el acceso al subsidio; más recientemente, la litigiosidad judicial se había planteado en relación con el régimen de los coeficientes reductores aplicables en los casos de jubilación anticipada a los que avocaba los respectivos expedientes de regulación pactados. En este sentido, valga, por todas, las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2006 (R.nº 2318/2005).

trabajador ha tenido una incidencia especial en toda la calificación jurídica de la propia extinción y ha condicionado los efectos de la misma³. En otros supuestos, la determinación de los trabajadores afectados por el proceso de restructuración de plantilla ha derivado de un expediente de regulación de empleo, acordado por la representación de los trabajadores pero, sobre todo, autorizado administrativamente conforme lo previsto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores.

En uno y otro caso, el carácter voluntario de la designación de los trabajadores afectados por el proceso de regulación de empleo o de reorganización empresarial aparece como elemento esencial en la calificación definitiva de las rentas recibidas por el trabajador y en su tratamiento fiscal conforme la doctrina más reciente del Tribunal Supremo, tanto en la sentencia comentada como en las antecedentes.

Sin embargo, frente a este tratamiento unitario y a esta consideración unitaria del acuerdo de prejubilación en uno y otro caso por parte de la jurisdicción contencioso administrativa del Tribunal Supremo (y en ello es esencial la sentencia de 10 de mayo de 2006), la doctrina de la sala de lo social del Tribunal Supremo sí distingue los supuestos, aplicando efectos distintos y matizando si el pacto o acuerdo individual de prejubilación deriva de una posibilidad contemplada en convenio colectivo [en cuyo caso califica la extinción como voluntaria conforme lo previsto en el art. 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores] o de un expediente de regulación de empleo previamente autorizado por parte de la administración (que sí califica como despido aunque la designación de los trabajadores afectados descansara en la aceptación voluntaria de los mismos).

Como decimos, la doctrina de la sala de lo contencioso administrativo no toma en cuenta tal distinción. Por ello, la doctrina contenida en la sentencia que comentamos adquiere una importancia destacable por cuanto afecta, conforme decimos, a aspectos esenciales en los distintos procesos, pactados o no, de restructuración de plantilla. Los matices entre la doctrina de la sala de lo social y de lo contencioso administrativo –sin perjuicio de la valoración crítica que cabría hacer a una y a otra– aporta también otro dato de discusión interesante.

³ Al respecto, y sin perjuicio de que después profundicemos en determinados aspectos, cabría citar, entre otras la sentencia ya referida del Tribunal Supremo (sala de lo social) de 25 de octubre de 2006, que refiere la diferencia de tratamiento entre los supuestos de acuerdos de jubilación derivados de previsiones del convenio (caso Telefónica) de otros derivados de expedientes de regulación de empleo –aun pactados con la representación de los trabajadores– (caso de la empresa Robert Bosch España).

3. EL ANÁLISIS DE DISTINTOS ANTECEDENTES

La referida calificación jurídica de estas percepciones obtenidas por los trabajadores afectados por acuerdos de prejubilación como el del caso ha tenido diferentes vicisitudes derivadas, sustancialmente, de la distinta calificación jurídica que ha podido merecer dicho pacto de prejubilación, aspecto esencial y de base en toda esta cuestión.

En este sentido, vamos a citar las que, en nuestra opinión, pueden ser más destacables a la hora del análisis del caso.

La (importante) sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso administrativo) de 10 de mayo de 2006

La sentencia que comentamos reitera la doctrina planteada en sentencias anteriores del Tribunal Supremo (sala de lo contencioso administrativo) como las de 13 y 25 de septiembre de 2007 o de 11 de diciembre del mismo año. También la previa de 10 de mayo de 2006, en interés de ley, que asienta la doctrina que en estas sentencias se repiten.

En la citada sentencia de 10 de mayo de 2006 ya se recogen los argumentos esenciales que se reiteran en esta más reciente de 16 de julio de 2008. Tal como afirmaba la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, se niega el carácter de renta irregular, basado en la existencia de un período previo de generación superior a dos años, sobre la base tajante de que “no existe un período de generación, pues el nacimiento del derecho no va unido a la duración de la vida activa del trabajador” y, tal como sigue afirmando, “se extingue en la situación que se contempla”.

Por tanto, en esta sentencia, para el Tribunal Supremo, la percepción obtenida por el trabajador –que llama “prestación complementaria”– no tiene su origen en la vida activa laboral precedente del trabajador, sino que nace del propio expediente de regulación de empleo; según dice, “el derecho a la prestación complementaria,...., por el contrario, naciendo de un expediente de regulación de empleo (ERE) está encaminada a compensar la pérdida de tal vida activa del trabajador”⁴.

⁴ Como sigue afirmando: esta indemnización “se calculará normalmente en función de ciertos parámetros y magnitudes, que lo son esencialmente de futuro, tales como tiempo que reste hasta la edad de jubilación, pérdida de salario que tiene lugar y consiguiente disminución del período de cotización a la Seguridad Social, etc.”. Así, “el nacimiento del derecho, sin ningún período temporal de generación, se produce con la aprobación del ERE por la Autoridad Laboral y conforme a la legislación laboral aplicable, lo que puede tener lugar, bien porque aquella Autoridad homologue un acuerdo previo, cuando existe, o bien porque la Autoridad, si no hay acuerdo, resuelva aprobando la propuesta.”

De esta forma, concluye el Alto Tribunal que el pago de la percepción en cuestión (el pretendido pago diferido de la indemnización de despido capitalizada) “se trata de un efecto instantáneo y que carece de cualquier tipo de período de generación, que pudiese extenderse en el tiempo”; por tanto, “en conclusión pues, no existiendo período alguno de generación, la misma –ya sólo por ello– no puede ser siquiera, ni superior, ni inferior a dos años, con lo que claramente se está fuera del supuesto previsto en el artículo 17.2 a), párrafo primero de la Ley.”

Esta afirmación trasciende el propio supuesto de hecho dado que como afirma el Tribunal Supremo, “lo dicho valdría incluso para cualquier caso, bien se tratase de un pago único, o bien de un pago periódico o recurrente, pues en todo caso, el nacimiento del derecho es, según lo dicho, instantáneo y por ello, ajeno a cualquier período de generación.”

En definitiva, pese a la concepción de que partían las partes –y que en su caso estaba presente en los acuerdos de prejubilación o de regulación de empleo–, el Tribunal Supremo niega la consideración de renta irregular. En cuanto a su forma de obtención, porque, para el Tribunal, “las indemnizaciones entregadas a los trabajadores, según lo expuesto, eran en forma de renta mensual y por consiguiente, absolutamente periódicas o recurrentes, con el marcado carácter que se deriva precisamente de aquel abono mensual” –aspecto éste importante en la calificación como renta regular a tenor de lo dispuesto en la propia Ley del impuesto–. Pero en cuanto a su propia naturaleza, porque las percepciones del trabajador son consideradas como “un derecho no predeterminado en su extensión, duración y efectos, por lo que en tal sentido, se trata de una percepción condicional y con carácter aleatorio”, dado que, por ejemplo, según afirma el Tribunal, “el trabajador percibirá las indemnizaciones, en la medida que prolongue su vida (en desempleo) hasta el momento de la jubilación, sea esta anticipada o no, por lo que si el trabajador falleciese con anterioridad, el derecho, así concebido, también se extinguiría (y sin perjuicio de otros efectos distintos, que no son ahora el caso).”

El voto particular de la sentencia⁵, empero, sí afirma el carácter indemnizatorio de la percepción en cuestión. Tal como argumenta el magistrado que lo formula, “esa indemnización no cambia por el hecho de ser pactada, en su montante y modalidad de prestación” porque, tal como sigue diciendo, “su esencia es la misma: compensación por la involuntaria cesación de la relación laboral, impuesta legalmente en razón del tiempo de servicios prestados en la

⁵ Planteado por el magistrado D. Manuel VICENTE GARZÓN HERRERO.

empresa”⁶. Frente a estos argumentos, la Sala, como hemos visto, mantiene las razones antes expuestas y califica como renta regular las percepciones en cuestión sobre la base de la voluntariedad de la extinción del contrato (del pacto o acuerdo de prejubilación por tanto), el carácter periódico de la percepción y la vinculación de la misma sólo hacia el futuro –y no tomando como período de devengo la vida laboral del trabajador–.

Sin embargo, esta doctrina no ha estado presente en pronunciamientos precedentes de salas de Tribunales Superiores de Justicia cuya doctrina queda ciertamente casada por esta jurisprudencia pero que aportan elementos destacables para un análisis o debate que entendemos necesario.

La doctrina casada de algunas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia

En este sentido, es clave para entender la polémica, además del citado voto particular, el pronunciamiento, ahora casado, de determinadas salas de lo contencioso administrativo de algunos Tribunales Superiores de Justicia. En este sentido, cabría citar, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de Cantabria de 19 de diciembre de 2003⁷ (objeto del recurso de casación en interés de Ley promovido por la Administración General del Estado que da lugar a la sentencia del Tribunal Supremo antes citada) o la más clara, si cabe, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de noviembre de 2004 (ya citada).

En esta última sentencia, por citar, se parte de una serie de argumentos que afirman el carácter irregular de las rentas en cuestión y, en su caso, la exención fiscal de las mismas; argumentos, estos, que son claves en relación con la cuestión y que quizá se aproximan más a una visión laboral, si se nos permite, del asunto.

Específicamente, la sentencia en cuestión rebate la argumentación previa de que parte el Tribunal Económico Administrativo Regional –finalmente

⁶ Es más, en contraposición al carácter periódico de la prestación y a la idea de la sentencia sobre el nacimiento del derecho a la percepción objeto de litigio (que la misma sitúa en el propio acuerdo de prejubilación) el magistrado no duda en afirmar que “no es cierto que su concreción, en el caso de la indemnización pactada, sólo mire hacia el futuro al margen del tiempo y circunstancias de la relación con la empresa”; porque para el citado magistrado, en el voto particular, “resulta evidente, además, que tomar como referencia el último salario percibido significa considerar, precisamente, el conjunto de la vida del trabajador, con todas las contingencias (ascensos, subidas anuales, pluses varios, ...) que a lo largo de los años han determinado que el salario sea ese y no otro.”

⁷ R.nº486/2003.

aceptada por el Tribunal Supremo— según la cual, “la extinción de los contratos de trabajo de los actores se produjo por mutuo acuerdo, ya que los trabajos se acogieron a una posibilidad prevista en el convenio colectivo” (se refiere obviamente al sistema de prejubilación pactado previsto en convenio) y en la que se fundamenta de manera clave cómo el TEAR rechaza la consideración como renta exenta de la cuantía abonada a los trabajadores y capitalizada a través de la entidad financiera o compañía de seguros en cuestión por la extinción anticipada de sus contratos.

Efectivamente la extinción de los contratos deriva de una previsión contenida en el convenio colectivo —mediante acuerdos de prejubilación—. Como afirma el TSJ Valencia “los actores se adhirieron a ese programa; pero, al cabo, del tiempo, Telefónica se vio obligada a reducir aún más su plantilla, y acudió a la vía del expediente de regulación de empleo prevista en el art. 51 ET”. Ello suponía que, para el TSJ Valencia, “no existen razones objetivas para que el tratamiento fiscal de ambos colectivos no sea el mismo” y, por tanto, que no se ponga en duda la calificación como renta exenta o como renta irregular, según los casos, de las percepciones recibidas por los trabajadores.

Pero lo que es más importante, como sigue afirmando la sala valenciana independientemente de lo anterior, “a pesar de la aparente voluntariedad de la extinción del contrato de trabajo de las mismos, realmente dicha extinción fue debida, en último término, a la voluntad extintiva de la empresa, que fue quien adoptó las iniciativas al respecto”; cuestión ésta relativizada, por ejemplo, por la STS de 16 de julio de 2008 que comentamos, dado que según afirma “siempre se ha dotado de un carácter de voluntariedad la asunción o no de las medidas propuestas (...), no siendo la extinción de la relación laboral una consecuencia ineludible”⁸

Este último aspecto es clave y representa distintas concepciones sobre la cuestión. Desde la perspectiva laboral parece no ponerse en duda el carácter de despido de estas formas de extinción, aunque finalmente la designación de los trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo (incluidos los supuestos de prejubilaciones pactadas en el convenio —que no representaban

⁸ Como sigue afirmando en este fundamento jurídico 2º, “las medidas adoptadas han pretendido paliar posiblemente las situaciones de plantillas excedentarias, y puede considerarse que han inducido a los diversos trabajadores a su asunción, mas ésta nunca ha sido ineludible, sino que lo ha sido dentro de un margen de autonomía suficiente de las partes, en la cual el trabajador ha tendido a lograr la situación más favorable a sus intereses, dentro de las diversas alternativas existentes, entre las cuales ha de entenderse comprendida la continuación de la relación laboral”. Por ello afirma que “no se trata, por lo tanto, de una situación equiparable al despido o la que deriva de extinción de relaciones laborales por causas objetivas, los denominados expedientes de crisis, que nos las hipótesis previstas en el supuesto de exención analizado”.

sino una forma de expediente pactado—) derivaran de la decisión formalmente voluntaria del trabajador. Téngase en cuenta que esta misma sentencia relativiza el carácter voluntario de la extinción, no sólo por lo dicho, sino por el hecho, constatable al menos en la mayoría de los casos de regulaciones de empleo de este tipo, de que esta voluntariedad sea sólo aparente. Tal como afirmaba el TSJ Valencia “si (los trabajadores) se acogieron, de forma sólo en apariencia voluntaria, al programa de prejubilación previsto en los convenios colectivos, fue porque sabían que ese programa les resultaba económicamente más beneficioso que las indemnizaciones por despido colectivo previstas en el art. 51 ET”. Es decir, siquiera desde la perspectiva de las ventajas económicas que para el trabajador podría suponer sumarse a esta posibilidad, el carácter voluntario había que ponerlo en cuestión —máxime cuando la resolución del TEAR, que después asumiría el TEAC⁹ y la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, incidía en este carácter voluntario por la falta de acción por despido de la decisión extintiva que se pretendía bilateral—.

Este es, pues, un tema esencial sobre el que volveremos, pero que representa una cuestión de base en cualquier aproximación a este análisis y que trasciende la misma. Téngase en cuenta que la negación como despido de estas formas de extinción del contrato pueden suponer negar incluso la consideración como situación legal de desempleo de los trabajadores afectados; incluso, en los supuestos de expedientes de regulación de empleo formalizados como tales donde el criterio de selección de los trabajadores afectados derivan de su propia decisión voluntaria.

La doctrina de la sala de lo social del Tribunal Supremo sobre los supuestos de pactos de prejubilación

Quizá sea interesante tener en consideración la doctrina de la sala de lo social del Tribunal Supremo al respecto; siquiera como elemento de comparación inevitable en un tema de calado como el que analizamos.

En este sentido, la sala cuarta del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre los supuestos de pactos de prejubilación distinguiendo, como regla general finalmente asentada, entre aquellos que derivan de lo dispuesto en convenio colectivo de los que provienen de un expediente de regulación de empleo, aun pactado.

En este sentido, podríamos citar, por todas, la STS de 25 de octubre de 2006 (sala de lo social), ya citada, cuyo pronunciamiento guarda relación con

⁹ Sobre el tema, vid. por ejemplo, la resolución del TEAC de 23 mayo 2003 (Aranzadi: JT 2003\1131).

la calificación del coeficiente de reducción aplicable al supuesto de jubilación anticipada según el supuesto que se contemple (derivada de una prejubilación voluntaria o de un previo expediente de regulación de empleo). Según afirma esta sentencia, la diferencia de supuestos es sustancial “y trasciende a la calificación de las jubilaciones anticipadas derivadas del cese en el trabajo” de forma que en el caso analizado y frente a supuestos como el de Telefónica que derivan de pactos de prejubilación previstos en el convenio colectivo “la jubilación anticipada está prevista en pacto colectivo, el despido del trabajador está autorizado por la Dirección General de Trabajo, y el paso a la jubilación viene precedido de una situación de desempleo, que por hipótesis excluye la voluntariedad del trabajador desempleado en la pérdida de la ocupación que la genera, y en particular el supuesto de mutuo acuerdo extintivo del contrato de trabajo”.

Frente a esta distinción contemplada en dicha sentencia¹⁰, la doctrina de la sala de lo contencioso no toma en consideración la misma. Baste por ello comprobar cómo la sentencia antes citada de 10 de mayo de 2006 parte del supuesto de expediente de regulación de empleo sin cuestionar ni distinguir a qué supuestos responde y cómo la STS de 16 de julio de 2008, que parte de otro supuesto de hecho distinto, cita a aquella sin reparar en la distinción de supuestos. Ello representa un aspecto importante y nada desdeñable porque, siquiera desde la perspectiva de la lógica de la doctrina fiscal aplicable al caso, pudieran tenerse en cuenta supuestos de hecho diferenciados por la sala de lo social del Tribunal Supremo que la sala de lo contencioso no discrimina.

4. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL PACTO DE PREJUBILACIÓN

Como decíamos desde el principio, el tema clave que subyace a la cuestión litigiosa en sí y que incluso trasciende la misma es sin duda la calificación del pacto de prejubilación en relación con la extinción del contrato de trabajo; y más allá de esta, los efectos que pueden derivar de una u otra posición al respecto.

Como también hemos tenido ocasión de anunciar, el Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos y en las antecedentes de que toma la doctrina, no duda en calificar el pacto de prejubilación como un supuesto de extinción pactada del contrato de trabajo que sirve para argumentar el carácter regular de la renta objeto de litigio toda vez que la misma deriva de dicho pacto y no de la vida laboral anterior del trabajador.

¹⁰ Que modifica, según la misma, la doctrina contenida en sentencias anteriores como las de 30 y 31 de enero de 2006 –R. n.º 5320/2004 y R. n.º 1111/2005 respectivamente–.

En este sentido, el Tribunal Supremo no deja lugar a dudas. Tal como afirma, en relación con la calificación de las rentas objeto de litigio, y, por tanto, en relación con su forma de obtención –aspecto esencial en el debate jurídico en cuestión–, las percepciones obtenidas por el trabajador derivan de “un efecto instantáneo” que, según sigue afirmando la sala de lo contencioso del TS, “carece de cualquier tipo de período de generación”.

Ello supone que el referido pacto o convenio individual de prejubilación tiene efectos constitutivos, que evita que se pudiera considerar, a criterio del Alto Tribunal, que estemos ante el fraccionamiento de renta “previamente predeterminada en su extensión, duración y efectos”. Podríamos inferir, pues, que a juicio del Tribunal (aunque ciertamente no entra en este debate) se trata de un acuerdo individual que teniendo su referente en la previsión convencional o pactada da lugar a la percepción de una serie de rentas que tanto por su período de generación como por su forma de obtención no merecen ni la calificación de renta exenta (como lo sería si fuera calificada, al menos en parte, como indemnización por despido) ni de renta irregular (como lo sería si su período de generación se entendiera previo y superior a dos años).

Si trasladáramos estos efectos al ámbito más propiamente laboral nos conduciría a afirmar que el acuerdo o convenio individual de prejubilación no es más que un pacto derivado de la autonomía individual de las partes a través del cual se formaliza (constitutivamente, si se nos permite la expresión) la extinción del contrato de trabajo. Sería, pues, una manifestación concreta y específica de la previsión contenida en el art. 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. De otra forma, podríamos afirmar que sería la especificación a nivel individual de un ¿derecho? reconocido al trabajador en el convenio colectivo o en el pacto que deriva del expediente de regulación de empleo. No sería, por tanto, un acto de adhesión del trabajador a las condiciones de reestructuración de plantilla previstas en uno u otro instrumento a través del cual se especifican las condiciones de despido previamente establecidas bien en el convenio, bien en el acuerdo de regulación de empleo.

Esta idea necesita además precisiones importantes según los matices que incorpora la sala de lo social respecto de la doctrina de la sala de lo contencioso administrativo. Como hemos visto, esta última no distingue si las medidas de reestructuración de plantilla derivan de un expediente de regulación de empleo o si derivan del convenio colectivo (como hemos visto la propia STS de 16 de julio de 2008, que analiza el caso de Telefónica, no duda en reiterar los argumentos de la STS de 10 de mayo de 2006 que sí se refiere a un auténtico caso de expediente de regulación de empleo pactado pero formalizado como tal), como por el contrario sí hace la sala de lo social. En este sentido, atendiendo a la doctrina de esta última, el convenio individual de prejubilación puede tener distintas precisiones. Sería considerado un acuerdo individual a través del cual

se ejercer el derecho recogido en convenio de prejubilación en los casos en que así se prevea en convenio (como en el supuesto de Telefónica); pero no sería más que la concreción de quién resulta afectado por el expediente de regulación de empleo cuando este deja a la decisión individual del trabajador la designación de los trabajadores despedidos.

En todo caso, una y otra solución, una y otra opción –que en nuestra opinión no representan más que fórmulas a través de la cual llevar a cabo una reestructuración de plantilla en sentido general– conlleva que nos planteemos un debate que quizá sea interesante. Nos referimos a lo siguiente: ¿en qué medida la negociación colectiva es un instrumento útil o hábil para llevar a cabo, con todas las garantías para los trabajadores afectados, un proceso de regulación de empleo, directo o indirecto?

5. ¿LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO INSTRUMENTO INHÁBIL DE RESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLA?

En este sentido, nos podríamos plantear, sin perjuicio de la crítica a la falta de armonización de la doctrina de uno y otro orden jurisdiccional, por qué no se puede considerar como despido la reestructuración de plantillas prevista en convenio colectivo. Sobre todo si como vemos también es objeto de negociación un expediente de regulación de empleo y éste puede derivar de un pacto entre representantes de los trabajadores y el empresario¹¹. Y, de esta forma, por qué no puede tener el mismo tratamiento fiscal las percepciones derivadas de uno y otro caso.

La única diferencia aparente –seguro que sustancial– está en la necesaria autorización administrativa del segundo supuesto, que de esta forma aparece como elemento esencial¹²–y también obviamente, en la naturaleza “autorizadora” que tiene, de la decisión unilateral en que consiste el despido, el acuerdo

¹¹ Lo que implica recordar el planteamiento sobre la naturaleza de los acuerdos derivados de un expediente de regulación de empleo. Sobre el tema, confr., por todos, BLASCO PELLICER; “Los procedimientos de regulación de empleo”. Tirant lo Blanch. 2007; pág. 135. También, aunque matizadamente, recordar la relativa polémica sobre lo que Monereo Pérez y Fernández Avilés llamaban las limitaciones legales “del principio de autogobierno colectivo”; en “El despido colectivo en el Derecho español”. Aranzadi, 1997; págs. 198 y ss.; específicamente en pág. 199.

¹² Algo obvio si atendemos a la doctrina sobre la cuestión pero que analiza el tema desde la calificación jurídica de un despido sin intervención de la requerida autorización administrativa. Por todos, el trabajo ya clásico de Navarro Nieto; “Los despidos colectivos”, Civitas, 1996; págs. 117 y ss.

que deriva del expediente¹³-. Ahora bien, en supuestos como los analizados cabría plantearse si es elemento tan esencial éste que impide a la negociación colectiva alcanzar un resultado con unos efectos similares al acuerdo derivado del expediente¹⁴. Además, podríamos plantearnos si es posible admitir estos efectos si la previsión contenida en la negociación colectiva es finalmente autorizada por la autoridad laboral. Téngase en cuenta que el carácter unilateral de la decisión no se pone en cuestión si la decisión de restructuración de plantilla proviene de un pacto colectivo (en este sentido, vid. la STS 25 de octubre de 2006 citada) aunque después se requiera la autorización administrativa¹⁵.

En cualquier caso, si efectivamente la previsión de acuerdos de prejubilación previstos en convenio impide conseguir las “prestaciones complementarias” como si derivaran de un despido por considerar la extinción como voluntaria, decisiones de esta naturaleza claramente invalidan esta solución. Impiden pues que el convenio colectivo, pese a su carácter normativo, sirva eficazmente para adoptar soluciones de reorganización empresarial basadas en los aspectos que hemos destacado al principio.

Para su efectividad, que depende en gran medida de su tratamiento fiscal, del reconocimiento de determinadas prestaciones de seguridad social o, incluso, del reconocimiento de algunas percepciones como mejoras de seguridad social, va a ser necesario su consideración como despido y ello parece que, fiscalmente, no es posible en ningún caso si la extinción del contrato deriva de un pacto de prejubilación y, laboralmente, no lo será si dicho pacto deriva de una previsión contenida en el convenio.

¹³ Confr., en este sentido, BLASCO PELLICER, op. loc. cit., que alude, además, a la acción procesal oportuna que cabe en relación con la impugnación de dicho acuerdo. Cita en este sentido a BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALÓN y FERNÁNDEZ LÓPEZ; “Instituciones de Derecho Procesal; Trotta, 1995; págs. 258 y ss.

¹⁴ Sobre la naturaleza de la intervención de la autoridad laboral en el proceso de regulación de empleo respecto al acuerdo, en su caso, con los representantes legales, confr. por ejemplo, RODRÍGUEZ RAMOS; “El despido. Análisis y aplicación práctica” –Gorelli Hernández coord.–; Tecnos, 2004; pág. 525.

¹⁵ En relación con este tema, siempre nos podríamos preguntar qué persiguen las partes firmantes de un convenio que recoge tal previsión. En primer lugar, vincular a otros sujetos colectivos posibles aunque generalmente estamos ante supuestos de convenios o acuerdos de empresa de ámbito necesariamente empresarial donde se dará una coincidencia (aunque ésta no es necesaria) de sujetos negociadores. Pero, en segundo lugar, se pretende conseguir una mayor estabilidad, paz social y sobre todo vinculación a la empresa en determinadas medidas (téngase en cuenta que en algunos supuestos se han pretendido incluir a los trabajadores prejubilados dentro de determinadas mejoras contenidas en el convenio o se ha intentado asegurar algunas condiciones durante al menos toda la vigencia del convenio para así evitar distintas vicisitudes que podrían afectar a los trabajadores en cuestión).

No obstante sí podríamos plantearnos otra cuestión paralela: pese a lo anterior, ¿sería el convenio un instrumento hábil para vincular a las partes ante una posible y futura negociación de un expediente de regulación de empleo?; y al hilo de ello, nos podríamos plantear otra: ¿podría un convenio convalidarse como acuerdo de un expediente de regulación de empleo que finalmente debería ser aprobado por la autoridad laboral?

Esto último parece ir en contra de la propia naturaleza del convenio pero estaría poniendo de manifiesto un límite objetivo implícito a la negociación colectiva en la medida en que está declarando inhábil al convenio para llevar a cabo una solución negociada de un hipotético proceso de regulación de empleo que pudiera ser calificado como despido –lo que reforzaría, y justificaría, el rol que legalmente se atribuye a la autoridad laboral, y que se niega a la negociación colectiva–. Sí cabría, en nuestra opinión, mantener la solución de que el convenio vinculara a las partes (¿cómo mera cláusula obligacional?) ante un futuro expediente de regulación de empleo cuya formalización como tal parece ineludible si se pretende la calificación de las extinciones de los contratos de trabajo como despido colectivo.

Todo lo anterior se plantea sin cuestionar, como, por el contrario, bien hace la sentencia del TSJ Valencia que hemos citado antes, el auténtico carácter voluntario de la decisión del trabajador, que bien por las mejoras a las que va a acceder o por los efectos implícitos que podría sufrir en caso de no aceptar esta prejubilación, se ve indirectamente impelido a prejubilarse.

Por todo ello, creemos que la solución que aportan nuestros tribunales podría ser objeto de revisión; sobre todo en momentos como los actuales, dado que parece que dichas soluciones son en cierta medida causa del relativo abuso que de tales supuestos de regulación de empleo se ha hecho; sobre todo por parte de empresas económicamente muy rentables. No nos gusta relacionar ninguna solución jurídica o judicial con el contexto en que ésta se produce, pero en este caso, nos parece inevitable y estamos seguro que los pronunciamientos judiciales que estamos refiriendo al hilo del comentario a la sentencia más reciente de 16 de julio de 2008 responden a una necesidad de no hacer cargar sobre el Estado costes indirectos de procesos de reorganización de plantillas en empresas económicamente solventes. Por el contrario, en un momento como el actual, quizá pudiera revisarse una doctrina como la que estamos destacando si tenemos en consideración que el objeto de acuerdos como los referidos pretendía una garantía de renta a los trabajadores afectados. Pero es más; quizá habría que plantearse seriamente si la negociación colectiva no debería contemplarse como un instrumento útil e idóneo para instrumentar con todos sus efectos procesos de reestructuración de plantillas.

6. LOS EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL PACTO DE PREJUBILACIÓN COMO EXTINCIÓN VOLUNTARIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

La consideración del pacto de prejubilación como forma de extinción voluntaria del contrato de trabajo tiene unos efectos claves en aspectos esenciales del proceso pactado de restructuración de plantilla. Como decíamos antes, estos acuerdos partían de una premisa final, la garantía de unas determinadas rentas a los trabajadores afectados, y tomaban como elementos fundamentales de partida la suma de una serie de percepciones cuya calificación jurídica, tanto a efectos fiscales como de seguridad social –además del acceso a prestaciones tanto del Sistema de Seguridad Social como complementarias–, era clave para el referido mantenimiento del modelo diseñado.

Ya hemos destacado también qué objetivo podrían tener las partes firmantes de un convenio que incorpora acuerdos sobre restructuración de plantilla a su texto (no otra cosa puede entenderse en estos supuestos) y qué efectos tiene o puede tener de futuro los distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo, tanto de la sala de lo social como de lo contencioso administrativo, al respecto.

Sin embargo, nos queda por aludir, al hilo de la sentencia que comentamos, a cuáles son los efectos finales que tiene la consideración de los supuestos de pactos de prejubilación como extinción voluntaria del contrato, atendiendo a los matices que cabe observar, según lo visto, entre la doctrina social y la contencioso administrativo del Tribunal Supremo.

En este sentido, y por comenzar con la sentencia objeto inicial del comentario, la génesis de la extinción del contrato justifica, para el Tribunal Supremo, el carácter de renta regular de las percepciones pactadas. Como hemos visto, en ello no sólo afecta de manera esencial la calificación jurídica del pacto de prejubilación, sino el hecho de que el expediente de regulación de empleo es quien da origen a dichas percepciones que, por tanto, no pueden entenderse originadas en un período de devengo anterior superior a dos años.

Pero es más, en esto inciden determinados indicios que toma en consideración la sentencia que comentamos. Por una parte, el carácter periódico de las percepciones en cuestión –que derivan de la capitalización de la indemnización que hubiera correspondido en caso de despido colectivo–, que lo asimila a otras situaciones como pueden ser, según la sentencia, las propias pensiones de jubilación; por otra, la propia temporalidad de las percepciones, que, vinculadas a la vida del trabajador, se refieren al momento de su nacimiento y no a su hipotético y pretendido período de devengo anterior.

Ello nos hace plantear en paralelo algunas cuestiones que entendemos interesantes.

En relación con la calificación jurídica de las rentas en cuestión, el carácter de renta exenta o irregular según los casos deriva de la regulación y consideración o no como pago diferido de las cuantías imputables a indemnización. Si es así, nos podríamos cuestionar si cabría diferir en el tiempo de forma fraccionada además estas indemnizaciones por despido.

El carácter de renta regular o irregular deriva de la consideración de cuál sea el período de generación. Si la generación de la renta se entiende que es exclusivamente el acuerdo de prejubilación o el propio expediente de regulación de empleo (en su caso, el pacto de prejubilación o de extinción derivado de aquél), como hace la sentencia en cuestión, no podría sino admitirse como renta regular; pero ello incide en (o proviene de) la calificación jurídica de dicho pacto de prejubilación o de extinción en el sentido que antes anunciábamos y que no calibra consecuencias en otros órdenes –por ejemplo a efecto de prestaciones por desempleo, de aplicación de uno u otros coeficientes reductores de jubilación o incluso a la hora de admitir este mismo supuesto en la regulación actual sobre jubilación anticipada–. Por el contrario, si la generación de renta se entiende vinculada a una decisión extintiva del empresario, cabría admitir su exención o, en su caso, el carácter irregular.

Ahora bien, incluso en este último caso –no contemplado en la sentencia comentada como vemos–, sí habría que admitir la incidencia que podría tener, a modo de indicio al menos, la forma de pago y los derechos derivados del mismo: su carácter fraccionado, su posible (o no) extinción en caso de muerte del trabajador –por ejemplo–, etc.

En este sentido, cabría derivar otra cuestión ¿es la forma de pago fraccionada incompatible con la naturaleza de la indemnización por despido?, ¿podría extenderse a este caso la indisponibilidad del derecho a la indemnización del trabajador?, ¿es admisible la capitalización de la indemnización?, ¿lo es si ésta es individual?; ¿lo es si ésta es colectiva?

Estas últimas cuestiones son interesantes y no han tenido en general una solución apropiada. Los distintos supuestos de reestructuración de plantilla parten de esta consideración que, no obstante, sentencias como la que estamos comentando corrigen y hacen inhábil un modelo que se sustentaba en consideraciones como las que hemos venido viendo a lo largo de estas páginas. Como decíamos antes, doctrina como ésta parece venir condicionada por el momento en que se da, ciertamente asistiendo a un excesivo uso de modelos de reestructuración que hacían descansar indirectamente en el Estado costes derivados de los mismos. Actualmente quizá el objetivo podría centrarse en los trabajadores afectados y en el mantenimiento de renta de los mismos; pero si fuera así, pronunciamientos como el que comentamos condiciona grandemente la solución a adoptar, ya que su consideración como renta regular, los efectos en materia de prestaciones por desempleo o en materia de acceso a la pensión de

jubilación afectan directamente al modelo tal como estaba conformado en los distintos convenios o pactos colectivos.

7. REFLEXIÓN FINAL

La solución que aporta esta sentencia tiene aspectos clave que afectan al modelo diseñado por las partes en supuestos de restructuración de plantilla. Independientemente de las consideraciones que hemos venido haciendo a lo largo de estas páginas, si tenemos en cuenta la doctrina contenida en esta sentencia y en otras concurrentes sobre el mismo tema, podríamos concluir que no parece poder sostenerse el modelo de restructuración de plantilla y, con matices según la aproximación de los distintos órdenes jurisdiccionales, de expediente de regulación de empleo a que responden los casos objeto de litigio.

En primer lugar, porque para llegar a lo pretendido por las partes negociadoras, que pretendían garantizar un nivel de renta al trabajador similar al que venía percibiendo en activo, el convenio colectivo no es un instrumento idóneo para llevar a cabo un proceso de restructuración de plantilla. Y no lo es tanto desde la percepción más genérica de la sala de lo contencioso del Tribunal Supremo cuya sentencia nos ha servido de excusa para plantear las reflexiones de estas páginas, como desde la doctrina más matizada del orden social.

En este sentido, y aun desde esta única perspectiva, la existencia de distintas visiones del problema o de diferentes aproximaciones a supuestos de hecho diferenciados que se da en la doctrina del Tribunal Supremo, según sea de una sala u otra, es de por sí criticable. Sería deseable armonizar los supuestos y las soluciones judiciales del orden social y del contencioso administrativo, que admiten matices de capital importancia

En todo caso, independientemente de cuál sería esta calificación jurídica, hay indicios que casan mal con la calificación jurídica como renta regular o irregular de las percepciones a que podría optar el trabajador.

Si tanto el período de devengo o de generación como la forma de obtención han sido aspectos discutidos en la sentencia que comentamos, es obvio que para conseguir evitar dichas dudas, las percepciones en cuestión no deben vincularse de futuro a las distintas vicisitudes de la vida del trabajador para su cobro o percepción efectiva. Si así fuera no sería sino un indicio claro de que estamos ante rentas de carácter regular. Si, por el contrario, la forma de pago fuera independiente de dichas vicisitudes parecería claro que son rentas derivadas o generadas a lo largo del período laboral del trabajador, compensatorias de su pérdida de empleo y, por tanto, asimilables a la indemnización por despido.

El carácter fraccionado o no del pago de la indemnización no debería obstar a la calificación de la misma, aunque ciertamente podría ser un indicio

para no calificar una percepción obtenida por el trabajador como tal indemnización (en nuestra opinión debería ser más determinante el hecho de que la percepción en cuestión esté vinculada o no a la propia vida del trabajador y no al período previo de devengo pretendido). No afectaría al carácter indisponible de la indemnización su fraccionamiento dado que, en nuestra opinión, este sería posible si no afecta a su cuantía.

Otra cuestión distinta y con más problemas es su capitalización a través de una entidad financiera o de seguros. Si la referida capitalización fuera individual, sería el trabajador quien asumiría los costes sociales y las posibles vicisitudes de dicha capitalización; si fuera colectiva, simplemente habría que plantearla como una forma de pago por parte de la empresa. Los incrementos patrimoniales o los rendimientos mobiliarios derivados de dicha capitalización tendrían el tratamiento fiscal correspondiente y su imputación sería a la parte que se beneficiara de los mismos (independientemente de la cuantía diferenciada que devendría del pago diferido de la indemnización por despido). Dicha consideración no evitaría el pago de otras mejoras complementarias de seguridad social, cuyo tratamiento fiscal estaría en conexión con el tratamiento correspondiente de la misma y se vincularía al propio acuerdo de prejubilación o al propio expediente de regulación de empleo.

Todas estas son algunas consideraciones que nos sugiere una sentencia como ésta cuya doctrina, derivada de sentencias anteriores, que ésta confirma, condiciona sin duda la propia conformación de los acuerdos de restructuración de plantillas en situaciones de crisis u organizativas. Sin duda, como hemos dicho anteriormente, ello viene condicionado por el momento y por un uso abusivo de fórmulas que hacían descansar en las arcas públicas determinados costes indirectos de las medidas; ahora quizá el bien jurídico a proteger esté compartido, no sólo en la protección del dinero público y del patrimonio del Sistema de Seguridad Social en su caso, sino también en la cobertura de los trabajadores en situaciones de crisis actual.

**CRISIS EMPRESARIAL, MODIFICACIÓN SUSTANCIAL
DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y PROTECCIÓN
POR DESEMPLEO: DETERMINACIÓN DE LA
INVOLUNTARIDAD DEL CESE**

*Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social,
de 18 de septiembre de 2008*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS*

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

SUPUESTO DE HECHO: La actora venía prestando servicios en una empresa textil, con un contrato indefinido a tiempo completo. Debido a la crisis que atravesaba el sector, la empresa comunicó a todos sus trabajadores que había decidido reducir la jornada laboral de 40 horas semanales a 31,5 horas, reduciendo a su vez el salario y las cotizaciones a la Seguridad Social en la misma proporción. Conforme al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, la actora solicitó la rescisión del contrato percibiendo la indemnización que le correspondía por su antigüedad.

Tras el cese la actora presentó ante el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), solicitud de prestaciones por desempleo. El SPEE denegó tal solicitud alegando que la reducción de la jornada ordinaria de trabajo no tenía la preceptiva autorización administrativa. Reafirmando en la resolución de la reclamación previa, la trabajadora acudió al juzgado de lo social, el cual reconoció a la misma el derecho a la prestación por desempleo. Disconforme con dicha resolución el SPEE comienza su periplo de recursos con no demasiada fortuna pues, en primer lugar, el TSJ de Valencia, en sentencia de 20 de febrero de 2007 desestimó el recurso de suplicación confirmando la sentencia de instancia; en vista de ello, interpuso contra la misma recurso de casación para la unificación de doctrina, que el Tribunal Supremo, en la sentencia objeto de este comentario, desestima.

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Licenciado en Ciencias del Trabajo, respectivamente.

RESUMEN: El Tribunal Supremo decide sobre si tiene o no derecho a percibir las prestaciones por desempleo, el trabajador que ha decidido extinguir su contrato cuando la empresa ha reducido temporalmente la jornada laboral del mismo por la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, al modificar sustancialmente las condiciones de trabajo.

El Supremo desestima el recurso interpuesto por el SPEE, pues entiende que la extinción indemnizada del vínculo laboral por la que optó la actora cuando la empresa acordó una reducción temporal de su jornada de trabajo, si bien es una decisión voluntaria, en el sentido de que aquella tenía otras opciones, sin embargo se trata de una voluntariedad meramente formal puesto que nadie puede ser obligado a trabajar de forma distinta a la pactada en el contrato y ello, al igual que ocurre con las extinciones contractuales voluntarias amparadas en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, no enerva el derecho a la prestación de desempleo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CRISIS EMPRESARIAL Y MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: OPCIÓN POR LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL.
3. EN ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A PERCIBIR PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL AL AMPARO DEL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

1. INTRODUCCIÓN

La protección por desempleo, como parte esencial del llamado Estado de Bienestar, en no pocas ocasiones se conjuga con las políticas de empleo¹. Es lo que ha venido llamándose la función de la protección de desempleo, como de “regulación institucional de los mercados de trabajo en atención a las variables del ciclo económico y a la sucesión de las distintas crisis”, sirviendo las medidas de desempleo como verdaderos instrumentos para facilitar las reorganizaciones empresariales y las reestructuraciones permanentes en los sistemas productivos².

¹ A este respecto puede verse nuestro trabajo en “Política de empleo y protección social”, en AAVV, *Lecciones de Derecho del Empleo*, 2º Ed., Tecnos, 2006, Dir. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.

² En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L. en *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant, Valencia, 1997, págs. 17 y 18.

Así pues, desde esta perspectiva, la protección por desempleo funciona como medida auxiliar a las políticas de reestructuración del sistema productivo y ajuste empresarial, facilitando la reorganización empresarial, en situaciones de crisis o de necesidad, para mejorar su competitividad con el exterior en un mercado cada vez más globalizado. De hecho, en el sistema español de Seguridad Social se observan prestaciones por desempleo que tienen su causa en extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción de las empresas y planes de prejubilación que, a veces, engarzan con subsidios por desempleo para personas de edad madura con el fin de terminar jubilando a los trabajadores tras una larga percepción de prestaciones de la Seguridad Social. Y es que con tales medidas que permiten “aliviar” plantillas, se salvan empresas de su más que seguro cierre y se consigue una mayor competitividad que las harán aptas para poder incorporar en un futuro nuevos trabajadores a sus filas.

Desde otra perspectiva, las tensiones entre la necesidad de expandir el sistema de protección social, a las cada vez más comunes situaciones de necesidad provocadas por el desempleo o exclusión del mercado de trabajo, y la también necesaria contención del gasto, hacen que se exija a los beneficiarios que la protección dispensada no sea a causa de su voluntad de salir del mercado de trabajo (salvo excepciones justificadas) y su compromiso para reincorporarse al mercado de trabajo. Se ha dicho que como “incentivo” a la búsqueda de empleo las prestaciones no han de ser ni abundantes ni duraderas. Por decirlo de otro modo, el interés del desempleado por encontrar un empleo, se cree, es inversamente proporcional a la tasa de sustitución de las rentas dejadas de percibir y/o, en su caso, al período de percepción de las prestaciones por desempleo. Esto justifica en cierto modo la reducción de la protección social a cambio de destinar los fondos para la protección del desempleo a financiar políticas de creación o fomento del empleo (además, de la formación profesional, autoempleo, abaratamiento de costes empresariales en contratación de grupos de difícil inclusión en el mercado de trabajo, compatibilización de subsidios de desempleo con trabajo por cuenta ajena en los supuestos de trabajadores maduros o de sustitución de trabajadores en formación e incluso ayudas destinadas a procurar la movilidad geográfica de los trabajadores).

Pues bien, como regla general, no sin excepciones, para acceder a la protección por desempleo, el solicitante de la misma no puede haber abandonado voluntariamente un puesto de trabajo. Y, al mismo tiempo, con la dificultad que ello conlleva, ha de demostrar su “voluntad” de encontrar trabajo ya que, además de inscribirse como demandante de empleo (en una oficina del Servicio Público de Empleo, estatal o autonómico, según las competencias de la Comunidad Autónoma donde resida), y además de acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada a través de

la suscripción del compromiso de actividad. Mientras que dure la situación por desempleo, so pena de ser sancionado, el trabajador deberá continuar renovando periódicamente su demanda de empleo. La comprobación del requisito de “búsqueda” activa de empleo es francamente difícil, sólo comprobable en los supuestos en los que el Servicio Público de Empleo haya emplazado al trabajador a una entrevista para una oferta de trabajo, la incomparecencia injustificada a dicho acto, la no devolución de los correspondientes justificantes de haber asistido a dicha oferta e incluso la comparecencia con actitudes que notoriamente impliquen la no voluntad de aceptar el trabajo pueden ser sancionadas por la Entidad Gestora. Finalmente, el beneficiario de prestaciones por desempleo deberá participar en trabajos de colaboración social, en programas de empleo y acciones de formación o reconversión profesional, además de aceptar cualquier “oferta de colocación adecuada”. Desde luego, tras una definición amplia de lo que se entiende por tal, en el artículo 231 LGSS, se observa una cierta atenuación en el rigor y expansión del término ya que el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como la conciliación de su vida familiar y laboral, el itinerario de inserción fijado, las características del puesto de trabajo ofertado, la existencia de medios de transporte para el desplazamiento, así como las características de los mercados locales de empleo.

Con todo ello puede observarse claramente que la protección por desempleo se dirige a los que, aún saliendo involuntariamente del mercado de trabajo, tienen interés en volver a reincorporarse al mismo. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 2008, viene a juzgar sobre el derecho o no a percibir prestaciones por desempleo, del trabajador que ha extinguido su contrato de trabajo “voluntariamente” en razón de la decisión empresarial de reducir temporalmente su jornada laboral conforme a la vía del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Y es que, en nuestro país, la regulación del requisito de involuntariedad se caracteriza por guardar un “ponderado equilibrio entre los supuestos en que su ausencia es merecedora de reproche y aquéllos otros en que su exigencia se ve relativizada”³.

De todos es sabido que nuestro ordenamiento jurídico concede al empresario la facultad de modificar en mayor o menor grado las condiciones que regulan el trabajo de sus empleados, con el fin de adaptar la empresa a un sistema económico dinámico. Cuando estas modificaciones no se consideran sustanciales, se enmarcan dentro del poder de dirección del empresario. Sin embargo, si la modificación se produce sobre los elementos esenciales de la

³ Como con acierto indica MÁRQUEZ PRIETO, A., en *La protección por desempleo en España y otros Estados europeos*, MTAS, Madrid, 2001, pág. 86.

relación laboral⁴, el empresario deberá realizarlo conforme al cauce legal específicamente establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.⁵

Según este precepto el trabajador afectado de una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo puede optar por aceptar la decisión del empresario, impugnarla ante la Jurisdicción Social, renunciar a su puesto de trabajo o solicitar la rescisión de su contrato. La actora optó por esta última opción, con la indemnización correspondiente por sus años de servicio en la empresa, y se encontró con la negativa del Servicio Público de Empleo Estatal para concederle la prestación por desempleo que le correspondía, bajo el argumento de la carencia de la autorización administrativa para la reducción de la jornada por parte de la empresa.

En su argumentación el SPEE, se apoya en lo dicho en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 7 de marzo de 2006⁶, que interpreta que ante una situación de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, si el trabajador opta por extinguir su relación laboral⁷, este cese se considera como voluntario y por tanto no existe situación legal de desempleo, puesto que no se estima que el empresario obligue al trabajador a rescindir su contrato. Interpretación ésta que el mismo Tribunal cambia en la Sentencia de 20 de febrero de 2007 y que el Tribunal Supremo interpreta en la que nos ocupa.

Entiende el Tribunal Supremo que no puede el SPEE negar la prestación de desempleo a la que la actora tiene derecho alegando la falta de autorización de la Autoridad Laboral, puesto que ésta solo se exige en los casos de desempleo parcial.⁸ Es más, de lo que se trata en este caso es, simplemente y como dijimos al principio, de una extinción de la relación laboral motivada por una modificación sustancial de las condiciones de trabajo conforme al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, y la Ley General de la Seguridad Social reconoce, en su artículo 208.1.1).e), en situación legal de desempleo a quienes se encuentren en los supuestos del artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, como es en este caso.

⁴ El Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de diciembre de 1987, definió la modificación sustancial de las condiciones de trabajo como “aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral”.

⁵ No debe olvidarse que estas modificaciones sustanciales sólo podrán realizarse por la dirección de la empresa cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Es decir, que esta decisión debe ser causal y motivada en alguna de las razones anteriores que van desde las de tipo económico a las causas tecnológicas, pasando por las necesidades de organización o de producción.

⁶ La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 7 de marzo de 2006, es la que toma como sentencia de referencia el SPEE para interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina.

⁷ Tal como recoge el artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores.

⁸ La exigencia de un expediente de regulación de empleo para que la reducción de la jornada ordinaria pueda considerarse temporal fue introducido al artículo 203.3 de la Ley General de Seguridad Social por la Ley 66/1997, pero sólo para los casos de desempleo parcial.

2. CRISIS EMPRESARIAL Y MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO: OPCIÓN POR LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Dado que el contrato de trabajo no se agota en un sólo acto, sino que perdura en el tiempo, las condiciones laborales reconocidas a los trabajadores al inicio de su relación laboral se pueden ir modificando, bien por cambios normativos, por acuerdos individuales o por decisiones empresariales amparadas en su facultad de dirección y organización del trabajo. Esto significa que en algún momento de la vida de la relación alguno o algunos de los derechos u obligaciones de las partes, pueden sufrir una modificación.

Dentro de estas condiciones laborales que pueden modificarse, encontramos las fundamentales y las que no tienen tal consideración. Las no fundamentales son facultades pertenecientes al poder de dirección del empresario y dentro de la esfera del *ius variandi empresarial*, en tanto que especificación de la prestación laboral y de la posibilidad de introducir en ella modificaciones no sustanciales⁹. Estos casos, ni tan siquiera dan lugar a indemnizaciones o compensaciones no previstas en el convenio colectivo o contrato individual aplicables.

Por otro lado, el legislador ha considerado algunas como “sustanciales” o fundamentales dentro de la relación laboral, afectando de forma importante al contenido o desarrollo del contrato de trabajo, se encuentran recogidas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. Este artículo no nos aporta una definición de lo que son las modificaciones sustanciales, sino que se limita a ofrecer una breve lista: jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento y funciones, cuando excedan de los límites para la movilidad funcional. Aspectos del contrato que para ser modificados exigen, como a continuación se verá, una especial justificación¹⁰.

Así pues, respecto a lo que se entiende por modificación sustancial, hemos de ir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987, donde se identifica como “*aquella que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral que, de forma manifiesta y notoria, pasaría a ser distintos*”. De tal modo de que el listado de modificaciones sustanciales del artículo 41 del ET, no comprende todas las posibles modificaciones existentes.

⁹ Recuérdese que el artículo 20 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores concede al empresario el poder de dirección y organización.

¹⁰ Sobre el tema in extenso, véase, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., en *Expedientes de regulación de empleo*, Ed. Trotta, Madrid, 1993, págs. 291 a 296.

Pero tampoco por el hecho de estar incluidas en el mismo han de tener siempre la calificación de “sustanciales”, concepto que va unido a que realmente su aplicación suponga una mayor onerosidad para los trabajadores afectados, que vaya en contra del carácter sinalagmático del contrato de trabajo¹¹. Es decir, que la modificación de las condiciones de trabajo enumeradas en el artículo 41 ET, no siempre serán sustanciales, sino que lo serán dependiendo de la intensidad del cambio introducido.

Si atendemos al supuesto que venimos tratando, se trata de una reducción de la jornada laboral ordinaria, pasando ésta de las 40 horas semanales a las 31,5 horas, durante un período de seis meses y con la consecuente reducción proporcional en el salario y en las cotizaciones a la Seguridad Social. A la luz de los datos parece claro que se trata de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. De hecho, en ningún momento se pone en duda tal afirmación por ninguna de las partes en litigio ni por los propios Tribunales.

Además, como establece el propio artículo 41 ET, deberán concurrir una serie de causas técnicas, organizativas o de producción, entendiéndose que concurren cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Es decir, cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la compañía. En el caso de la sentencia que nos ocupa, la reducción de la jornada laboral era argumentada por la empresa como necesaria debido a la crisis que atravesaba el sector donde desarrollaba la actividad. Nuevamente se trata de una cuestión que en ningún momento se pone en duda en el litigio que nos ocupa.¹²

Por otro lado, el procedimiento variará si nos encontramos ante una modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual o en virtud de acuerdo o pacto de carácter colectivo.¹³ Pero,

¹¹ Aporte realizado por la Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 1995, y con posterioridad por las Sentencias del Tribunal Supremo d de 9 de abril de 2001 y de 26 de abril de 2006.

¹² Véase el párrafo segundo del apartado primero de los Fundamentos de Derecho de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 2008.

¹³ Tal como señala el artículo 41.2 ET: “Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán ser de carácter individual o colectivo. Se considera de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo de que disfrutaban los trabajadores a título individual. Se considera de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo, o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el tít. III de la presente ley sólo podrá producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto de las materias a las que se refieren los párr. b), c), d) y e) del apartado anterior.”

en cualquier modo, no se trata el problema a tratar en este caso, como señala la sentencia, de un defecto de forma,¹⁴es más, ni siquiera el SPEE entra en cuestionar en su demanda y recursos la posibilidad de que la empresa no haya cumplido los requisitos del artículo 41.2, 3 y 4. ET.

La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo deberá ser notificada por el empresario al trabajador o trabajadores afectados con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad. Una vez comunicada la decisión empresarial, el trabajador deberá asumir la modificación como una nueva condición de su relación laboral, con independencia de su derecho a impugnarla, aún en el caso de que ésta cuente con el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores. Ante la comunicación por parte de la dirección de la empresa de la modificación de sus condiciones laborales, el trabajador podrá optar por una de las siguientes soluciones:

- Aceptar la modificación.
- Impugnar la decisión empresarial¹⁵.
- Solicitar la extinción de su contrato de trabajo.

El resultado final del asunto que analiza la STS que se comenta es que la trabajadora, ante la modificación sustancial de su jornada de trabajo, opta por extinguir la relación laboral que le unía a la empresa. Se trata de una extinción permitida por el Estatuto de los Trabajadores¹⁶. En el supuesto que venimos

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, no se considerarán en ningún caso de carácter colectivo a los efectos de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores, en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.”

¹⁴ Véase apartado c) del Fundamento de Derecho cuarto de la Sentencia que nos ocupa.

¹⁵ En el supuesto de que el trabajador se mostrase disconforme con la decisión empresarial, podrá impugnarla ante la Jurisdicción Social, para lo que dispondrá de un plazo de 20 días. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones laborales.

¹⁶ Como se recuerda, la norma nos muestra otra vía para solicitar la extinción del contrato de trabajo con derecho a percibir una indemnización: cuando el trabajador considerase que la modificación sustancial de condiciones de trabajo redundaba en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad personal pudiendo entonces solicitar ante los Juzgados de lo Social la resolución de su contrato de trabajo amparándose en el artículo 50 ET. En caso de ser estimada su pretensión, el trabajador tendrá derecho a la indemnización señalada para el despido improcedente de 45 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades. Durante la tramitación del procedimiento judicial hasta que recaiga sentencia firme, el trabajador deberá permanecer en su puesto de trabajo.

estudiando, al tratarse de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual (de jornada de trabajo)¹⁷ la norma concede al trabajador el derecho a rescindir su contrato de trabajo de forma indemnizada, pues deberá percibir del empresario una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades. Indemnización que en este supuesto es puesta a disposición por la empresa a la trabajadora al conocer que la misma opta por la resolución contractual.

Recuerda la sentencia¹⁸ que “nadie puede ser obligado a trabajar de forma distinta a la pactada en el contrato”, y que en este caso ocurre igual que con las extinciones voluntarias del artículo 50 ET, por lo que no impide su ejercicio el derecho a la prestación por desempleo que pretende negarle el SPEE. Además, en el caso del artículo 41 ET, y contrariamente a los supuestos del artículo 50 ET, el derecho de la trabajadora a extinguir su contrato no está condicionado a la decisión judicial en caso de impugnación por el empresario¹⁹, sino que “habilita directamente su contrato sin necesidad de esperar la confirmación judicial de que la medida adoptada es correcta”²⁰.

Llegados a este punto, y de la mano de la sentencia que nos ocupa, lo único que nos queda por comentar es el tan cuestionado, por parte del SPEE, derecho al desempleo de la trabajadora que ha decidido rescindir su contrato de trabajo acogiéndose al artículo 41 ET, aunque este cuestionamiento solo cabría, señala la sentencia, si el acuerdo empresarial se hubiera adoptado al margen de las exigencias formales del art. 41 – lo que no se ha cuestionado – y el trabajador no lo hubiera combatido judicialmente, alegando la existencia de una actuación en fraude de ley, que nunca se presume aquí, y ni tan siquiera ha sido alegada por el SPEE”.

En el siguiente apartado entramos a debatir sobre el tema del derecho al desempleo a raíz de esta extinción de la relación laboral motivada por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y llevada a cabo de modo unilateral por la actora.

¹⁷ Así como en aquellos de carácter colectivo en los que el trabajador resultase perjudicado por la modificación.

¹⁸ Véase apartado Sexto de los Fundamentos de Derecho de la misma.

¹⁹ La jurisprudencia ha entendido, en casos del artículo 50 ET, que mientras que el proceso judicial iniciado por el trabajador no concluya con sentencia firme, aquél viene obligado a cumplir con sus obligaciones laborales, lo que supone que debe seguir prestando servicios para la empresa a pesar de los incumplimientos denunciados. Véase por ejemplo STS de 22 de noviembre de 1986, de 18 de julio de 1990 o de 22 de mayo de 2000, entre otras.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 2008.

3. EN ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A PERCIBIR PRESTACIONES POR DESEMPLEO EN LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL AL AMPARO DEL ARTÍCULO 41 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Todo lo que hemos comentado con anterioridad surge a raíz de la solicitud de la actora de su prestación por desempleo ante el SPEE correspondiente y ante la negativa del mismo a reconocer sus derechos. El SPEE alegó que la reducción de la jornada originaria de la extinción de la relación laboral, no tenía la preceptiva autorización administrativa. A la reclamación administrativa de la actora ante SPEE, este argumento que no tenía tal derecho puesto que había desistido voluntariamente de su trabajo y que la modificación operada era una mera novación de su contrato de trabajo a tiempo completo a tiempo parcial, y que por ello no podía acogerse al artículo 41 ET que hemos explicado en el apartado anterior, quedando con tal explicación totalmente desacreditada la postura del SPEE a este respecto.

En primer lugar, recordando lo que entiende la Ley General de Seguridad Social por desempleo, ex art. 203.1, se define como aquella situación en la que se encuentran quienes “pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo”²¹. La determinación de si la pérdida del empleo en esta situación es de las consideradas como voluntarias con derecho a prestación es el eje principal sobre el que gira la argumentación de la sentencia que nos ocupa. El SPEE entendía que era una decisión extintiva voluntaria, sin derecho a prestación, además, en el recurso de casación para la unificación de doctrina que interpuso, se apoyaba en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 7 de marzo de 2006, la cual consideró la extinción de la relación laboral, decisión de un trabajador como consecuencia de una reducción de jornada conforme al artículo 41 ET, como voluntaria y, por tanto, al tratarse de un “cese voluntario no existe situación de desempleo por voluntad legal, pues no es cierto que el empresario obligase a la trabajadora a rescindir su contrato” sino que lo ofreció una reducción de jornada²².

Pero además, continúa en su recurso el SPEE, señalando que “cuando un trabajador cesa en la relación laboral por su sola voluntad, teniendo a la vista

²¹ Nos recuerdan ÁLVAREZ CORTÉS, ET AL. (2008): *Las prestaciones Económicas de la Seguridad Social*. Ed. CEES, pág. 145, que “se trata de una protección de personas con aptitud para el trabajo, y que además buscan trabajo (se entiende que buscan trabajo por el mero hecho de estar inscritos como demandante en una oficina del Servicio Público de Empleo Estatal o autonómico con competencias transferidas...”.

²² Véase el Fundamento de Derecho Único de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 7 de marzo de 2006.

otras alternativas posibles no puede decirse que su desempleo material sea legalmente voluntario (...).Y a ello no puede objetarse que el trabajador se hubiera visto sometido a una reducción de jornada, ya que falta el elemento esencial del expediente de regulación de empleo o autorización administrativa previa, ya que la extinción voluntaria de la relación laboral es solo una de las alternativas posibles, pero no la única”²³.

En el trasfondo de estos razonamientos hay una idea del SPEE que parece pretender combinar la situación legal de desempleo con otros de los requisitos para perderla: la renuncia a una colocación adecuada. Esto es, el SPEE entiende que el trabajo a tiempo parcial ofrecido por la empresa a la trabajadora, al modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, es adecuada y el rechazo a la misma supone la extinción voluntaria de la relación laboral. De ser ello así, se olvida que precisamente lo que pretende la reforma de la protección por desempleo del 2002 es conseguir inmediatamente en el surgimiento de la situación legal de desempleo en caso de despido o extinción del contrato de trabajo a iniciativa empresarial (como es este caso en que la trabajadora se ve abocada a extinguir su contrato de trabajo por las modificaciones producidas)²⁴.

Respecto a la voluntariedad del cese de la trabajadora, se ha explicado suficientemente la no consideración de esta voluntariedad como tal, puesto que es mandato legal que entre las opciones que otorga el artículo 41 ET a los trabajadores ante situaciones de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Por ello es que no se trata de un abandono voluntario del puesto de trabajo, sino que como se explico en el apartado anterior de este comentario, ya que no se puede obligar a un trabajador a continuar en su puesto de trabajo cuando las condiciones del mismo (cuando sean consideradas como sustanciales) se han visto cambiadas unilateralmente por parte del empleador, como se ha dicho, “esta voluntad no es obediente a un simple deseo de abandonar el trabajo, que no debe recibir cobertura del sistema público de Seguridad Social, sino de una previa actuación u omisión del empresario que ha tornado excesivamente oneroso para el empleado el mantenimiento del vínculo contractual”²⁵.

Por otro lado, deja bien claro la sentencia del Supremo que la exigencia de expediente de regulación de empleo para que la reducción de la jornada ordi-

²³ Véase el Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de septiembre de 2008.

²⁴ Sobre esta cuestión véase GETE CASTRILLO, P. y LLANO SÁNCHEZ, M., en “Régimen jurídico de las prestaciones contributivas por desempleo: sobre algunos cambios legales del 2002”, en AAVV, *Nuevo régimen jurídico del despido y del desempleo*, Ed. Cinca, Madrid, pág. 26

²⁵ Como indica CABEZA PEREIRO, J., en *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, Madrid, 1996, pág. 113

naria de trabajo solo se exige en los supuestos de desempleo parcial, y no puede olvidarse que nos encontramos en situación de desempleo parcial cuando “la prestación se compatibiliza con la actividad que mantiene el trabajador en función de la relación laboral con jornada reducida que sigue vigente”²⁶. Nos encontramos, por lo tanto, única y exclusivamente ante una situación de desempleo total según el Tribunal Supremo, contradiciendo la interpretación de la entidad gestora²⁷.

Sin embargo, a nuestro juicio, y al margen de haber explicado todo lo que hemos explicado en este comentario, el supuesto que nos ocupa en esta sentencia es mucho más simple.

Basta con leer el artículo referido a las situaciones legales de desempleo, que no son otra cosa que “una serie de supuestos en los que el individuo cesa en su trabajo involuntariamente o con voluntariedad justificada”, tratándose en cualquier caso de una serie de “supuestos inventariados por la Ley y por los que el individuo podrá acceder a las prestaciones por desempleo”²⁸.

Para saber si la trabajadora se encuentra en situación legal de desempleo nos remitimos simplemente al artículo 208 LGSS, donde encontramos enumerado el caso que nos ocupa. Así, en su apartado 1.1) e), se expone que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que “por resolución voluntaria” de ellos mismos, “en los supuestos previstos en los arts. 40, 41.3, 49.1.m) y 50 del Estatuto de los Trabajadores”. Es por ello que parece claro el derecho de la actora a la prestación por desempleo por cuanto que ella se había acogido al procedimiento del artículo 41.3 ET, y así lo indica el fallo del Tribunal Supremo.

Permitiendo la norma la extinción de la relación laboral por causa de haberse modificado las condiciones sustanciales del contrato, no debemos preguntarnos ni plantearnos como parece haberlo hecho el SPEE, si el perjuicio es suficiente para que entre en juego la posibilidad rescisoria, sobre todo, cuando ha habido un acuerdo por las partes en llegar a esa resolución contractual indemnizada. Acuerdo al que se ha llegado como ejercicio de un derecho individual del trabajador a resolver el contrato cuando entiende que las nuevas condiciones le perjudican.

²⁶ Artículo 221.1 LGSS: “La prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación ó subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”.

²⁷ Véase el Fundamento de Derecho Sexto de la STS, de 18 de septiembre de 2008.

²⁸ ÁLVAREZ CORTÉS, ET AL. (2008): *Las prestaciones Económicas de la Seguridad Social*. Ed. CEES, pág. 146.

A nuestro parecer, y en definitiva, es lógico y consecuente el fallo del Tribunal Supremo ya que ha de protegerse a los trabajadores y trabajadoras que han cesado en su puesto de trabajo voluntariamente, por causas justificadas como es la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o cualquier otro incumplimiento empresarial que afecte de forma importante al trabajador.

**LAS COMPETENCIAS DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA LEY CONCURSAL**

*Sentencia del TSJ de Asturias, Sala de lo Social,
de 25 de julio de 2008*

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Afrontamos el contenido de la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias que resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Oviedo, de fecha 28 de septiembre de 2007. La batalla procesal se centra en dejar en evidencia una defectuosa aplicación del Artículo 8.2 de la Ley Concursal de fecha 9 de julio de 2003 en relación con los artículos 2 a) y 3.1 d) de la Ley de Procedimiento Laboral.

Se trata de un caso de despido en una empresa con el concurso declarado por el Juzgado de lo Mercantil, que adoptó las medidas colectivas en las relaciones laborales del concursado con sus trabajadores, mediante la administración concursal y los representantes de los trabajadores. Dicho acuerdo fue desautorizado por el TSJ de Asturias mediante sentencia de fecha 27 de Abril de 2007, que resuelve el recurso de suplicación interpuesto contra el auto que declaraba la extinción colectiva de relaciones laborales en la empresa concursada. A la vista de tal pronunciamiento los trabajadores deciden interponer papeleta de conciliación y posteriormente demanda por despido ante el Juzgado de lo Social de Instancia, que acogió la excepción de incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la demanda de despido. En el recurso de suplicación interpuesto contra la referida sentencia, se valora la competencia jurisdiccional en materia de despido, a la luz de la Ley concursal, ratificándose el TSJ de Asturias en su anterior pronunciamiento cuando desautorizó las medidas de extinción colectivas aprobadas por el Juzgado de lo Mercantil. Por ello

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y Abogado en ejercicio.

estima el recurso de suplicación y confirma la competencia del orden de lo social para conocer del asunto, debiendo el Juzgado de Instancia volver a conocer del asunto hasta el dictado de una nueva sentencia, en la que deberá pronunciarse sobre el tema de fondo de los despidos.

RESUMEN: La sentencia confirma la competencia de la jurisdicción mercantil, para la suspensión o extinción de los contratos cuando son medidas colectivas, en los términos del artículo 8.2 de la ley concursal, pero la niega para las medidas individuales, considerando que dicha perspectiva queda fuera de la competencia exclusiva y excluyente del Juez mercantil. Abunda por tanto la sentencia en la necesaria delimitación de la materia laboral que recalca en manos del Juez Mercantil, impidiendo que la competencia se pueda extender más allá de los límites de la letra de la propia ley. El elemento plural que conlleva el despido de 12 trabajadores, no hace que pierda su condición de extinción individual, dado que no se dan las circunstancias del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Ciertamente, la sentencia permite hacer una valoración competencial ajustada a la literalidad de la ley que aún no puede medirse en el contexto de otras resoluciones, contradictorias o no, dada la aún escasa relevancia de estas cuestiones en pronunciamientos judiciales desde la entrada en vigor de la ley concursal, mas allá de la resolución en cuestiones relativas al derecho transitorio.

ÍNDICE

1. RAZÓN DE SER
2. LA AFIRMACIÓN DE COMPETENCIAS EN RELACIÓN AL CONCURSO EN LOS LÍMITES DE LO EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE
3. VALORACIÓN FINAL

1. RAZÓN DE SER

Nuestra sentencia de comentario, tiene necesariamente unos antecedentes procesales, sin los cuales no podemos adentrarnos en la valoración de algunos elementos que ponen de manifiesto la relevancia de aquello por lo que esta sentencia nos conduce a alguna reflexión que queremos compartir. El reconocimiento de la competencia del orden social frente a la jurisdicción ordinaria del concurso, no es solo una cuestión debatida en la conexión de esta sentencia con la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Oviedo de 28 de septiembre de 2007. Con anterioridad a este pronunciamiento el

debate jurídico estuvo no solo en el ámbito social, sino también en el ámbito mercantil.

La administración del concurso, la representación de los trabajadores que se encontraban en ERE, y la empresa, supeditando sus acuerdos a la aprobación de la autoridad judicial del concurso, alcanzaron unos acuerdos en virtud de los cuales se resolvían los contratos de los trabajadores con un indemnización, superior a la legal, equivalente a 30 días de salario por año trabajado, de los que la empresa asumía la cantidad que excediera del importe abonado por el organismo oficial competente. La pieza separada de Extinción Colectiva de Contratos del Juzgado Mercantil nº 1 de Oviedo, concretamente su Auto de fecha ocho de noviembre de dos mil seis, autorizó las medidas colectivas en las relaciones laborales que mantiene el concursado con sus trabajadores acordada entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores.

Con posterioridad a su dictado, la autoridad administrativa competente en el pago de buena parte de las indemnizaciones, que no había sido parte de las negociaciones, sin embargo se encontraba implicaba en sus consecuencias económicas, muestra su desacuerdo con el auto, interponiendo recurso de suplicación, bajo la cobertura formal del art. 191 c) LPL, denunciando la infracción de los arts. 1257 del Código Civil y 33.4 del Estatuto de los Trabajadores. El convenio celebrado y la autorización judicial de las medidas, en la que se establecen obligaciones de pago con cargo al FOGASA, sin la participación de éste organismo en el pacto ni la observancia de los requisitos de procedimiento exigidos legal y reglamentariamente para la determinación de su responsabilidad.

El artículo art. 33. 4 del Estatuto de los Trabajadores le atribuye al FOGASA, con exclusividad, la función de comprobar la procedencia de asumir, en calidad de responsable subsidiario, las obligaciones de pago fijadas en los tres primeros números del indicado art. 33, entre las cuales se encuentra el abono a los trabajadores de indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos de trabajo conforme al art. 64 de la Ley Concursal. La responsabilidad del FOGASA exige la previa instrucción de un expediente administrativo¹, con el fin de comprobar la concurrencia de los requisitos determinantes de su responsabilidad.

Por ello el acuerdo empresa, trabajadores con el visto bueno de la administración concursal y la validación judicial del Juez del Concurso altera el régimen legal de la responsabilidad del FOGASA y el de la empresa, en tanto que recogen para ella una obligación de pago inferior a la que conforme con el art. 55.8 del Estatuto de los Trabajadores constituye su límite mínimo de

¹ Regulado en los arts. 20 y siguientes de Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo.

responsabilidad económica, en tanto que no pueden ser menores que el importe de 20 días de salario por año de servicio y lo acordado, al distribuir la deuda, supone la asunción por la empresa de un compromiso de pago por debajo de ese módulo y en menor cuantía de la que resulta de aplicar el citado art. 55.8 del ET.

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ante el recurso de suplicación presentado por la autoridad administrativa, no puede concluir de otro modo que declarando que al auto mercantil de aprobación de medidas laborales, incurre en fraude contra el FOGASA y asimismo, contra los trabajadores afectados, a quienes puede ocasionar un perjuicio, tanto porque la empresa asume una obligación de pago inferior a la legal precedente, como porque en sus propios términos está la causa de la imposibilidad de su cumplimiento al contravenir normas imperativas.

2. LA AFIRMACIÓN DE COMPETENCIAS EN RELACIÓN AL CONCURSO EN LOS LÍMITES DE LO EXCLUSIVO Y EXCLUYENTE

Junto a la novedad introducida por la Ley Concursal con la creación de los Juzgados de lo Mercantil, en funcionamiento desde el 1 de septiembre de 2004, y desde que la ley de Demarcación y Planta Judicial, se encargó de distribuir progresivamente por toda España² a los Juzgados de lo Mercantil, nos ha ofrecido una nueva dimensión de la maltratada competencia de objetiva o material de la jurisdicción social. La jurisdicción del juez del concurso, ha querido el legislador que sea exclusiva y excluyente en materias conexas al concurso, hasta ahora de la exclusiva competencia del orden social y que por mor del artículo 8 de la ley concursal se extenderá a las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de contratos de trabajo en los que el empleador es el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, con las precisiones previstas en la ley. De este modo se ha abierto una cierta dualidad jurisdiccional entre la Jurisdicción Civil y la Jurisdicción Social, en fase de instancia que sin embargo plantea

² Mediante el artículo 46 bis de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y de planta judicial, el Gobierno procedió a la constitución de los juzgados que de forma escalonada implantó mediante el RD 1649/2004, de 9 de julio, se han creado 4 en Barcelona, 2 en Valencia y 5 en Madrid; 1 en Cádiz, Málaga, Sevilla, Oviedo, Palma de Mallorca, Las Palmas de Gran Canaria, Santa Cruz de Tenerife, Alicante, A Coruña, Pontevedra, Murcia, Donostia-San Sebastián y Bilbao. En la actualidad la presencia de los Juzgados de lo Mercantil es una realidad en toda España.

la intervención de la jurisdicción social, por la vía de los recursos. La máxima inspiradora del concurso, salvar la viabilidad de la empresa, entra en contradicción con la aplicación de las normas laborales, y sus mecanismos procesales, que no son otros sino la protección del trabajador, junto a la innegable dificultad de a qué orden jurisdiccional puede corresponder la competencia, lo que impide al orden social desplegar sus efectos protectores sobre el trabajador, y al mismo tiempo, dificultan la ya compleja función del juez ordenador del concurso.

Las extinciones colectivas consagradas son las configuradas como tales en el art. 51 del ET, si bien el cierre de una empresa de menos de cinco trabajadores, pese a ser plural y no colectivo en el art. 51 del ET, determina la competencia del juez de lo mercantil, dado que el cese lo decreta éste (art. 44.4). Por modificaciones colectivas (incluidos los traslados colectivos), habrá que entender las definidas así por los artículos 40 y 41 del ET, cuya delimitación basada no siempre en criterios cuantitativos –como sucede en el caso de las modificaciones de jornada y defunciones,– sino en criterios cualitativos (el origen de la condición a modificar) – puede plantear algunos problemas interpretativos, dado que la Ley está, en el fondo, pensando en actuaciones cuantitativamente colectivas.

Más difícil es saber a qué se refiere la Ley cuando habla de “suspensiones colectivas” por cuanto el art. 47 del ET no distingue entre suspensiones colectivas e individuales o plurales, como sucede con las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (y traslados) y con las extinciones, hablando tan solo de suspensiones por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y remitiéndose al art. 51 del ET respecto de su procedimiento, que es único para todas ellas. Probablemente, la remisión al art. 51 del ET efectuada por el art. 47 en cuanto al procedimiento deba entenderse hecha también en cuanto al criterio numérico diferencial de lo colectivo y de lo plural.

En el mismo sentido, sentencias como la del TSJ de Andalucía (sede de Málaga) de fecha 27 de Septiembre de 2007, tratan de abundar en la delimitación competencial de los órdenes en conflicto, teniendo como fondo el marco normativo surgido de la Ley Concursal y tratando de ofrecer alguna claridad a las situaciones transitorias generadas por las entrada en vigor de la nueva ley que es en definitiva una nueva redistribución de competencias jurisdiccionales en materia social, cuando el empleador sea declarado en concurso. Establece el artículo 51.1 de la Ley Concursal que los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia, aunque el Juez del concurso podrá reclamar aquellos que, siendo de su competencia según el artículo 8 de la Ley Concursal, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los cuales estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la

formación del inventario o de la lista de acreedores. En relación a los procesos entablados por despido en supuestos en que se presentó ante el Juzgado de lo Social demanda por despido anterior a la declaración del concurso, la Sala llega a la conclusión de que, de conformidad con lo dispuesto en el indicado artículo 51.1 de la Ley Concursal, dicho proceso por despido ya iniciado y en tramitación al momento de la declaración de concurso debe continuar tramitándose ante el Juzgado de lo Social hasta la firmeza de la sentencia, sin perjuicio de que posteriormente la competencia para la ejecución de dicha sentencia corresponda al Juez de lo Mercantil, y a salvo de que el Juez de lo Mercantil para conocer de dicho proceso reclame dicha competencia porque considere que la resolución de dichos litigios tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, pero con arreglo al art. artículo 8 de la Ley Concursal, el Juez de lo Mercantil tiene jurisdicción exclusiva y excluyente en las ejecuciones frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que las hubiera ordenado incluso respecto de la ejecución de la sentencia dictada por el juez de lo social en aquellos casos.

En relación a los procesos entablados por despido en supuestos en que se presentó ante el Juzgado de lo Social demanda por despido posterior a la declaración del concurso con arreglo al expresado art. 8 de la Ley Concursal la competencia viene atribuida al Juez de lo mercantil cuando se trate de acciones sociales sobre extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, tanto para resolver la cuestión principal como para conocer y resolver los incidentes como establece el art. 9 LC , así como en las ejecuciones frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que las hubiera ordenado.

El art. 64.1 LC atribuye al juez de lo mercantil la competencia en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales del concursado al disponer que los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante éste por las reglas establecidas en el presente artículo, y en su apartado 8 que contra el auto a que se refiere el apartado anterior cabrá la interposición de recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales, y en su apartado 2 que las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual que

se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal y la sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

Con esta sentencia, la Sala de Málaga del TSJ de Andalucía, confirma lo que ha venido exponiendo en sentencias como las de 3.11.2005 o las de 17.11.2005, sentencias en las que se hace un auténtico esfuerzo por aproximar una interpretación competencial de la ley concursal, configurando el alcance de lo que el legislador ha querido establecer bajo los límites de lo exclusivo y excluyente de la jurisdicción mercantil en cuanto a la redistribución de competencias sociales.

3. VALORACIÓN FINAL

De cuantas lecturas podamos obtener de la ley concursal, aparecería en lugar muy destacado el ámbito procesal, dado que la ley ha impulsado una dualidad de órganos jurisdiccionales implicados, asumiendo la competencia la jurisdicción social en vía de recurso y la jurisdicción ordinaria en la instancia. Con dicho planteamiento de partida era fácil adivinar que las Salas de lo Social, comenzarían a dedicar parte de su escaso tiempo a resolver cuestiones que en la forma, afectan a la competencia y en el fondo afectan a una diferente forma de aplicación del derecho, generada por los principios inspiradores, no sólo de la materia sino también del propio proceso, la jurisdicción mercantil buscando salvar la viabilidad de la empresa, frente la jurisdicción laboral, garantista de los derechos y obligaciones de las partes en la relación laboral. De esta manera, no solo resulta compleja la aplicación de las normas laborales por parte de la jurisdicción ordinaria, inspirada en otros principios, sino también el saber a ciencia cierta a cuál de los dos órdenes jurisdiccionales corresponde la competencia en determinados casos.

Los mismos esfuerzos ha tenido que dedicar la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en autos como los de 21.06.2007, en los que ha debido pronunciarse sobre el alcance competencial en aquellos supuestos en los que la administración concursal ya se ha pronunciado en el informe previsto en el artículo 74 y 75 de la Ley Concursal, debiendo analizar qué jurisdicción es la competente para conocer las demandas de extinción planteadas por los trabajadores o quienes serán parte en el proceso. Del mismo modo los tribunales deberán seguir integrando la Ley para dar respuesta a cuestiones tales como qué suerte deben correr los expedientes de suspensión o extinción colectiva de contratos de trabajo iniciados con anterioridad a la declaración del concurso y todavía no resueltos, donde la opción de la continuación del procedimiento administrativo hasta la finalización, esta tan válida como la suspensión del procedimiento administrativo y su traslado al Juez de lo

Mercantil para que decida conforme al artículo 64. Lo cierto es que se trata de una cuestión no resuelta en la Ley Concursal en la que analógicamente se viene aplicando la regla de la acumulación del artículo 51.1.

No escogimos la presente sentencia poniéndola en el punto de mira de nuestras reflexiones por resolver, ni abrir horizontes novedosos en la doctrina jurisprudencial. Frente a la ausencia de ese perfil polémico en la doctrina, sí nos ofrecía la oportunidad de aproximarnos a unas relaciones entre órdenes jurisdiccionales, que han sido maridadas por imperativo legal y que en los tiempos económicos actuales, generan una gran incidencia. La competencia asignada a los Juzgados de lo Mercantil en el ámbito de los despidos colectivos, forma parte de las “competencias añadidas” mercantiles compartidas entre cuestiones sociales, de competencia, publicidad y transportes, entre otras. Esta competencia añadida en el ámbito social, está llamada a quedar a prueba en los próximos meses, en tanto que la realidad económica del país va a requerir una decidida y creciente intervención no solo de la jurisdicción social, solventando los numerosos problemas laborales de las empresas, sino también de la jurisdicción mercantil en tanto que responsable de los planes de viabilidad que se les pretende dar a las empresas en situación de crisis. Pese a los casi cinco años de funcionamiento, es el momento de revisar la aplicación de las competencias mercantiles en materia laboral, y por lo tanto de poner a prueba las inevitables zonas de interconexión de competencias, debiendo abundar, ambas jurisdicciones, en un preciso funcionamiento, aprovechando la experiencia aportada ya por los tribunales, así como las lagunas integradas ya en la práctica judicial, todo ello en evitación de farragosos conflictos competenciales que agravarían mucho más la situación de incertidumbre del trabajador y las posibilidades de recuperación de la empresa.

Reseña de Legislación

Selección de legislación sobre expedientes de regulación de empleo

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Prof. Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

ÍNDICE

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio

Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas

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

Real Decreto 1035/1984, de 9 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de expedientes de regulación de empleo

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

(BOE de 29 de marzo)

(Selección de normas)

Art. 45. *Causas y efectos de la suspensión*

1. El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

(...)

i) fuerza mayor temporal.

j) causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

(...)

2. La suspensión exonera de las

obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

(...)

Art. 47. *Suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor*

1. El contrato de trabajo podrá ser suspendido, a iniciativa del empresario, por causas económicas, técnicas, organizativas o de produc-

ción, con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 de esta Ley y en sus normas de desarrollo, excepto en lo referente a las indemnizaciones, que no procederán.

La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa.

En este supuesto, el plazo a que se refiere el apartado 4 del artículo 51 de esta Ley, relativo a la duración del período de consultas, se reducirá a la mitad y la documentación justificativa será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen.

2. Igualmente, el contrato de trabajo podrá ser suspendido por causa derivada de fuerza mayor con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51.12 de esta Ley y normas reglamentarias de desarrollo.
(...)

Art. 49. Extinción del contrato

1. El contrato de trabajo se extinguirá:

(...)

h) Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 12 del artículo 51 de esta Ley.

i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta Ley.

(...)

2. El empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas.

El trabajador podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo del finiquito, haciéndose constar en el mismo el hecho de su firma en presencia de un representante legal de los trabajadores, o bien que el trabajador no ha hecho uso de esta posibilidad. Si el empresario impidiese la presencia del representante en el momento de la firma, el trabajador podrá hacerlo constar en el propio recibo, a los efectos oportunos.

Art. 51. Despido colectivo

1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

Se entenderá igualmente como 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 fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

2. 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.

3. Recibida la solicitud, la autoridad laboral comprobará que la misma reúne los requisitos exigidos, requiriendo, en caso contrario, su subsanación por el empresario en un plazo de diez días, con advertencia de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, con archivo de las actuaciones.

La autoridad laboral comunicará la iniciación del expediente a la entidad gestora de la prestación por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las causas motivadoras del expediente, y cuantos otros resulten necesarios para resolver fundadamente. Los informes habrán de ser evacuados en el improrrogable plazo de diez días y deberán obrar en poder de la autoridad laboral antes de la finalización del período de consultas a que se refieren los apartados 2 y 4 del presente artículo, quien los incorporará al expediente una vez concluido aquél.

Si, durante la tramitación del expediente, la autoridad laboral tuviera conocimiento de que por parte del empresario se están adoptando medidas que pudieran hacer ineficaz el resultado de cualquier pronunciamiento, aquélla podrá recabar del empresario y de las autoridades competentes la inmediata paralización de las mismas.

Cuando la extinción afectase a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente.

4. La consulta con los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo, tendrá una duración no inferior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, y deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

En todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan que contemple las medidas anteriormente señaladas.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo.

Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del Comité o Comités de Empresa, de los delegados de personal en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

A la finalización del período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo.

5. Cuando el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá 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.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, 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 remitirá, con suspensión de plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará cuando, de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

6. Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. La resolución se dictará en el plazo de quince días naturales a partir de la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión del período de consultas; si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud.

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 desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos en el apartado 1 de este artículo.

7. Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo.

8. Los trabajadores cuyos contratos se extingan de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo tendrán derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo infe-

rios a un año, con un máximo de doce mensualidades.

9. Los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoación del expediente a que se refiere el presente artículo, si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación.

En tal caso, la autoridad laboral competente determinará las actuaciones y los informes que sean precisos para la resolución del expediente, respetando los plazos previstos en el presente artículo.

10.

11. En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial.

Si, no obstante la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto.

12. La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo expediente tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado.

El expediente se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del expediente.

La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actua-

ciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, y surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.

La autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario.

13. En lo no previsto en el presente artículo será de aplicación lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en particular en materia de recursos.

Todas las actuaciones a seguir y las notificaciones que deban efectuarse a los trabajadores se practicarán con los representantes legales de los mismos.

14. Las obligaciones de información y documentación previstas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza el control sobre él. Cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no le ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.

Cuando se trate de expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social.

Art. 52. Extinción del contrato por causas objetivas

El contrato podrá extinguirse:

(...)

c) Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.

e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.

Art. 53. Forma y efectos de la extinción por causas objetivas

1. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido

en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes:

a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52 c) , de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

c) Concesión de un plazo de preaviso de treinta días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52 c) , del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

2. Durante el período de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

3. Contra la decisión extintiva podrá recurrir como si se tratase de despido disciplinario.

4. Cuando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo o la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien

se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio. La no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho período. La posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá, en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha.

Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

a) La de los trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

c) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados.

5. La calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario, con las siguientes modificaciones:

a) En caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1 de este artículo, consolidándola de haberla recibido, y se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.

b) Si la extinción se declara improcedente y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización.

57 bis. Procedimiento concursal

En caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal.

Ley 22/2003, Concursal, de 9 de julio, BOE de 10 de julio

(Selección de normas)

Artículo 8. Juez del concurso

Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

(...)

2º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.

(...)

Artículo 44. Continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial

1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor.

En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, y sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos

propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado.

3. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial.

4. Como excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta.

Cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el juez actuará conforme a lo establecido en el párrafo 2º del artículo 8 y en el artículo 64.

Artículo 64. Contratos de trabajo

1. Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo.*

2. La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.

* Redacción dada por el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo.

3. La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior sólo podrá solicitarse del Juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta Ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa,* en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso.

4. La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

5. Recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.

Si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud prevista en el apartado 4 de este artículo y de los documentos que en su caso se acompañen.

6. Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos.

Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas. Recibida dicha comunicación el juez del concurso recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión. Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

7. Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de

* El Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo ha añadido el siguiente texto: "y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores".

los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

8. Contra el auto a que se refiere el apartado anterior cabrá la interposición de recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

9. En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

La suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.

Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio

de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

10. Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:

Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.

Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores.

Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores.

11. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma.

Artículo 65. *Contratos del personal de alta dirección*

1. Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección.

2. En caso de suspensión del contrato, éste podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización en los términos del apartado siguiente.

3. En caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del

concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo.

4. La administración concursal podrá solicitar del juez que el pago de este crédito se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación.

Artículo 66. Convenios colectivos

La modificación de las condiciones establecidas en los convenios

regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral, y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores.

(...)

Artículo 207. Contratos de trabajo

Los efectos del concurso sobre el contrato de trabajo y sobre las relaciones laborales se regirán exclusivamente por la Ley del Estado aplicable al contrato.

Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas

(BOE de 7 de marzo de 2009)

(Selección de Normas)

CAPÍTULO I

Medidas de mantenimiento del empleo

Artículo 1. Bonificación en la cotización empresarial a la Seguridad Social en los supuestos de regulaciones temporales de empleo

1. Las empresas tendrán derecho a una bonificación del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes devengadas por los trabajadores en situaciones de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada que hayan sido autorizadas en expedientes de regulación de empleo, incluidas las suspensiones de contratos colectivos tramitadas de conformidad con la legislación concursal. La duración de la bonificación será coincidente con la situación de desempleo del trabajador, sin que en ningún caso pueda superar los 240 días por trabajador.

2. Para la obtención de la bonificación será requisito necesario que el

empresario se comprometa a mantener en el empleo a los trabajadores afectados durante al menos un año con posterioridad a la finalización de la suspensión o reducción autorizada. En caso de incumplimiento de esta obligación, deberá reintegrar las bonificaciones aplicadas, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

No se considerará incumplida esta obligación cuando el contrato de trabajo se extinga por despido disciplinario declarado o reconocido como procedente, por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

3. Será de aplicación lo establecido en el artículo 1.3 y 1.4 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, así como los requisitos regulados en el artículo 5, las exclusiones establecidas en las letras a) y b) del artículo 6.1 y lo dispuesto en su artículo 9

sobre reintegro de los beneficios.

4. Las bonificaciones a las que se refiere este artículo serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, incluidas las reguladas en el Programa de fomento de empleo, sin que en ningún caso la suma de las bonificaciones aplicables pueda superar el 100% de la cuota empresarial a la Seguridad Social.

5. Lo dispuesto en este artículo será aplicable a la solicitudes de regulación de empleo presentadas desde el 1 de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009.

6. El Servicio Público de Empleo Estatal llevará a cabo un seguimiento trimestral de la bonificación establecida en este artículo, para garantizar que se cumplen los requisitos y finalidad de la misma.

7. Esta bonificación de cuotas de la Seguridad Social se aplicará por los empleadores con carácter automático en los correspondientes documentos de cotización, sin perjuicio de su control y revisión por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por la Tesorería General de Seguridad Social y por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Artículo 2. *Modificación de la regulación del convenio especial de la Seguridad Social a suscribir en determinados expedientes de regulación de empleo, para fomentar la actividad de los trabajadores en ellos incluidos*

La disposición adicional trigésima primera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición adicional trigésima primera. *Régimen jurídico del convenio especial a suscribir en determinados expedientes de regulación de empleo*

1. En el convenio especial a que se refiere el artículo 51.15 del texto

refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, las cotizaciones abarcarán el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla los 65 años, en los términos establecidos en los apartados siguientes.

2. A tal efecto, las cotizaciones por el referido período se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador en los últimos seis meses de ocupación cotizada el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducirá la cotización, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondiente al periodo en el que el trabajador pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación, calculándola en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial.

Hasta la fecha de cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 61 años, las cotizaciones serán a cargo del empresario y se ingresarán en la Tesorería General de la Seguridad Social, bien de una sola vez, dentro del mes siguiente al de la notificación por parte del citado Servicio Común de la cantidad a ingresar, bien de manera fraccionada garantizando el importe pendiente mediante aval solidario o a través de la sustitución del empresario en el cumplimiento de la obligación por parte de una entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la Tesorería General de la Seguridad Social, en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

A partir del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 61 años las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a su

exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas, en los términos previstos en la normativa reguladora del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad de 65 años o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4.

3. En caso de fallecimiento del trabajador o de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente durante el período de cotización correspondiente al empresario, éste tendrá derecho al reintegro de las cuotas que, en su caso, se hubieran ingresado por el convenio especial correspondientes al período posterior a la fecha en que tuviera lugar el fallecimiento o el reconocimiento de la pensión, previa regularización anual y en los términos que reglamentariamente se establezcan.

4. Si durante el período de cotización a cargo del empresario el trabajador realizase alguna actividad por la que se efectúen cotizaciones al sistema de la Seguridad Social, las cuotas coincidentes con las correspondientes a la actividad realizada, hasta la cuantía de estas últimas, se aplicarán al pago del convenio especial durante el período a cargo del trabajador recogido en el último párrafo del apartado 2, en los términos que reglamentariamente se determinen y sin perjuicio del derecho del empresario al reintegro de las cuotas que procedan, de existir remanente en la fecha en que aquél cause la pensión de jubilación.

5. Los reintegros a que se refieren los apartados 3 y 4 devengarán el interés legal del dinero vigente en la fecha en que se produzca su hecho causante, calculado desde el momento en que tenga lugar hasta la propuesta de pago.

A tal efecto, el hecho causante del reintegro tendrá lugar en la fecha del fallecimiento del trabajador o en aquella en la que éste hubiera causado pensión de incapacidad

permanente para los supuestos previstos en el apartado 3, y en la fecha en que el trabajador hubiera causado pensión de jubilación, para el supuesto previsto en el apartado 4.

6. En lo no previsto en los apartados precedentes, este convenio especial se regirá por lo dispuesto en las normas reglamentarias reguladoras del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.»

CAPÍTULO II

Medidas de protección de las personas desempleadas

Artículo 3. *Reposición del derecho a la prestación por desempleo*

1. Cuando se autorice a una empresa en virtud de expediente de regulación de empleo o procedimiento concursal a suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días u horas de trabajo, y posteriormente se autorice por resolución administrativa en expediente de regulación de empleo o por resolución judicial en procedimiento concursal la extinción de los contratos, o se extinga el contrato al amparo del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, texto Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, los trabajadores afectados tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas autorizaciones con un límite máximo de 120 días, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) que la resolución administrativa o judicial que autorice la suspensión o reducción de jornada se haya producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, ambos inclusive;

b) que el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice

la extinción se produzca entre la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley y el 31 de diciembre de 2011.

2. Cuando se autorice a una empresa en virtud de expediente de regulación de empleo o procedimiento concursal a suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días u horas de trabajo, durante el cual los trabajadores hayan agotado la prestación por desempleo a la que tuvieran derecho, y posteriormente se autorice por resolución administrativa en expediente de regulación de empleo o por resolución judicial en procedimiento concursal la reducción de jornada o suspensión de los contratos, los trabajadores afectados por dichas autorizaciones que no hayan generado un nuevo derecho a prestación contributiva tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de la anterior suspensión o reducción de jornada con un límite máximo de 90 días, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) que la resolución administrativa o judicial que hubiera autorizado esa anterior suspensión o reducción de jornada se haya producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, ambos inclusive;

b) que la resolución administrativa o judicial que autorice la posterior suspensión o reducción de jornada se produzca entre la fecha de entrada en vigor de este real decreto-ley y el 31 de diciembre de 2009.

3. La reposición prevista en los apartados anteriores se aplicará al mismo derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal o reducción temporal de la jornada de trabajo.

La base de cotización y la cuantía a percibir, durante el periodo de la

reposición, serán las mismas que las que correspondieron a los periodos objeto de la reposición.

4. Si un trabajador ha sido beneficiario de la reposición prevista en el apartado 2 de este artículo no tendrá derecho a la recogida en el apartado 1.

5. El derecho a la reposición se reconocerá de oficio por la entidad gestora en los supuestos en los que se solicite la reanudación o reapertura de la prestación por desempleo.

En los supuestos en que esté agotado el derecho se deberá solicitar la reposición, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social.

6. Las ayudas reconocidas en concepto de reposición de prestaciones por desempleo a los trabajadores incluidos en los planes de apoyo para facilitar el ajuste laboral de los sectores afectados por cambios estructurales del comercio mundial, conforme a lo previsto en los citados planes de apoyo y en la Orden de 5 de abril de 1995, por la que se determinan las ayudas que podrá conceder el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a trabajadores afectados por procesos de reconversión y/o reestructuración de empresas, no serán acumulables a la reposición de prestaciones establecida en este artículo.

Artículo 4. *Eliminación del periodo de espera para ser beneficiario del subsidio por desempleo*

1. A los desempleados que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 215.1.1 y 215.1.3 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, no se les exigirá figurar inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de espera de un mes, siempre que las situaciones protegidas por el subsidio por desempleo se produzcan entre la fecha de entrada en vigor de este real

decreto-ley y el 31 de diciembre de 2009.

2. En los supuestos a que se refiere este artículo para determinar el requisito de carencia de rentas y, en su caso, de responsabilidades familiares, para el reconocimiento del derecho se considerará como fecha del hecho causante aquella en que se produzca la situación protegida.

El derecho al subsidio por desempleo nacerá a partir del día siguiente a aquel en que se produzca el hecho causante del subsidio, por agotamiento de la prestación por desempleo, o retorno, o liberación de prisión, o declaración de capacidad o invalidez en grado de incapacidad permanente parcial, o agotamiento del subsidio especial para mayores de 45 años.

Para ello será necesario que el subsidio se solicite dentro de los quince días siguientes a las fechas anteriormente señaladas. La solicitud requerirá la inscripción como demandante de empleo en ese mismo plazo si la misma no se hubiera efectuado previamente.

3. En lo no previsto en el apartado anterior se aplicará el artículo 215.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en cuanto a la carencia de rentas y responsabilidades familiares, y el artículo 219.1, en cuanto al nacimiento del derecho.

(...)

Disposición final segunda.

Facultades de desarrollo

El Gobierno y el Ministro de Trabajo e Inmigración, en el ámbito de sus competencias, dictarán las disposiciones necesarias para el desarrollo y la ejecución de lo establecido en este real decreto-ley, previa consulta a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

Disposición final tercera.

Evaluación de las medidas establecidas en el real decreto-ley

El Gobierno evaluará con anterioridad a 31 de diciembre de 2009 el funcionamiento de las distintas medidas establecidas en este real decreto-ley.

A la vista de los resultados de las evaluaciones trimestrales efectuadas, y en función de la evolución que experimente el empleo durante el año 2009, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, podrá establecer la prórroga por un año más de la vigencia de cualquiera de las medidas previstas en este real decreto-ley, así como su modificación, para garantizar que se cumplan las finalidades perseguidas.

Disposición final cuarta.

Entrada en vigor

El presente real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo lo dispuesto en los artículos 1 y 3, que entrarán en vigor de acuerdo con lo establecido en los mismos.

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

(BOE de 20 de febrero)

(Selección de normas)

Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos

TITULO I
Del procedimiento administrativo
de regulación de empleo

CAPITULO I
Disposiciones generales

Artículo 1. *Objeto y ámbito de aplicación*

1. La extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se llevará a efecto mediante el procedimiento establecido en este Reglamento, en los supuestos en que en un período de noventa días, tal extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

2. Asimismo, se entenderá como 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 las mismas causas anteriormente señaladas.

Artículo 2. *Autoridad laboral competente*

1. En el ámbito de la Administración General del Estado y a los efectos del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la autorización para extinguir las relaciones de trabajo

fundada en causas económicas, técnicas, organizativas, de producción y existencia de fuerza mayor, corresponde:

a) En las empresas, cualquiera que sea su plantilla, siempre que la medida no afecte a más de doscientos trabajadores, al Director provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales, dentro del ámbito de su provincia, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo c) de este artículo.

b) Si la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el expediente en distintas provincias y ubicados en una Comunidad Autónoma donde no se haya producido el traspaso de funciones y servicios del Estado a la misma en materia de regulación de empleo o, en todo caso, cuando la autorización afecte a los centros de trabajo o trabajadores radicados en dos o más Comunidades Autónomas, conocerá del mismo la Dirección General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, salvo delegación expresa en alguno de los Directores provinciales de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales competentes por razón del territorio.

c) Cuando la resolución que haya de dictarse pueda afectar a más de doscientos trabajadores o la medida tenga especial trascendencia social, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá recabar la competencia para tramitar y resolver el procedimiento.

2. En el ámbito de las Comunidades Autónomas que hayan recibido el traspaso de los servicios del Estado en materia de regulación de empleo, tendrá la consideración de autoridad laboral competente para la resolución de aquellos procedimientos, el órgano que determine la Comunidad Autónoma respectiva.

Artículo 3. *Interesados*

A efectos de este Reglamento y de acuerdo con el artículo 51.4 del

Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, ostentarán, en todo caso, la condición de parte interesada, la empresa y los trabajadores a través de sus respectivos representantes legales.

Artículo 4. Legitimación

Estarán legitimados para intervenir en el procedimiento de regulación de empleo, los sujetos señalados en el artículo anterior. En caso de no existir representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento, debiendo, si su número es igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la autoridad laboral entenderá las sucesivas actuaciones.

CAPITULO II

Procedimiento de regulación de empleo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

SECCION 1ª. Iniciación del procedimiento

Artículo 5. Forma de iniciación

El procedimiento de regulación de empleo se iniciará mediante solicitud del empresario dirigida a la autoridad laboral competente, procediendo simultáneamente mediante comunicación escrita, a la apertura de un período de consultas con los representantes de los trabajadores conforme a los términos del artículo 3 de este Reglamento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7 .

Artículo 6. Iniciación

1. 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 (RCL 1995, 997) , a los representantes legales de los trabajadores.

2. A los efectos del artículo 51.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, si la solicitud de iniciación del expediente de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no reuniese los requisitos exigidos, la autoridad laboral, en el término de diez días, se dirigirá al peticionario para que subsane el defecto observado en el término de otros diez días, con la advertencia de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición, con archivo de las actuaciones; una vez subsanado, comenzarán a computar los plazos a que se refiere el artículo 51.4 de la referida Ley. Copia la subsanación que se lleva a efecto habrá de remitirse en igual plazo a la representación legal de los trabajadores.

Artículo 7. *Iniciación por los trabajadores*

Los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la iniciación del procedimiento de regulación de empleo, si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación. En este supuesto, sólo se requiere que se acompañe la memoria explicativa de las razones por las que se inicia el procedimiento y las pruebas que se estimen oportunas para acreditar los perjuicios antes referidos y, en su caso, la comunicación efectuada al empresario, y la contestación y documentación que en tal sentido les haya trasladado el mismo. La autoridad laboral, en cualquier momento del procedimiento, podrá recabar de ambas partes cuanta documentación considere necesaria para dictar resolución.

Artículo 8. *Período de consultas*

1. El período de consultas entre las partes interesadas tendrá una duración no inferior a treinta días

naturales o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. Dicho período podrá entenderse finalizado, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, en el supuesto señalado en el artículo 11 de este Reglamento. Durante este período las partes deberán negociar de buena fe sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, aportando para ello cuantas soluciones procedan para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados y posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

2. Las consultas realizadas con las representaciones de los trabajadores y la posición de las partes interesadas en las mismas deberán reflejarse en una o más actas y, en todo caso, en un acta final comprensiva del contenido de las negociaciones mantenidas, con reseña suficiente de la documentación y de los informes que hubieran sido examinados.

3. A la finalización del período de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral competente el resultado del mismo, acompañado del acta o actas a que se refiere el apartado anterior y, en su caso, el informe, a que se refiere el artículo 6.1 d) de este Reglamento.

SECCION 2ª. Ordenación del procedimiento

Artículo 9. *Instrucción*

1. Una vez recibida la comunicación de iniciación del procedimiento, la autoridad laboral dará traslado de la misma, junto con la documentación que obre en su poder, a la Entidad Gestora de la prestación por desempleo a efectos de la posible emisión de informe. Asimismo, recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el plazo máximo de diez días naturales, en aquellas empresas que cuenten con cincuenta o más

trabajadores, o de cinco, en caso contrario.

2. El contenido del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 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 debiendo ser evacuado en el plazo de diez días a partir de la solicitud, y obrar en poder de la autoridad laboral antes de la finalización del período de consultas, momento en el cual será incorporado al expediente.

Asimismo, la autoridad laboral podrá solicitar cuantos otros informes juzgue necesarios, fundamentando la conveniencia de reclamarlos.

En las peticiones de informes se concretarán el extremo o extremos acerca de los que se solicita, debiendo ser emitidos en el plazo de diez días, salvo que el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor.

3. Si durante la tramitación del expediente, la autoridad laboral tuviera conocimiento de que por parte del empresario se están adoptando medidas que pudieran hacer ineficaz el resultado de cualquier pronunciamiento, aquélla podrá recabar del empresario y de las autoridades competentes la inmediata paralización de las mismas.

Artículo 10. Audiencia

En el plazo de tres días, a contar desde la finalización del período de consultas, la autoridad laboral procederá a dar audiencia del expediente a las partes, en el caso de que figuren en el procedimiento y puedan ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aducidos por las

mismas en los términos del artículo 84.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SECCION 3ª. Finalización del procedimiento

Artículo 11. Acuerdo en el período de consultas

1. Alcanzado el acuerdo conforme a lo previsto en el artículo 51.4 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la autoridad laboral competente procederá a dictar resolución en el plazo de quince días naturales, autorizando a la empresa para proceder a la extinción de las relaciones laborales.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si la autoridad laboral apreciase, de oficio o a solicitud de parte interesada, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo remitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará cuando, de oficio o a petición de la Entidad Gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

2. Si transcurrido el plazo de resolución, no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo.

Artículo 12. Desacuerdo en el período de consultas

Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. Dicha resolu-

ción, en todo caso, deberá ser motivada y congruente con la solicitud deducida.

El plazo de resolución será de quince días naturales a partir de la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión del período de consultas; si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva propuesta en la solicitud, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 13. Declaración de improcedencia del procedimiento

Si del examen de la solicitud completa, y cumplido en su caso el trámite de subsanación a que se refiere el apartado 2 del artículo 6 de este Reglamento, se dedujera que la solicitud no reúne los requisitos establecidos en el artículo 51.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la autoridad laboral declarará la improcedencia de la misma.

Contra las resoluciones que declaren la improcedencia de la solicitud de despido colectivo podrá interponerse recurso ordinario ante el superior jerárquico del órgano que las dictó, versando éste exclusivamente sobre la inadmisión o no del procedimiento seguido.

Artículo 14. Indemnizaciones

1. El empresario, simultáneamente a la adopción de la decisión extintiva a que le autorice la resolución administrativa, deberá abonar a los trabajadores afectados la indemnización que se establece en el artículo 51.8 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que, en virtud de pacto individual o colectivo, se haya fijado una cuantía superior.

2. En el caso de que el empresario no abonara la referida indemnización

o existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podrá, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores, demandar ante el Juzgado de lo Social competente al pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir, mediante acción cuyo ejercicio seguirá las normas del proceso laboral ordinario, y en el que las afirmaciones de hecho de la resolución de la autoridad administrativa gozarán de presunción de certeza, salvo prueba en contrario.

Artículo 15. Ejecutividad

Las resoluciones administrativas expresas recaídas en el procedimiento de regulación de empleo se presumen válidas y producirán efectos desde la fecha en que se dicten salvo que en ellas se disponga otra posterior.

Finalizado el plazo de resolución, sin haber recaído resolución expresa, la ejecutividad de la misma quedará diferida al cumplimiento de lo establecido en el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Artículo 16. Recursos

1. Contra las resoluciones de los procedimientos administrativos de regulación de empleo podrá interponerse por los interesados recurso ordinario en el plazo de un mes ante el órgano superior jerárquico del que las dictó.

2. En la tramitación del procedimiento de recurso se estará a lo dispuesto en la Sección II del Capítulo II del Título VII de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las resoluciones de los recursos administrativos serán susceptibles de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

CAPITULO III

Extinción y suspensión de relaciones de trabajo por fuerza mayor**Artículo 17.**

La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción y suspensión de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este Capítulo.

Artículo 18. *Iniciación*

El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios, y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores.

Artículo 19. *Instrucción y resolución*

La autoridad laboral competente realizará cuantas actuaciones y solicitará todos los informes que considere indispensables, dictando resolución en el plazo de cinco días a contar desde la fecha de entrada de la solicitud.

En el caso de que figuren en el procedimiento y puedan ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aportados por la empresa en su solicitud, se dará a los representantes legales de los trabajadores el oportuno trámite de audiencia, que deberá realizarse en el término de un día.

La resolución surtirá efectos desde la fecha del hecho causante.

Contra la resolución de la autoridad laboral, se podrá interponer recurso ordinario en los términos previstos en el artículo 16 de este Reglamento.

CAPITULO IV

Suspensión de las relaciones de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción**Artículo 20.**

El procedimiento para solicitar autorización para suspender contratos de trabajo, en virtud de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción recogidas en el artículo 47.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, será el establecido en el artículo 51 de aquella norma y en el Capítulo II de este Reglamento, excepto en lo referente a las indemnizaciones con las siguientes especialidades:

a) La duración del período de consultas será, en todo caso, de quince días naturales.

b) La documentación justificativa de la concurrencia de la causa alegada requerirá necesariamente la acreditación de que se trata de una situación coyuntural de la empresa.

CAPITULO V

Extinción de relaciones de trabajo por desaparición de la personalidad jurídica del contratante**Artículo 21. *Extinción de la personalidad jurídica del contratante***

Según lo previsto en el artículo 49.1 g) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), la extinción de relaciones de trabajo por extinción de la personalidad jurídica del contratante se regirá por el procedimiento establecido en el presente Reglamento.

TITULO II

Del procedimiento de actuación administrativa en materia de traslados colectivos**Artículo 22. *Objeto***

Es objeto del presente Título la regulación del procedimiento a que se

refiere el apartado 2 del artículo 40 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en virtud de la cual la autoridad laboral, decidido un traslado colectivo de trabajadores, a la vista de las posiciones de las partes y teniendo en cuenta las consecuencias económicas y sociales de la medida, podrá ordenar la ampliación del plazo de incorporación de los trabajadores al nuevo puesto de trabajo y la consiguiente paralización del traslado por un período de tiempo no superior a seis meses.

Artículo 23. Autoridad laboral competente

Será autoridad laboral competente para conocer del presente procedimiento la determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de este Reglamento. En el supuesto contemplado en el apartado 1 a) del artículo precitado, la autoridad laboral será la correspondiente al domicilio del centro de trabajo afectado.

Artículo 24. Iniciación

El procedimiento se iniciará a solicitud de parte interesada, determinada conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de este Reglamento, dirigida a la autoridad laboral competente en el improrrogable plazo de los tres días siguientes a la notificación de la decisión empresarial de traslado, tras la finalización sin acuerdo del periodo de quince días establecido para consultas a que se refiere el apartado 2 del artículo 40 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

La solicitud habrá de expresar con claridad y precisión los motivos en que se fundamenta la petición y contendrá, en particular, la exposición de los efectos económicos o sociales negativos que, a juicio del solicitante, se derivarían de la ejecución de la decisión de traslado en el plazo legalmente establecido.

Artículo 25. Instrucción del procedimiento

Iniciado el procedimiento, la autoridad laboral requerirá a las partes en el plazo de tres días para la aportación, en el término de cinco días, de cuantas alegaciones estimen convenientes.

Asimismo, y en los mismos plazos del párrafo anterior, recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y cuantos otros estime necesarios para resolver fundadamente.

Artículo 26. Resolución

Recibidas las alegaciones de las partes y los informes solicitados, o transcurrido el término establecido para ello, la autoridad laboral dictará resolución en el improrrogable plazo de cinco días, la cual pondrá fin a la vía administrativa.

En el caso de que figuren en el procedimiento y puedan ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos, alegaciones y pruebas distintos de los aportados por las partes, se dará el oportuno trámite de audiencia, que deberá realizarse en el término de un día.

La resolución decidirá sobre la existencia o inexistencia de consecuencias económicas o sociales que justifique la ampliación del plazo de incorporación y determinará, en su caso, la duración de dicha ampliación, dentro del límite máximo de seis meses.

En ningún caso podrá ser objeto de la resolución el pronunciamiento de la autoridad laboral sobre las razones existentes para la adopción de la decisión empresarial de traslado, ni sobre su justificación.

Transcurrido el plazo para la finalización del procedimiento sin que hubiera recaído resolución expresa podrá entenderse desestimada la solicitud previo cumplimiento de lo establecido en el artículo 44 de la Ley 30/1992

Real Decreto 1035/1984, de 9 de mayo, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de expedientes de regulación de empleo

(BOE 1 de junio de 1984)

Artículo 1º

Se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía, de fecha 27 de diciembre de 1983, por el que se traspasan funciones del Estado en materia de Expedientes de Regulación de Empleo a la Comunidad Autónoma de Andalucía y se le traspasan, asimismo, los correspondientes Servicios e Instituciones y medios personales, materiales y presupuestarios precisos para el ejercicio de aquéllas.

Art. 2º

1. En consecuencia, quedan traspasadas a la Comunidad Autónoma de Andalucía las funciones a que se refiere el Acuerdo que se incluye como anexo I del presente Real Decreto, y los Servicios y los bienes, derechos y obligaciones, así como el personal y créditos presupuestarios que figuran en las relaciones adjuntas al propio Acuerdo de la Comisión Mixta, en los términos y condiciones que allí se especifican.

2. En el anexo II de este Real Decreto se recogen las disposiciones legales afectadas por el presente traspaso.

Art. 3º

Los traspasos a que se refiere este Real Decreto tendrán efectividad a partir del día señalado en el Acuerdo de la mencionada Comisión Mixta, sin perjuicio de que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social produzca, hasta la entrada en vigor de este Real Decreto, los actos administrativos necesarios para el mantenimiento de los servicios en el mismo régimen y nivel de funcionamiento que tuvieran

en el momento de la adopción del acuerdo que se transcribe como anexo I del presente Real Decreto.

Art. 4º

Los créditos presupuestarios que figuran detallados en las relaciones 3.2 como «bajas efectivas» en los vigentes Presupuestos Generales del Estado, serán dados de baja en los conceptos de origen y transferidos por el Ministerio de Economía y Hacienda a los conceptos habilitados en la sección 32, destinados a financiar los servicios asumidos por las Comunidades Autónomas, una vez que se remitan al departamento citado por parte de la Oficina Presupuestaria del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social los certificados de retención de crédito para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado vigente.

Art. 5º

El presente Real Decreto entrará en vigor el día 1 de junio de 1984.

ANEXO I

Secretarios de la Comisión Mixta prevista en la disposición transitoria segunda del Estatuto de Autonomía para Andalucía (citada)

Certifican:

Que en la Sesión Plenaria de la Comisión celebrada el día 27 de diciembre de 1983, se adoptó acuerdo sobre el traspaso a la Comunidad Autónoma de Andalucía de las funciones y/o servicios del Estado en materia de Expedientes de Regulación de Empleo en los términos que a continuación se expresan.

A). Referencia a normas constitucionales y estatutarias y legales en las que se ampara la transferencia.

La Constitución, en su artículo 149.1.7.º establece que corresponde al Estado la competencia exclusiva sobre legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas. Por su parte el Estatuto de Autonomía de Andalucía establece en su artículo 17.2 que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la ejecución de la legislación laboral, con las facultades y servicios propios de la Administración respecto de las relaciones laborales, sin perjuicio de la Alta Inspección del Estado y de lo establecido en el artículo 149.1.2.º de la Constitución.

Sobre la base de estas previsiones constitucionales y estatutarias procede operar ya en este campo trasposos de funciones y servicios de tal índole a la misma, complementando de esta forma el proceso.

La Ley 8/1980, de 10 de marzo atribuye en sus artículos 51 y 49.7 la competencia de la Administración para apreciar la concurrencia de causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor y para resolver las solicitudes empresariales que, con base en las mismas, pretendan alterar los niveles de empleo o modificar las condiciones de prestación de los servicios.

B). Funciones del Estado que asume la Comunidad autónoma e identificación de los servicios que se traspasan.

1º Se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía dentro de su ámbito territorial, en los términos del presente acuerdo y de los Decretos y demás normas que lo hagan efectivo y se publiquen en el «Boletín Oficial del Estado», las siguientes funciones que venía realizando la Administración del Estado.

1. La instrucción y resolución de expedientes de regulación de empleo para autorizar colectivamente reducciones de jornada, suspensiones y extinciones de las relaciones labo-

rales por causas tecnológicas, económicas y de fuerza mayor, y reconocimiento de la situación legal de desempleo por razón de muerte, jubilación o incapacidad del empresario.

2. Los expedientes a que se refiere el apartado anterior incoados por aquellas empresas en las que la totalidad de los centros de trabajo y trabajadores de su plantilla radiquen dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, serán instruidos y resueltos en primera instancia y en vía de recurso por la autoridad laboral de la Comunidad Autónoma de Andalucía, agotándose la vía administrativa en dicho ámbito. No obstante lo anterior, en los expedientes incoados por empresas cuya plantilla exceda de 500 trabajadores, la autoridad instructora del expediente administrativo deberá recabar preceptivamente informe previo de la Administración del Estado.

3. Cuando la solicitud deducida en el expediente afecte tan sólo a los centros de trabajo o trabajadores radicados en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma la competencia para instruir y/o resolver el expediente corresponderá a la autoridad laboral de la Comunidad Autónoma de Andalucía. A fin de que la autoridad competente tome en consideración a la hora de resolver las posibles repercusiones que el expediente incoado pueda provocar indirectamente en centros de trabajo radicados fuera de la Comunidad Autónoma, se recabará informe preceptivo de la Administración del Estado, quien a su vez podrá solicitarlo de las Comunidades Autónomas en que radiquen los restantes centros de trabajo. Dicho informe, que versará en exclusivo sobre dicho aspecto concreto, no tendrá carácter vinculante.

4. Los plazos para la resolución de los expedientes serán, en todo caso, los establecidos con carácter general por la legislación vigente, sin

que quepa suspensión, prórroga o demora de lo mismos por razón de las transferencias que dispone el presente acuerdo.

A efectos del cómputo de plantillas a que se refiere el presente acuerdo se incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la empresa en el día en que se inicie el expediente, ya sean fijos de plantilla, eventuales, interinos o contratados por cualquiera de las modalidades que autoriza la legislación vigente.

5. Los informes preceptivos a que se refiere el presente acuerdo, sean de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas, deberán ser solicitados en el plazo máximo de los tres días siguientes a la formulación del expediente, y deberán obrar en poder de la autoridad competente para resolver con una antelación mínima de cinco días previos al término del plazo establecido para dictar resolución. La ausencia de estos informes preceptivos no obstará para la resolución del expediente por la autoridad competente, ni determinará la nulidad de las actuaciones, siempre que quede acreditado fehacientemente que se solicitaron en tiempo y forma oportunos.

2º Se traspasan a la Comunidad Autónoma de Andalucía, los servicios correspondientes de las Direcciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social.

C). Funciones que se reserva la Administración del Estado.

Permanecerán en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y seguirán siendo de su competencia la resolución de expedientes de regulación de empleo en los casos siguientes:

a) Empresas acogidas a planes de reconversión sectorial cuya competencia vendrá determinada por lo que establezca la norma aprobatoria de cada Plan Sectorial. En todo caso, los expedientes incoados por

empresas acogidas a Planes aprobados al amparo de la Ley 21/1982, de reconversión industrial serán instruidos y resueltos por la Administración del Estado.

b) Expedientes de regulación de empleo relacionados con créditos excepcionales o avales acordados por el Gobierno de la nación, de acuerdo con lo previsto en los artículos 5, e) y 37, de la Ley de Crédito Oficial o norma que los sustituya.

c) Empresas pertenecientes al Patrimonio del Estado y, en general, aquéllas que tengan la condición de sociedades estatales de acuerdo con la Ley General Presupuestaria vigente en cada momento.

d) Empresas relacionadas directamente con la defensa nacional y aquéllas otras cuya producción sea declarada de importancia estratégica nacional mediante norma con rango de Ley.

e) En aquellos expedientes cuya competencia se reserva el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se solicitará por éste preceptivamente informe de aquellas Comunidades Autónomas donde radiquen los centros de trabajos afectados.

D). Funciones en que han de concurrir la Administración del Estado y/o la de la Comunidad Autónoma y forma de cooperación.

Se desarrollará coordinadamente entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y la Comunidad Autónoma de Andalucía, de conformidad con los mecanismos que en cada caso se señalan las siguientes funciones:

En los supuestos en que se trate de expediente cuya solicitud afecte a centros de trabajo o trabajadores radicados dentro y/o fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, se cumplirán las siguientes normas:

a) Cuando el 85 por 100, como mínimo de la plantilla de la empresa radique en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía y

existan trabajadores afectados en la misma, la autoridad laboral de la Comunidad Autónoma registrará el expediente dando traslado del mismo a la Administración del Estado simultáneamente a su registro y lo instruirá hasta el momento procedimental de resolver en que formulará una propuesta de resolución ante la Administración del Estado. Esta última, que podrá recabar informe de otras Comunidades Autónomas en cuyos territorios presten servicio los trabajadores afectados dictará resolución cuyo contenido se limitará a aceptar o rechazar de plano la propuesta a que se refiere el apartado anterior, debiendo explicitarse en el segundo supuesto los motivos de rechazo. Las propuestas de resolución deberán registrarse ante la Administración del Estado con una antelación mínima de cinco días antes del plazo establecido para resolver.

b) Cuando el expediente del caso no afecte a trabajadores situados en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía o la plantilla de la empresa que radica en dicho ámbito territorial sea inferior al porcentaje señalado en el apartado anterior, el expediente será instruido y resuelto en primera y sucesivas instancias por

la Administración del Estado, que recabará informe de la autoridad laboral de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En aquellos expedientes en que se proponga la jubilación anticipada de trabajadores, y cuya competencia resida en la Comunidad Autónoma de Andalucía, será preciso que ésta cuente con fondos suficientes para su financiación. En todo caso, la Comunidad Autónoma deberá respetar y cumplir las normas sobre financiación, garantías y sistemas de cómputo establecido para el sistema de jubilaciones anticipadas. Todo ello sin perjuicio de la competencia de la Comunidad Autónoma para habilitar fondos, con cargo a sus presupuestos, para subvencionar este tipo de jubilaciones.

La Comunidad Autónoma de Andalucía facilitará a la Administración del Estado información individualizada de cada uno de los expedientes de regulación de empleo presentados y/o resueltos, siguiendo la metodología estadística existente o la que en su caso establezca, de forma que quede garantizada su coordinación e integración con el resto de la información estadística de ámbito estatal.

(...)