

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Comisión Consultiva Nacional
de Convenios Colectivos

Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.)
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social, Universidad de Alcalá

INFORMES
Y ESTUDIOS
RELACIONES
LABORABLES

NIPO: 270-12-103-0



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

Subdirección General de la Información Administrativa y Publicaciones

RET. 12-2.319

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

La negociación colectiva
en los expedientes
de regulación de empleo

Ministerio de Empleo y Seguridad

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS

Serie Relaciones laborales

Núm. 103

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo

Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.)

Natividad Mendoza Navas

Remedios Menéndez Calvo

M^a Luisa Molero Marañón

Magdalena Nogueira Guastavino

Juana M^a Serrano García

*Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos
Ministerio de Empleo y Seguridad Social*

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@meyss.es

Internet: www.meyss.es

NIPO: 270-12-102-5

ISBN: 978-84-8417-441-7

Depósito legal: M. 37.601-2012

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

Realización: Closas-Orcoyen, S.L.

Polígono Igarza. Paracuellos de Jarama (Madrid)



SUMARIO

	<i>Pág.</i>
Presentación	13
Nota introductoria	15
I. LOS MÁRGENES DEJADOS POR LA LEY A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO	19
I.1. Introducción: alcance material y temporal de la investigación	19
I.2. La equívoca denominación de los períodos de consultas: la sutil distinción entre la consulta y la negociación colectiva	22
I.3. Sujetos actuantes en representación de los trabajadores.....	27
I.3.1. La atribución dual de legitimación a los representantes unitarios y sindicales.....	28
I.3.2. La admisión de comisiones ad hoc en los casos de inexistencia de representantes legales de los trabajadores.....	31
I.4. La duración de los períodos de consulta	37
I.5. El contenido potencialmente amplio de los períodos de consulta y la conexión entre los derechos de información y de negociación	41
I.5.1. El objeto del período de consulta	41
I.5.2. La información a presentar por el empresario y su conexión con la negociación colectiva	44

I.5.3.	El plan de acompañamiento social y su relación con la negociación en los períodos de consulta	49
I.5.4.	Nuevos márgenes reconocidos por la reforma de 2012 a los acuerdos adoptados en el periodo de consultas	55
I.6.	La obligación de negociar de buena fe en los períodos de consulta.....	57
I.7.	La intervención de la autoridad laboral y su interacción con los períodos de consultas	60
II.	LAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS DEL DESPIDO OBJETIVO-COLECTIVO	67
II.1.	Preliminares: indeterminación causal e incertidumbre jurídica	67
II.1.1.	Regulación jurídica de la causalidad en el despido objetivo anterior a la reforma de 2010: hitos normativos y problemas interpretativos	68
II.1.2.	La reforma de la causalidad del despido objetivo.	79
II.2.	Definición, unificación de las causas y de sus finalidades ...	83
II.3.	Las causas económicas: regulación actual	84
II.3.1.	La situación «económica negativa» de la «empresa»	84
II.3.1.1.	La situación económica negativa concurre con las pérdidas en un sentido amplio, incluidas las pérdidas (disminución) persistentes de beneficios	86
II.3.1.2.	La situación económica negativa debe poder afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo	93
II.3.1.3.	El ámbito de la situación económica negativa se refiere a la empresa en su conjunto, lo que incluye el grupo cuando actúe como empleador	99
II.3.2.	Acreditación de los resultados de la empresa de los que se deriva la situación económica negativa	103
II.3.3.	«Justificar» la «razonabilidad» de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.....	114

II.3.4.	El incremento de los EREs por causas económicas tras las reformas del año 2010	121
II.4.	Las «otras» causas: técnicas, organizativas y productivas.	124
II.4.1.	Escenario tras las reformas de 2010.....	124
II.4.2.	La definición de las causas y su acreditación práctica en los EREs consultados	127
II.4.2.1.	Las causas técnicas	128
II.4.2.2.	Las causas organizativas	132
II.4.2.3.	Causas productivas	142
II.4.3.	Acreditación de las causas.....	148
II.4.4.	Justificación de la razonabilidad de la decisión extintiva para «prevenir» o «mejorar» la situación de la empresa y favorecer así su posición en el mercado	150
III.	EL PROCEDIMIENTO EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO.....	163
III.1.	La naturaleza mixta del procedimiento de regulación de empleo: la trascendencia del proceso de negociación colectiva frente al proceso administrativo.....	163
III.2.	El intenso proceso normativo de cambio del procedimiento de regulación de empleo	167
III.3.	La competencia de la autoridad laboral	171
III.3.1.	Autoridad laboral competente y cambios en la competencia inicial	175
III.3.2.	Autoridad laboral competente y grupo de empresas	177
III.3.3.	Autoridad laboral competente y Juez del concurso	180
III.4.	La complejidad de las reglas de legitimación negociadora en el periodo de consultas	181
III.4.1.	Reglas de legitimación anteriores a las reformas 2010-2011.....	182
III.4.1.1.	La designación de la representación de los trabajadores por centro de trabajo en la negociación de ámbito empresarial	182
III.4.1.2.	Reglas de legitimación negociadora en las empresas con representaciones estables.....	184

III.4.1.3.	Especial referencia a las alternativas previstas para los centros de trabajo sin representación antes de la reforma 2010	186
III.4.2.	Incidencia de la reforma de la Ley 35/2010 sobre las reglas de legitimación negociadora: La aplicación del artículo 41.4 ET en el ámbito de los EREs.....	189
III.4.3.	Incidencia de las reformas normativas de 2011.....	195
III.4.3.1.	Incidencia en las reglas de legitimación negociadora	195
III.4.3.2.	Incidencia en el ámbito de negociación de los EREs y en las reglas de adopción de acuerdos	198
III.5.	La práctica consolidada del requisito de ratificación por asamblea del acuerdo adoptado	201
III.6.	La reducción de los plazos y su aplicación desvirtuada	203
III.7.	El control de la administración laboral en los EREs pactados: especial referencia al informe de la inspección de trabajo	207
IV.	MEDIDAS SOCIALES.....	213
IV.1.	Expedientes de regulación de empleo extintivos	213
IV.1.1.	Marco legal	213
IV.1.2.	Expedientes de Regulación de Empleo extintivos autorizados en 2009, 2010 y 2011	218
IV.1.2.1.	Número de Expedientes de Regulación de Empleo.....	218
IV.1.2.2.	Período a lo largo del cual se efectúan las extinciones.....	221
IV.1.2.3.	Número de trabajadores afectados por los Expedientes de Regulación de Empleo.....	222
IV.1.2.4.	Selección de los trabajadores afectados por el Expediente de Regulación de Empleo.....	226
IV.1.3.	Medidas sociales y plan de acompañamiento social en los expedientes extintivos	231
IV.1.3.1.	Medidas de carácter económico.....	231

IV.1.3.2.	La recolocación.....	274
IV.1.3.3.	Movilidad geográfica.....	291
IV.1.3.4.	Modificación de condiciones de trabajo	297
IV.1.3.5.	Medidas formativas.....	298
IV.1.3.6.	Política de contratación. Internaliza- ción de servicios.....	300
IV.1.3.7.	Medidas de contención salarial.....	301
IV.1.3.8.	Garantías de empleo.....	303
IV.1.3.9.	Ajustes del tiempo de trabajo.....	304
IV.1.3.10.	Medidas comerciales e industriales....	304
IV.1.3.11.	Otras medidas sociales.....	306
IV.2.	La suspensión colectiva de los contratos de trabajo.....	310
IV.2.1.	Premisa legal y nuevo marco normativo	310
IV.2.2.	Contenido material de los expedientes de regula- ción de empleo suspensivos	313
IV.2.2.1.	Negociación y desarrollo del Expe- diente.....	313
IV.2.2.2.	Plan de acompañamiento social y otras medidas.....	321
IV.2.3.	Valoración. A modo de conclusiones	333
IV.3.	Expedientes de reducción de jornada	337
IV.3.1.	Introducción.....	337
IV.3.2.	El incremento numérico de los expedientes de re- gulación de reducción de jornada.....	338
IV.3.3.	Ordenación legal de la reducción de jornada.....	342
IV.3.4.	El elemento causal en la reducción de jornada....	345
IV.3.4.1.	Las causas determinan el porcentaje de reducción de jornada y el periodo de duración	351
IV.3.4.2.	Otras medidas empresariales que acom- pañan a la reducción	357
IV.3.5.	La participación colectiva previa a la reducción de jornada	359
IV.3.5.1.	Plan de acompañamiento social	361
IV.3.6.	El procedimiento administrativo de reducción de jornada.....	366
IV.3.6.1.	Documentación justificativa de la re- ducción de jornada	367

IV.3.6.2.	Memoria explicativa de las causas	368
IV.3.6.3.	Trabajadores afectados	368
IV.3.7.	El resultado de las consultas y la Resolución administrativa	370
IV.3.8.	Medidas estatales de apoyo a la reducción de jornada	371
IV.3.8.1.	El desempleo en la reducción de jornada	371
IV.3.8.2.	Bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social.....	373
Anexo I.	LISTADO DE EXPEDIENTES CONSULTADOS	377
	<i>Remedios Menéndez Calvo</i>	
Anexo II.	ESTUDIO EN CIFRAS (TABLAS Y GRÁFICOS) .	381
	<i>Remedios Menéndez Calvo</i>	

PRESENTACIÓN

A comienzos de 2010, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos encargó a un equipo de investigación dirigido por el Profesor Escudero la realización de un estudio sobre la negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo. Se trataba de analizar, a la vista del campo de actuación que la norma legal dejaba a la autonomía colectiva, diversos aspectos relacionados con la intervención de los legitimados para negociar los períodos de consultas y, singularmente, su comportamiento en relación a las exigencias causales, a las reglas procedimentales y a las medidas que pueden acordarse con especial atención a las de carácter social.

Resulta evidente, y así lo destacan los autores en el preámbulo de la obra, que el marco normativo que sustenta el estudio ha sufrido una transformación radical en virtud de las normas reformadoras del mercado de trabajo aprobadas en 2012. La desaparición de la autorización administrativa en todos los supuestos —salvo en los casos de fuerza mayor— que venía constituyendo la seña de identidad del sistema español de reorganización productiva ha sido uno de los aspectos estelares de la reforma laboral, condicionando decisivamente el régimen jurídico resultante y su aplicación práctica.

Sin embargo, el estudio no sólo no ha perdido un ápice de interés sino que, a mi modo de ver, resulta, incluso, más importante y de mayor transcendencia práctica en la aplicación de las nuevas normas. Esta afirmación, que no oculta que la desaparición de la intervención autorizada de la autoridad laboral influirá decisivamente en las estrategias de negociación, se sustenta en argumen-

tos, a mi modo de ver, incontestables. El primero de ellos es que la negociación colectiva sigue siendo el elemento central y básico del régimen jurídico de los despidos colectivos y de las suspensiones y reducciones de jornada por causas técnicas, organizativas, productivas y económicas. Es más, el legislador reformista ha potenciado el papel de las consultas a las que ha dotado de más y mejores medios instrumentales otorgando a la autoridad laboral el papel de velar por el buen desarrollo del proceso negociador. En segundo lugar, la investigación que se presenta analiza el alcance y contenido de la negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo abstrayéndose del marco normativo aplicable en cada momento; sus conclusiones resultan totalmente actuales y, por tanto, plenamente útiles al referirse a cuestiones consustanciales a este tipo de procesos: la intervención de los sujetos legitimados para negociar; el análisis y tratamiento de las causas alegadas; los acuerdos y sus contenidos, las medidas sociales y el plan de acompañamiento social, así como los desacuerdos. Aspectos todos cuyo conocimiento resultará imprescindible para abordar en el futuro medidas de reorganización en el nuevo marco normativo. Por último, también me interesa destacar que allí donde ha sido necesario, los autores han introducido las oportunas referencias a los nuevos cambios normativos, excendiéndose, con una generosidad impagable, a las exigencias del encargo recibido.

La obra que tengo la satisfacción de presentar, que se integra en la larga serie de estudios propiciados por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, por su rigor y profundidad está llamada a ocupar un lugar sobresaliente en la bibliografía iuslaboralista española.

El agradecimiento a los autores debe ir acompañado de la manifestación de gratitud al Ministerio de Empleo y Seguridad Social que, en estos tiempos difíciles, sigue dando soporte a las iniciativas ligadas a la actividad de la Comisión como observatorio de la negociación colectiva y, en su seno, al estudio de sus diversas manifestaciones y a su difusión.

Madrid, octubre de 2012

ÁNGEL BLASCO PELLICER
Presidente CCNCC

NOTA INTRODUCTORIA

Esta obra colectiva analiza la problemática de la negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo por un encargo realizado en el año 2009 por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos al grupo investigador que ha coordinado Ricardo Escudero.

Para situar en sus justos términos nuestra investigación es preciso tener en cuenta que nuestro trabajo se ha centrado, de modo exclusivo, en una amplísima selección de expedientes de regulación de empleo autorizados por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración durante los años 2009, 2010 y 2011, que han sido consultados directamente por los miembros del referido grupo en la sede de dicho organismo. Además, nos hemos centrado sólo en aquellos expedientes en los que se había alcanzado un acuerdo entre las partes negociadoras, ya que en ellos se ve más clara aun la relación entre el contenido de aquéllos y la negociación colectiva. Y, en fin, hemos analizado expedientes que se concretan tanto en despidos colectivos como en suspensiones de contratos y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, productivas y organizativas.

Por todo ello, la legislación que ha servido de referencia a esta investigación ha sido, de un lado, la vigente antes de la reforma llevada a cabo en el año 2010, esto es, el Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada al mismo por la Ley 11/1994 y el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de actuación administrativa en materia de

traslados colectivos. Pero, de otro, hemos abordado el análisis de las modificaciones efectuadas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y por el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, de idéntico contenido al de la norma reglamentaria antes citada, a la que deroga. Y, además, hemos incorporado en algunos de los trabajos incluidos en esta obra puntuales reflexiones relacionadas con la modificación acometidas por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Todo ello con el fin de que, en determinados puntos, puedan apreciarse mejor las diferencias entre la vieja y la nueva normativa, pero, claro es, sólo en la medida en que afectan, de manera directa o indirecta, a los derechos de información y consulta y, por consiguiente, a la negociación colectiva.

En cualquier caso, entendemos que el nuestro no es un trabajo que pueda considerarse baldío u obsoleto a la luz del importante cambio legislativo producido por la última de las normas citadas. Por el contrario, esta investigación aplicada trata de contribuir al conocimiento de una cuestión tan compleja —y tan necesitada de análisis— como es la referente al alcance y al contenido de la negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo que se ha desarrollado en el marco de una legislación dada, siendo secundario, al menos a estos efectos, que ya no sea la vigente en el momento de publicarse este libro. Ese, y no otro, es, precisamente, su valor que esperamos que los lectores de esta obra sepan enjuiciar: a saber, profundizar en el estudio de una parcela de las relaciones laborales tan fecunda como insuficientemente conocida en la que la autonomía colectiva se entrefiera con la intervención administrativa. Sin duda alguna, la reforma de 2012 ha alterado, profundamente, ciertos extremos de la regulación de los despidos colectivos, de las suspensiones de contratos y reducciones de jornada por motivos empresariales, siendo el más significativo, pero no el único, la eliminación de la autorización administrativa, salvo en los supuestos de fuerza mayor. Tales modificaciones van a originar importantes consecuencias en la práctica negociadora desarrollada en los equívocamente llamados períodos de consulta, pero, con todo y con eso, el análisis de tales efectos no ha sido —no podía ser— el objetivo de este trabajo sino, en su caso, de una investigación futura. En suma, hemos sido plenamente coherentes con los concretos términos del encargo encomendado y a él nos hemos ceñido, aun siendo plena-

mente conscientes a la hora de cerrar nuestro cometido que las reglas del juego son diferentes desde el momento de la aprobación del mencionado Real Decreto-ley.

Por último, queremos dejar constancia de nuestra profunda gratitud a Carolina Martínez Moreno, anterior presidenta de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, a Elena Gutiérrez y a Luis García, vocal y técnico de la misma, respectivamente, por el apoyo constante que, cada uno desde su específico cometido, nos han prestado y por la comprensión y generosidad mostradas en la realización de esta investigación. Y, también, queremos expresar nuestro sincero y efusivo agradecimiento al personal de la Dirección General de Trabajo del entonces denominado Ministerio de Trabajo e Inmigración que, con una gran amabilidad y profesionalidad, nos ha facilitado el trabajo en las innumerables visitas que los miembros del grupo investigador tuvimos que efectuar a las dependencias de la misma a fin de consultar directamente las voluminosas y pesadas carpetas archivadoras que contienen los expedientes de regulación de empleo. Y, muy en particular, a Javier Gómez-Hortigüela, subdirector general de Relaciones Laborales, que, en todo momento, facilitó nuestra ardua tarea y siempre nos orientó con su buen hacer y con sus acreditados y dilatados conocimientos. Sin el apoyo de todos ellos, este trabajo no hubiera sido posible.

I

LOS MÁRGENES DEJADOS POR LA LEY A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

RICARDO ESCUDERO RODRÍGUEZ,
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social;
Universidad de Alcalá.

I.1. INTRODUCCIÓN: ALCANCE MATERIAL Y TEMPORAL DE LA INVESTIGACIÓN

Este trabajo introductorio a esta obra colectiva versa, de modo general, sobre los márgenes que la legislación vigente deja a los derechos de información y consulta en materia de despidos colectivos, suspensiones de contratos y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, productivas y organizativas. Ahora bien, tal propósito se realiza únicamente con la declarada intención de precisar el concreto alcance de tales derechos en su relación con la negociación colectiva que se ha de llevar a cabo en el seno de los denominados períodos de consulta. En consecuencia, no se trata de realizar un análisis exhaustivo de los múltiples y complejos problemas que suscita la legislación vigente en la materia sino tan solo de enmarcar las premisas generales que condicionan el tratamiento legal de los referidos derechos en relación a distintos extremos de

los denominados hasta febrero de 2012 expedientes de regulación de empleo.

Como es bien sabido, el análisis de éstos ha sido efectuado, de una manera muy solvente y exhaustiva por la doctrina laboralista¹, por lo que no se trata de reiterar o de sintetizar en este estudio lo aportado por ella sino que me limitaré a precisar las bases legales sobre las que se construye la investigación que hemos llevado a cabo. Por consiguiente, me centraré en las cuestiones más relevantes de los referidos períodos de consulta en la medida en que guardan una relación directa con la negociación colectiva. Y, por ello, se dejan deliberadamente al margen otros temas que afectan al procedimiento de los expedientes de regulación de empleo o a temáticas contenidas en los referidos preceptos estatutarios y en sus desarrollos reglamentarios ajenas al tema central de esta obra.

Para llevar a cabo tal objetivo, se han de tomar en consideración las normas que, de modo más o menos detallado, abordan cuestiones relativas a los períodos de consulta, tales como la representación de los trabajadores, su duración, su contenido y el alcance de los derechos de información y, asimismo, el engarce de tales períodos con la intervención de la autoridad laboral. En concreto, van a constituir el eje de este análisis las siguientes normas: de un lado, la 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. De otro, los art. 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores —en adelante, ET—. Además, el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, como es bien sabido, los aludidos preceptos del ET han sido objeto de modificación por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, lo que dio lugar a la aprobación del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, de idéntico contenido que la norma reglamentaria anteriormente citada, a la que deroga. Y, en fin, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado labo-

¹ Por todos, A. BLASCO PELLICER «Los expedientes de regulación de empleo», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. Para la situación anterior a la reforma legal de 1994, J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ «Expedientes de regulación de empleo», Ed. Trotta, Madrid, 1993.

ral —en adelante, RDL 3/2012—, que altera importantes extremos de los art. 47 y 51 del ET y que implica un significativo cambio de rumbo en la materia que nos ocupa. Para completar el cuadro normativo, ha de traerse a colación la Orden Ministerial ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio.

Pues bien, hay que dejar muy claro desde el inicio que nuestra investigación se ha centrado en una amplísima selección de expedientes de regulación de empleo de los años 2009, 2010 y 2011, por lo que la legislación aplicable a los mismos fue o bien la anterior al primero de dichos años o bien la vigente en el último de dichos años. Así, ambas normativas van a constituir el marco legal de referencia en este análisis introductorio y, también, del resto de los trabajos comprendidos en esta obra para ser plenamente coherente con el encargo realizado y con el contenido del mismo. Con todo, ello no excluye que se realicen algunas reflexiones que tienen que ver con la reforma legal de 2012 señalando en qué medida se han producido modificaciones que pueden afectar, de manera directa o indirecta, a los derechos de información y consulta y, por ende, a la negociación colectiva.

Por otra parte, conviene señalar que la Directiva 98/59/CE impone la obligación de realizar el período de consultas en el supuesto de despidos colectivos y, consiguientemente, el art. 51.2 del ET lo ha transpuesto y dotado de contenido². Ahora bien, como es de sobra conocido, nuestro ordenamiento jurídico extiende también el deber de observar dicho período en los casos de suspensión de contratos de trabajo y de reducción de jornada por causas empresariales (art. 47 ET). Ello supone que el análisis que se hace tanto en este trabajo introductorio como en los diferentes estudios de este libro incluya, asimismo, la regulación de los períodos de consulta en estas dos figuras, abordando, en concreto, las peculiaridades legales que ellas incorporan. En consecuencia, las reflexiones efectuadas integran, en cada uno de los epígrafes del mismo tanto a los despidos colectivos

² Véase C. MARTÍNEZ MORENO «Los despidos colectivos (Directiva 98/59/CE y normas precedentes)» en J. García Murcia (dir.) «La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español.», Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pág. 481 y ss.

como a las suspensiones contractuales y reducciones de jornada por causas empresariales.

I.2. LA EQUÍVOCA DENOMINACIÓN DE LOS PERÍODOS DE CONSULTAS: LA SUTIL DISTINCIÓN ENTRE LA CONSULTA Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como ya se ha dicho, la Directiva 98/59/CE sólo se refiere a los despidos colectivos, pero, aunque sólo se ocupe de ésta figura, establece unas pautas de interés general en la materia objeto de nuestra investigación. Pues bien, tanto dicha Directiva como la legislación española vigente en la materia —esto es, los art. 47 y 51 del ET y normas reglamentarias de desarrollo— se refieren, de modo reiterado, a los períodos de consulta, lo que induce a pensar, prima facie, que estamos ante una figura con un perfil jurídico propio que es diferente al de la negociación colectiva. Sin embargo, una detenida lectura del contenido de tales regulaciones evidencia que se puede producir una relativa confusión entre los conceptos de consulta y de negociación, ya que la primera de ellas pasa a ocupar espacios que, al menos en principio, parecerían reservados a la segunda.

En efecto, el art. 2 g) de la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002, que establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, define el término consulta como «el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario». En la misma línea, es evidente que consulta y negociación son dos figuras indisociables que están anudadas, de manera interdependiente, en el planteamiento llevado a cabo por la ya citada Directiva 98/59/CE, sobre despidos colectivos, cuyo art. 2.1 establece que, cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, «deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo». Se hace visible, de este modo, la estrecha conexión entre ambos conceptos al vincular las consultas con la finalidad de alcanzar un acuerdo, lo que es exponente de que se ha de proceder a una auténtica negociación entre las partes y no a una mera exposición de los recíprocos puntos de vista sobre determinada cuestión.

Por su parte, el art. 64.1 del ET, al trasponer la primera de tales Directivas, entiende por consulta «el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada», pero añade que tal concepto incluye, «en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo». Es verdad que ambos textos aluden a la necesidad de un diálogo entre las partes, pero, deliberadamente, no lo incluyen dentro del radio de acción de la negociación colectiva sino en una de las manifestaciones de los derechos de participación, caracterizado por su menor intensidad jurídica y por un menor condicionamiento de los poderes empresariales. Es decir, parece claro que la consulta es, a priori, algo cualitativamente distinto de la negociación colectiva propiamente dicha.

Por lo tanto, la consulta consiste, según el mencionado precepto estatutario, en el intercambio de opiniones y apertura de un diálogo, incluyendo, «en su caso», la emisión de un informe por parte de los representantes de los trabajadores. Lo primero es esencial a la consulta y lo segundo es una posibilidad que puede ser preceptiva en determinados casos o no serlo, por lo que podría ser prescindible al no ser una consecuencia necesaria de un proceso de consultas. Con todo, más allá de la definición contenida en el reiterado precepto, y pese a que se hable de consultas en ambos casos, la significación y el alcance real de cada uno de los supuestos son distintos, ya que se produce un desdoblamiento en dos manifestaciones, como si la figura que analizamos tuviera una especie de doble alma: de un lado, se propicia un planteamiento más dinámico de la consulta que se concibe como el deber de intercambiar opiniones y de entablar un diálogo entre las partes con vistas a alcanzar un acuerdo, como sucede todos los supuestos de expedientes de regulación de empleo. Lo dispuesto en el art. 64.6 del ET, que sigue fielmente las pautas auspiciadas por la Directiva 98/59/CE es un buen exponente de ello, cuando aquél prevé que la consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, «de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones». Dicho planteamiento es

más incisivo y revela una concepción mucho más moderna y amplia de la figura de la consulta. En efecto, aquél contrasta con la visión tradicional de esta última, mucho más estática o pasiva, consistente en la mera emisión de un informe en el que los representantes de los trabajadores se limitan a expresar su opinión respecto de una iniciativa proyectada por el empresario sin trabar con éste un proceso de diálogo.

Por todo ello, el trámite del período de consultas que nos interesa a los efectos de esta investigación encaja, perfectamente, en la primera de las vertientes señaladas y se aleja, claramente, de la segunda. Y, al ser así, el centro de gravedad de aquél engarza, no de forma oblicua sino directa, con la negociación colectiva. Y ello porque el hecho de que la consulta requiere la práctica de un diálogo entre las partes que la sitúa en el umbral mismo de la negociación o, más bien, en un territorio que se solapa, de facto, con ésta. Más aun, si el legislador impone, como veremos que sucede en el caso español, la obligación legal de negociar de buena fe y se utilizan a la hora de ordenar el período de consultas categorías y conceptos propios de la negociación colectiva.

En tal sentido, nuestra legislación contiene diversas reglas que ponen de relieve la diferencia entre la negociación llevada a cabo en el período de consultas y la consulta, entendida ésta en los estrictos términos que conducen a la emisión de un informe. De un lado, el primer párrafo del mencionado art. 64.6 del ET evidencia esta posible dualidad aludir al «eventual informe» y al afirmar que la información se deberá facilitar por el empresario al comité de empresa en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado «y preparar, en su caso, la consulta y el informe». Y, de otro, el art. 8 e) del Real Decreto 801/2011 expresa tal diversidad al establecer que el obligado desarrollo del período de consultas es plenamente compatible con el informe previo que tienen derecho a emitir los comités de empresa en uso de las competencias atribuidas por el art. 64.5 a) y b) del ET —y, también, por expresa remisión del art. 62.2 del ET, los delegados de personal— sobre las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de la empresa y sobre las reducciones de jornada. Se trata, pues, de dos mecanismos de negociación y de consulta que pueden darse de manera acumulativa, ya que tienen una específica y diferenciada cobertura en dos preceptos de la misma norma legal.

Cuestión distinta es que, en la práctica, los representantes de los trabajadores pudieran decidir no emitir su informe por considerar que lo realmente importante es la negociación llevada a cabo en el seno del paradójicamente llamado período de consultas. Sin duda, la posible coincidencia de los sujetos que actúan en representación de los trabajadores en tales supuestos y la existencia de unos plazos para tal período que pueden ser más amplios, al menos en los casos de empresas de más de cincuenta trabajadores, que en el del informe —que ha de ser de quince días—, hace que este último se pueda diluir en la negociación objeto del período de consultas³. Es decir, en el intercambio de opiniones y apertura de un diálogo que ha de caracterizar a éstas, el valor del informe se relativiza desde el momento en que, en dicho período, hay obligación de negociar y, en el referido informe, los representantes de los trabajadores se limitan a emitir su opinión.

Los datos señalados ponen de manifiesto las tenues líneas delimitadoras de la consulta y la negociación y la estrecha vinculación entre, de un lado, los períodos de consulta y los acuerdos de empresa alcanzados, en su caso, en ellos y, de otro, los conceptos y técnicas utilizadas por el título III del ET al regular la negociación colectiva estatutaria. Así, una lectura atenta de los art. 47 y 51 del ET —y, desde una perspectiva más amplia, de los art. 40, 41 y 82.3— y también de las normas reglamentarias de desarrollo de los mismos —señaladamente, pero no sólo, del art. 11 del Real Decreto 801/2011— corrobora, sobradamente, que hay importantes coincidencias en distintas materias. En efecto, al regularse los períodos de consulta, se hacen continuas menciones a extremos que son parejos, cuando no idénticos, a los utilizados a propósito de la negociación colectiva, lo que denota que aquéllos se mueven en la órbita de ésta: uno, las previsiones legales sobre los sujetos legitimados para negociar los acuerdos de empresa, que reiteran las que rigen para los convenios colectivos de dicho ámbito; dos, la preferencia como interlocutores del empresario de las secciones sindicales sobre los órganos unitarios, que supone la adopción de idéntico criterio para la negociación de los acuerdos y de los convenios de empresa; tres, la exigencia de reglas mayoritarias para la válida adopción de acuerdos, que reproduce la impuesta para tales convenios; cuatro,

³ Sobre las relaciones entre ambas figuras, A. BLASCO PELLICER «Los expedientes de...», cit., pág. 136 y ss.

la referencia a la comisión a designar por los trabajadores «para la negociación del acuerdo»; quinto, las constantes alusiones a «la comisión negociadora»; y sexto, la obligación de las partes de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, lo que es una regla mimética respecto de la contenida para los convenios estatutarios.

Por no hablar, aunque ello se refiera a una cuestión distinta a la de los expedientes de regulación de empleo, de la relación dialéctica entre los acuerdos de empresa y los convenios colectivos que alcanza su máxima expresión en la posibilidad de que a través de los primeros se inaplique en una determinada empresa el contenido de los segundos cuando concurren ciertas circunstancias. Y, asimismo, de la posibilidad de que, en un acuerdo alcanzado en el marco de un expediente de regulación de empleo, puedan contenerse cláusulas que modifiquen lo establecido en un convenio colectivo de aplicación a la misma.

No obstante, tales coincidencias e interacciones no significan que la regulación legal de los acuerdos de empresa sea, ni mucho menos, completa, ya que hay importantes vacíos que afectan a cuestiones absolutamente esenciales de los mismos, como, de manera muy señalada, la eficacia de tales acuerdos. Aun así, la regulación contenida en el título I del ET en materia de períodos de consulta y de acuerdos de empresa da la impresión de ser completamente independiente de la prevista en su título III al no remitirse, de modo expreso, a lo dispuesto en el referido título de la norma estatutaria. Es como si se tratara de reglas no comunicadas entre sí que se parecen referirse a universos y técnicas dispares. Pero, con todo y con eso, la conexión entre las figuras contenidas en uno y otro título es más que evidente.

Por todo ello, la trabazón entre la consulta llevada a cabo en los períodos que incorporan tal concepto y la negociación colectiva es patente, situándose la regulación de la primera en un espacio que, en principio, parecería exclusiva de la segunda. Por ello, un estricto y excluyente entendimiento de los períodos de consulta puede inducir a error, que es frecuente al considerar que, en ellos, el legislador se limita sólo a procedimentalizar el poder de decisión empresarial sin relacionar tal figura con la negociación colectiva entendida, como no puede ser de otra forma, en un sentido amplio que no se ciñe únicamente a los convenios colectivos regulados por la norma

estatutaria sino también a otras manifestaciones de la autonomía colectiva⁴.

En conclusión, las consultas desarrolladas en el seno de los períodos de consulta son una categoría reconducible a los parámetros propios de la negociación colectiva, que vienen a difuminar la línea divisoria existente entre cada una de las comentadas figuras. El resultado de todo ello es una mixtura que no se queda en un nivel menos intenso de participación, la mera consulta que se concreta en la emisión de un preceptivo informe, sino que se inserta, plenamente, en el interior de los procesos de negociación. La conexión funcional e instrumental entre los derechos de información, de consulta y de negociación que hace que, en la práctica de las relaciones laborales, unos y otros sean interdependientes conoce, en la materia que nos ocupa, un nuevo impulso legal que traba aun más el alcance real de dichas figuras⁵. Y, así, la regulación dada a los períodos de consulta hace que ella no sólo sea la antesala de una posible negociación por la vía de los hechos sino un espacio en el que, realmente, ésta ha de producirse por imperativo legal, al margen de que se alcance o no un acuerdo entre las partes negociadoras. En fin, por todo ello, es necesario analizar el perfil jurídico de los períodos de consulta en un estudio sobre la negociación colectiva y los expedientes de regulación de empleo.

1.3. SUJETOS ACTUANTES EN REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES

Los sujetos legitimados para participar en los períodos de consultas y para alcanzar, en su caso, un acuerdo son el empresario y determinados sujetos que actúan como representantes de los trabajadores. La delimitación del primero de ellos no ofrece mayores problemas a diferencia de lo que sucede con el segundo que, a la vista de su plural configuración legal, requiere un detenido análisis.

⁴ Sobre las relaciones entre ambas figuras, A. BLASCO PELLICER «Los expedientes de...», cit., pág. 140-142, y J.L. MONEREO PÉREZ y J.A. FERNÁNDEZ AVILÉS «El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico», Ed. Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 158 y ss y J.M. GOERLICH PESET «Los despidos colectivos», en E. BORRAJO DACRUZ «Comentarios a las Leyes Laborales: la reforma del Estatuto de los Trabajadores», tomo II, EDESA, Madrid 1994, pág. 137 y ss.

⁵ Por todos y extensamente, E. GARRIDO PÉREZ «La información en la empresa», Consejo Económico y Social, Colección Estudios, Madrid, 1995, en especial, pág. 209 y ss.

La regulación de los sujetos que pueden actuar en los períodos de consulta en representación de los trabajadores y que pueden alcanzar acuerdos en el seno de los mismos es una cuestión absolutamente determinante, lo que explica que haya sido objeto de modificaciones legales, pues se intenta dar una mayor seguridad jurídica a un tema central en la ordenación de dichos períodos. Sin duda alguna, en la base de tales cambios, se encuentran factores tales como la dilatada experiencia aplicativa de la anterior legislación, la existencia de múltiples supuestos en los que no hay órganos de representación del personal y la específica problemática de las situaciones de las empresas con múltiples centros de trabajo. Pues bien, hay que distinguir entre dos supuestos diferenciados entre sí al tener perfiles jurídicos propios: el primero, es el relativo a la existencia de representantes legales de los trabajadores en la empresa y el segundo el referente a los casos de ausencia de ellos.

I.3.1. La atribución dual de legitimación a los representantes unitarios y sindicales

El art. 51.2 y 4 del ET, en la redacción dada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se refería a «los representantes legales de los trabajadores» como la contraparte del empresario⁶. Y ello suscitaba el interrogante de si tal expresión se refería sólo a los órganos unitarios o también a los de carácter sindical. Ahora bien, el segundo de dichos apartados precisaba que el acuerdo alcanzado en el seno del período de consultas requería 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. Previsión que, de un lado, era plenamente coherente con la consideración como legales tanto de los representantes unitarios como de los sindicales y, de otro, con fórmula dual adoptada por el art. 87.1 del ET en materia de legitimación para negociar los convenios colectivos previstos por dicha norma.

En estrecha relación con ello, el art. 3 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, sobre procedimientos de regulación de empleo, al regular los interesados en los mismos y siguiendo pautas contenidas parcialmente en el art. 51.4 del ET, preveía que «ostentarán, en todo

⁶ A. BLASCO PELLICER «Los expedientes de...», cit., pág. 147 y ss.

caso, la condición de parte interesada, la empresa y los trabajadores a través de sus respectivos representantes legales». Y el art. 4 de dicha norma reglamentaria establecía que «estarán legitimados para intervenir en el procedimiento de regulación de empleo, los sujetos señalados en el artículo anterior». Y, por su parte, los art. 3 y 4 del Real Decreto 801/2011 reiteraron las mencionadas reglas.

Los cambios incorporados al art. 51 del ET por la Ley 35/2010 y por el RDL 3/2012 no han afectado a la opción adoptada con anterioridad respecto del reconocimiento de capacidad para participar en el período de consultas en el supuesto de que existan representantes de los trabajadores en la empresa que pretende llevar a cabo un expediente de regulación de empleo. Se convalida, pues, la solución dual ya existente relativa a la posible intervención bien de los órganos de representación unitaria o bien de los órganos sindicales en la empresa.

Ahora bien, el art. 4.1 del Real Decreto 801/2011 el art. 4.1 del Real Decreto 801/2011 añade que, si la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el expediente «intervendrá, de manera preferente, el Comité Intercentros o el órgano de naturaleza similar creado mediante la negociación colectiva, si por esta vía tuvieran atribuida esta función». Es decir, se admite la legitimación de ese órgano unitario de segundo nivel, si bien condicionada, en plena coherencia con lo realizado por el propio art. 63.3 del ET, a que haya sido establecido por dicha negociación y a que tenga encomendada, de modo expreso, la capacidad de negociar. Además, la mención al órgano similar se explica por el hecho de que algunos convenios colectivos crean una figura representativa de carácter plenamente equivalente al comité intercentros, pero denominada de otro modo, como, por ejemplo, el llamado, en algunos casos, comité general de empresa. Por otra parte, se otorga la preferencia de estos órganos intercentros sobre los comités de empresa y los delegados de personal, lo que, en línea de principios, parece muy razonable ya que se atribuye la legitimación para intervenir en los períodos de consulta a un solo sujeto de configuración general para toda la empresa, lo que simplifica el proceso negociador. No obstante, el problema de fondo es la ausencia de base legal de la solución reglamentaria, que ha ido más lejos de lo previsto en el art. 51 del ET.

Por su parte, no hay que olvidar que el art. 51.2 del ET, en la redacción dada al mismo por el RDL 7/2011, sobre reforma de la

negociación colectiva, establece, en la misma línea que los art. 40.2, 41.4 y 87.1 del ET, que «la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal» (art. 51.2 ET). Ello supuso un importante paso hacia la sindicalización de la representación de los trabajadores en los períodos de consulta, si bien es una regla que no se aplica automáticamente sino que está condicionada a la expresa decisión en tal sentido de tales secciones cuando ellas tengan la mayoría de los referidos órganos unitarios. Ahora bien, el aludido art. 4 del Real Decreto 801/2011 no hace referencia alguna a dicha prioridad, quizá porque ésta fuera contenida en una norma legal aprobada el mismo día que el referido RDL 7/2011. Con todo, pese a tal silencio, es obvio que será de aplicación dicho criterio de preferencia de los órganos sindicales, pues cuenta con un expreso respaldo legal a diferencia de lo que sucede con la relativa a los comités intercentros u órganos similares.

Por otra parte, como ya he anticipado, la toma de decisiones adoptadas por los representantes de los trabajadores exige la concurrencia de reglas mayoritarias. Así, el acuerdo alcanzado en su caso «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» (art. 51.4 ET, en la versión dada por la Ley 11/1994 y por la Ley 35/2010, si bien, sorprendentemente, tal regla que ha sido omitida en la redacción dada a dicho precepto por la reforma producida por el RDL 3/2012). El Real Decreto 43/1996 no aportó nada nuevo en ese tema, pero el Real Decreto 801/2011 añadió importantes precisiones que han de tenerse en cuenta. De un lado, las comisiones negociadoras de los procedimientos de regulación de empleo deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones (art. 11.2).

Pero, más allá de ello, este precepto reglamentario recoge nuevas pautas que han de tenerse en cuenta. En primer lugar, prevé que las decisiones han de tomarse por mayoría de los miembros de la comisión negociadora «que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados por el expediente». Esto es, se trata de criterios complementarios, pues el art. 51.4

del ET exige la mayoría en el seno de los órganos de representación unitaria o sindical que participen en el período de consultas. Y, por su parte, el reglamento añade el criterio de la correspondencia funcional entre la mayoría alcanzada por unos u otros órganos presentes en la comisión negociadora y la representación de los trabajadores del centro en el que se proyecte aplicar el expediente de regulación de empleo. Y ello supone admitir un doble y acumulativo criterio que implica reforzar la exigencia de las reglas de la mayoría.

En segundo término, el art. 11.2 del Real Decreto 801/2011 establece que, cuando el expediente de regulación de empleo afecte a varios centros de trabajo deberá concretarse, según lo dispuesto en el art. 8 d), la forma de negociación, global o por centros de trabajo y, en caso de realizarse la negociación por centros de trabajo, se adoptará, para cada centro, la decisión que vote la mayoría de los miembros de la comisión correspondiente (regla reiterada en el art. 14.4). Es decir, se dan pautas flexibles en los supuestos de expedientes de regulación de empleo en empresas con varios centros de trabajo a fin de que pueda optarse por una negociación que afecte a toda la empresa o desglosada por cada uno de los centros afectados por ella. Y, en esta segunda hipótesis, las decisiones han de adoptarse de forma autónoma por cada una de las comisiones constituidas en el seno de la empresa.

Y, por último, en el supuesto en que la comisión negociadora se integre por representantes de varios centros de trabajo, esto es, en la hipótesis de negociación global, para la atribución de la mayoría a esa comisión, se aplicará lo que decida la propia comisión negociadora, si bien, de no existir una decisión al respecto, será considerado el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes (art. 11.2 Real Decreto 801/2011). Así, se establece una regla general respetuosa con la autonomía colectiva, pero, a la vez, se fijan pautas subsidiarias consistentes en tomar en consideración la representación aportada por cada uno de los miembros de la comisión, que es el criterio general recogido en dicho precepto.

1.3.2. La admisión de comisiones ad hoc en los casos de inexistencia de representantes legales de los trabajadores

Es bien sabido que hay un elevado número de empresas en las que no se han elegido representantes de los trabajadores por mo-

tivos de muy distinta índole que, en muchos casos —que no en todos—, tienen que ver con el reducido tamaño de las mismas. Para dar la posibilidad de que haya sujetos legitimados para participar en los períodos de consulta, el art. 3 del Real Decreto 43/1996 incluyó una regla de suplencia consistente en 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». Esta regla no contaba con un expreso respaldo legal, pero constituyó un referente de especial importancia para resolver que los numerosos supuestos de ausencia de representación de los trabajadores. Y, de este modo, hizo posible que éstos eligieran a quiénes de entre ellos y en su nombre iban a actuar en el período de consultas, como se pone de relieve en la parte de este libro dedicado a tal cuestión. Además, tal previsión fue premonitoria de lo que, con posterioridad, el legislador incorporaría al ET en los casos de vacío representativo.

En efecto, tal regulación se vio afectada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que varió, en alguna medida, el esquema anterior al incluir en el art. 51 del ET una serie de previsiones para los casos de inexistencia de representantes de los trabajadores en la empresa que antes habían sido reguladas de un modo excesivamente general en la citada norma reglamentaria. Así, la reforma de 2010 estableció en el apartado 4 de dicho precepto estatutario que «en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación para el periodo de consultas y la conclusión de un acuerdo a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4». Esto es, se partió de la misma hipótesis que el citado art. 4 del Real Decreto 43/1996, pero se dio una solución distinta en alguno de sus extremos a la contenida en esta norma reglamentaria. Y, sobre esa base, el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, sobre procedimientos de regulación de empleo, añadió algunas precisiones que serán analizadas más adelante. Por su parte, el RDL 3/2012 opta por la misma solución, pero omite la mención a la posible conclusión de un acuerdo, lo que, pese a ello, está comprendido en tal hipótesis.

Pues bien, la diferencia entre la regulación contenida en los casos de inexistencia de representantes de los trabajadores en el art. 4 del

Real Decreto 43/1996 y la admitida por la Ley 35/2010 es muy importante. Así, tal precepto reglamentario resolvió la cuestión de un modo mucho más sencillo, pues, como hemos visto, se condicionaba tal fórmula de suplencia a la existencia de un número mínimo de trabajadores en el centro afectado por el expediente y se imponía un tope de cinco representantes. Sin embargo, el Real Decreto 801/2011 contaba con el condicionante del nuevo art. 51.2, in fine, del ET, en su versión de 2010, que, en la hipótesis de falta de representación de los trabajadores en la empresa, se remitía, expresamente, a su art. 41.4, al igual que lo hace el art. 4.2 de dicha norma reglamentaria.

Y, por tanto, se reconoce desde 2010 una opción dual que ha sido mantenida por la reforma efectuada por el RDL 3/2012, la cual sigue remitiéndose, de modo expreso, tanto en los casos de suspensión de contratos y de reducción de jornada como de despidos colectivos a lo dispuesto en el art. 41.4 del ET (art. 47.1 y 51.2 ET). Pues bien, en tal caso, los trabajadores podrán atribuir su representación durante la tramitación del procedimiento y para la negociación de un acuerdo a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET, pudiendo optar a su elección, entre estas dos posibilidades: a) una comisión integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente; b) a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En ambos casos, la comisión ha de tener un máximo de tres miembros.

Pues bien, tal solución legal se presta a múltiples comentarios que expongo en síntesis. En primer lugar, el supuesto está pensado para las numerosísimas empresas de pequeño tamaño que hay en nuestra realidad productiva, pero también es aplicable a las medianas y grandes empresas, pues el único condicionante legal es que no haya representantes legales de los trabajadores. En consecuencia, tal opción se aplica tanto a una microempresa o a una pequeña empresa que estén por debajo del umbral exigido legalmente para elegir representantes unitarios como a una de mediano o gran tamaño.

En segundo término, se condiciona la viabilidad de la fórmula alternativa prevista a la inexistencia de representantes legales de los trabajadores, lo que, como ya he señalado, incluye tanto a los co-

mités de empresa y delegados de personal como a las secciones sindicales. Ahora bien, pudiera haber una o varias secciones de dicha naturaleza constituidas en la empresa, que no requieren, según el art. 8.1 de la LOLS, un mínimo de trabajadores afiliados a un determinado sindicato. Pero, al no haberse elegido a los órganos unitarios, no se podría cumplir el requisito legal previsto en el art. 51.2 del ET relativo a que, para poder intervenir como interlocutores, las secciones sindicales han de tener la representación mayoritaria en los referidos comités o delegados. Pues bien, tales secciones no participarían como sujetos legitimados en un período de consultas con el empresario, teniendo que limitarse, en su caso, a presentar candidatos para ser elegidos en la comisión directamente elegida por los trabajadores.

En tercer lugar, se sitúa a ambas comisiones la directa y la sindical, en aparente paridad, sin otorgar la prioridad a la segunda de ellas, lo que sería mucho más coherente con las exigencias del contenido esencial de la libertad sindical y con el fin de procurar impedir los posibles abusos a los que puede llevar la comisión ad hoc. Además, la opción sindicalizada conecta, en el fondo, con el art. 28.1 de la CE, mientras que la directamente elegida por los trabajadores sólo vagamente puede fundamentarse en los inconcretos art. 129.2 de dicho texto legal y art. 61 del ET, lo que evidencia el diferente anclaje constitucional de una y otra.

En cuarto lugar, hay un grave problema de falta de coherencia interna entre el reconocimiento de la comisión ad hoc elegida directamente por los trabajadores y lo que sucede en materia de legitimación, individual, conjunta y de cierre, de los sujetos negociadores que representan a los trabajadores en la empresa y fuera de ella. Así, el legislador ha sido muy exigente a la hora de regular esta materia —como demuestra el minucioso y reglamentista título II del ET, sobre derechos de representación colectiva, y, también, en los art. 87, 88 y 89.3 del ET sobre reglas de legitimación para negociar convenios estatutarios—, pero ha sido excesivamente escueto cuando regula de aquella comisión.

En quinto lugar, la comisión ad hoc elegida directamente por los trabajadores se regula de un modo muy precario, ya que nada se dice acerca de cómo han de proceder los trabajadores de la empresa para adoptar y formalizar su decisión. Además, es posible la manipulación por el empresario en la designación de los trabaja-

dores que formen parte de la comisión, sobre todo en empresas de reducido tamaño, siendo asimismo factible que un solo trabajador conforme dicha comisión, lo que no deja de ser una contradicción in *términis*. Por otra parte, no se atribuyen a los miembros de dicha comisión las garantías y facilidades reconocidas a los órganos unitarios, lo que debilita extraordinariamente su posición negociadora frente a su empleador.

En fin, se trata de una comisión ad hoc válida sólo a un determinado efecto y no estable lo que hace que se esfume su efímera existencia al alcanzarse un acuerdo o al no ser éste posible y transcurrir los estrictos plazos fijados legalmente para los períodos de consultas. De este modo, se discute doctrinalmente si dicha comisión tiene o no legitimación para impugnar los despidos colectivos según el art. 124 de la Ley de 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Y, además, tampoco queda claro legalmente si tienen o no legitimación activa en el proceso de conflictos colectivos según el art. 154 de dicha Ley; y, en el caso de ser negativa la respuesta, se impediría el control de lo eventualmente acordado en el período de consultas en la hipótesis de un incumplimiento del acuerdo o, en el supuesto de no alcanzarse un pacto, si el empresario ejecutara unilateralmente las medidas y la comisión estimara que no concurren las causas exigidas para ello. Ahora bien, si los trabajadores optaran por la comisión sindicalizada, los sindicatos a los que pertenecen los miembros de la comisión sindicalizada que lo negociaron estarían legitimados para promover procesos de conflictos colectivos relativos a aplicación e la interpretación de tal acuerdo.

En sexto lugar, la admisión de la comisión sindicalizada también suscita algunos problemas. Así, de un lado, es más compleja, pues requiere, primero, el acuerdo de los trabajadores de una empresa de delegar su representación en aquella y, después, la designación de los componentes de la misma por los sindicatos más representativos y representativos del sector. Por otra parte, la imposición de un número máximo de tres miembros puede llevar a situaciones difíciles de resolver, ya que puede suponer comprimir, de una manera excesiva, la presencia en ella de sindicatos más representativos y representativos del sector, sobre todo cuando haya una marcada diversidad sindical en tal ámbito.

Por último, la designación de los miembros de la comisión, tanto de la directa como de la sindicalizada, deberá realizarse en un plazo

de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo; y, a tal fin, la empresa deberá comunicar a los trabajadores la posibilidad de esta designación a la apertura del período de consultas, si no lo hubiera hecho antes, indicando que la falta de designación no impedirá la continuación del procedimiento (art. 4.3 Real Decreto 801/2011). No obstante, el establecimiento de un margen temporal muy reducido pretende imprimir un fuerte dinamismo a la negociación, pero ello es muy problemático en el supuesto de designación de la comisión sindicalizada, pues presupone una enorme celeridad en la actuación de los trabajadores y de los sindicatos, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de agotar los márgenes temporales para designar a los miembros de la comisión. En suma, la excesiva premura de plazos impuestos legalmente puede suponer, en la práctica, la ineficacia de la fórmula, salvo que los sindicatos nombren previamente a sus representantes en la comisión negociadora.

Por otra parte, el Real Decreto 801/2011 añade alguna cuestión no recogida, de modo expreso, en el art. 51.2 del ET. En concreto, aquél prevé que, si existen representantes legales de los trabajadores un centro de trabajo de la misma empresa, pero no en otra que resulte afectada por el expediente, aquéllos podrán asumir a estos efectos y mediante el mismo sistema de designación la representación de los trabajadores del centro que carezca de representación legal (art. 4.2 a) Real Decreto 801/2011). Se trata de una especie de representación de suplencia que extiende el ámbito de actuación de los órganos de representación unitaria a una unidad funcional de la propia empresa en la que no se han elegido sujetos de esta naturaleza. Ahora bien, ello se supedita a su designación por parte de los propios trabajadores del centro que carezca de órganos de representación para ser respetuosa con las exigencias del referido precepto estatutario y a fin de evitar problemas entre tal previsión y la voluntad de los trabajadores del centro al que el expediente se refiera. Con todo, éstos podrían decantarse por la comisión elegida directamente por ellos o, en su caso, por la sindical y no por conferir su representación a los comités de empresa o delegados de personal de otros centros de la misma empresa.

Además, en el supuesto de que la negociación se realice con una comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas

más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial (art. 41.4 ET, por expresa remisión del 51.2, y art. 4.4 Real Decreto 801/2011). Se trata de que pueda haber correspondencia entre la representación sectorial de los trabajadores y la de los empresarios que intervengan en los períodos de consulta, si bien se deja a la libre voluntad de cada una de las partes.

En fin, hay que tener en cuenta que el art. 14.3 del Real Decreto 801/2011 establece que sólo se considerará acuerdo colectivo en el período de consultas aquel que haya sido adoptado por la representación legal de los trabajadores o por la comisión, directa o sindical, prevista en los casos de ausencia de representantes de los trabajadores. Ello supone una reserva de los efectos reconocidos por el legislador únicamente a los acuerdos alcanzados por sujetos constituidos según las reglas expuestas con exclusión de los obtenidos a través de otras fórmulas como son, por ejemplo, las de naturaleza asamblearia. No obstante, la práctica anterior a la reforma de 2010 puso de relieve la existencia de múltiples supuestos que fueron resueltos por la autoridad laboral y por los tribunales con criterios flexibles y razonables. Tras dicha modificación legal, se han fijado pautas más flexibles y amplias para las hipótesis de falta de representación de los trabajadores en la empresa, lo que minimiza, en gran medida, el alcance de la citada previsión reglamentaria.

1.4. LA DURACIÓN DE LOS PERÍODOS DE CONSULTA

La duración de los períodos de consulta ha conocido importantes cambios en los últimos años. Así, hasta 2010, se preveía que, en los supuestos de despidos colectivos, aquélla no sería inferior a treinta días naturales, o de quince, también naturales, en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores (art. 51.4 ET). La norma reglamentaria de desarrollo del mismo precisaba que dicho período podría entenderse finalizado, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, en el supuesto de acuerdo entre las partes (art. 8.1 Real Decreto 43/1996). Y, en el caso de suspensión del contrato por causas empresariales, dicho plazo se reducía a la mitad (art. 47 ET), si bien el mencionado Real Decreto establecía, en todo caso, la duración del período de consultas en quince días naturales (art. 20 a Real Decreto 43/1996).

La nueva redacción dada al art. 51.4 del ET por la Ley 35/2010 comprimió los plazos en los que han de durar el período de consulta, ya que tendrán, en los supuestos de despidos colectivos, una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores. Y, en el de suspensión, se reduce a la mitad (art. 47 ET), no pudiendo ser superior a quince días naturales o a ocho en empresas de menos de cincuenta trabajadores (art. 22 b) Real Decreto 801/2011). Con todo, se añadía que «dicho período se entenderá finalizado, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, cuando se alcance el acuerdo a que se refiere el artículo 14 y, en todo caso, cuando ambas partes así lo manifiesten expresamente» (art. 11.1, in fine, Real Decreto 801/2011). Esto es, la duración máxima fijada legalmente puede acortarse tanto en los casos de acuerdo antes de que se llegue al final del mismo como cuando las partes libremente así lo decidan en uso de su autonomía, por ejemplo, en el caso de ser imposible el acuerdo. Prima, por tanto, la autonomía colectiva bien porque haya acuerdo o bien porque así lo decidan las partes dada la falta de acuerdo.

Por su parte, el RDL 3/2012 ha mantenido la versión dada al art. 51 del ET por la Ley 35/2010 para los despidos colectivos y dispone un máximo de quince días para los supuestos de suspensión de contratos y de reducción de jornada por causas empresariales. Y, precisamente en base a esta previsión, la Orden Ministerial ESS/ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, ha declarado expresamente no vigente la referencia de dicho Real Decreto a los ocho días. La reforma efectuada en 2010 cambió radicalmente de óptica al pasar del establecimiento de plazos mínimos en todos esos supuestos a la fijación de unos períodos máximos que acortan, enormemente, los espacios temporales destinados a la búsqueda de un acuerdo tal y como se hizo, también, en materia de traslados colectivos, de modificaciones sustanciales de carácter colectivo (art. 40.2 y 41.4 ET) y, por remisión, de inaplicación del régimen salarial contenido en el convenio sectorial (art. 82.3 ET).

La imposición de un plazo máximo para la negociación entre el empresario y los representantes de los trabajadores responde al objetivo de dotar de rapidez al proceso negociador y constituye una norma imperativa no modificable por la autonomía colectiva. Con todo, parece excesivo circunscribir tal período a unos umbrales tan

reducidos, pues ello puede constreñir en exceso la autonomía negociadora de las partes, corriendo el riesgo de comprimir los procesos de negociación, máxime cuando se trata de días naturales y no hábiles. El legislador no ha querido atender a las enormes dificultades de los procesos negociadores desarrollados en los períodos de consulta. Aunque, en el fondo, lo que, en realidad, persigue aquél es robustecer la posición del empresario a fin de no dilatar los tiempos en los que éste puede tomar importantes decisiones. Además, aquél va a tener que soportar la presión negociadora de los representantes de los trabajadores durante un período de tiempo mucho más reducido que antes.

Por otra parte, la propia complejidad de las situaciones alegadas por el empresario y los efectos resultantes de las medidas de regulación de empleo hubieran requerido la admisión de un plazo más dilatado. Además, la obligación de negociar de buena fe, impuesta legalmente, implica que ambas partes han de poner los medios para lograr un acuerdo, lo que presupone, necesariamente, un tiempo mínimo para poder aportar y analizar documentación relativa a la concurrencia de las causas alegadas por el empresario y para realizar propuestas y contrapropuestas que puedan sentar las bases de un acuerdo colectivo. Asimismo, la imposición de un plazo tan excesivamente corto puede, en la práctica, revalorizar la negociación informal, es decir, una dinámica puramente fáctica, en la que el empresario explicita sus propósitos y las partes conozcan sus respectivas posiciones e intenten acercar posturas antes de que, en rigor, comiencen a contar los períodos previstos legalmente para el período de consultas. Es algo que ya se da en la práctica en la negociación de los supuestos de regulación de empleo y que bien podría ser una vía de salida flexible ante la fijación de un plazo tan perentorio; muy en especial, si los empresarios tienen interés en llegar a una solución consensuada con los representantes de los trabajadores.

También puede suceder que, de hecho, se dilaten las negociaciones, rebasándose el plazo establecido legalmente y que se alcance un acuerdo colectivo tras la finalización del período fijado legalmente. Y ello bien pudiera ser admitido por los empresarios para reforzar la corresponsabilidad y la efectividad de la medida a adoptar. El problema sería saber si los acuerdos alcanzados con posterioridad a los estrictos períodos hábiles establecidos legalmente tendrán o no validez jurídica por ser extemporáneos, lo que, en principio, podría responderse de modo afirmativo, pues entiendo que ha de prevale-

cer la autonomía colectiva. Con todo, el dilema se podría resolver si el empresario iniciara formalmente un nuevo período de consultas, reabriendo otra vez los plazos para solventar la excesiva premura de plazos establecida legalmente.

Por último, la nueva redacción dada al art. 51.4 del ET por la Ley 35/2010 estableció la posibilidad de que el empresario y la representación de los trabajadores acuerden, en cualquier momento del período de consultas, su sustitución por el procedimiento de mediación o de arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberán desarrollarse dentro del plazo máximo de duración señalado para dicho período. Y, por su parte el Real Decreto 801/2011 precisa que tales procedimientos son los regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o de nivel autonómico (art. 11.3). Ahora bien, la nueva redacción dada al art. 51 del ET por el RDL 3/2012 silencia completamente dicha posibilidad, lo que no quiere decir que ella se haya suprimido, puesto que el mencionado precepto reglamentario sigue en vigor, como reconoce, con claridad, la Orden ESS 487/2012. Además, la lectura de los Acuerdos interprofesionales sobre la materia, como por ejemplo, el art. 4.1 e) del V Acuerdo Interprofesional sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC), evidencia que, entre los supuestos de resolución de discrepancias, también se incluyen los relativos a los períodos de consulta contemplados en los art. 47 y 51 del ET.

Pues bien, la Ley 35/2010 quiso impulsar la posible concatenación entre los períodos de consulta y negociación y los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos, en particular, la mediación y al arbitraje. Y, así, cabe tanto el desplazamiento íntegro del período de consultas por alguno de tales procedimientos como la iniciación de uno de ellos seguida de la decisión de ambas partes de someterse bien a la mediación bien al arbitraje. Con todo, la regulación legal no es realista, ya que se trata de plazos tan perentorios como irreales. En efecto, no es fácil imaginar que, en un plazo máximo de treinta días —por lo demás, naturales— o de quince, si se trata de empresas de menos de cincuenta trabajadores o de un supuesto de suspensión de contratos o de reducción de jornada, se pueda llevar a efecto, un proceso negociador relacionado con un despido colectivo, por mínimo que sea y su sustitución por los procedimientos de mediación y arbitraje. Por muy rápida y eficazmente que se desarrollen, ellos requieren de unos márgenes

temporales que desbordan tan estrictos lapsos de tiempo. Además, contrariamente a lo que sucede en las reglas sobre procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos, la Ley 35/2010 y el Real Decreto 801/2011 prevén que el recurso a la mediación ha de ser acordada por ambas partes y no iniciada por una de ellas, lo que supone una contradicción con lo previsto en los Acuerdos que regulan aquéllos.

I.5. EL CONTENIDO POTENCIALMENTE AMPLIO DE LOS PERÍODOS DE CONSULTA Y LA CONEXIÓN ENTRE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y DE NEGOCIACIÓN

La legislación vigente no se limita a imponer, de forma escueta, un período de consultas sino que, además, establece algunas e importantes pautas sobre la finalidad y el contenido del mismo a fin de obligar a las partes a tratar de un conjunto de cuestiones que doten de un sentido real a la negociación que ha de entablarse en el seno de aquél. Y ello se desdobra en dos vertientes, pues, de un lado, se precisa, de modo imperativo, cuál debe de ser el objeto de dicho período y, de otro y en íntima relación con ello, se impone al empresario el deber de entregar a los representantes de los trabajadores información sobre determinados extremos establecidos legalmente. Cuestión distinta, aunque sin duda complementaria, es el margen dejado por el legislador a la autonomía colectiva a la hora de configurar el régimen jurídico de los períodos de consulta y, más ampliamente, de los expedientes de regulación de empleo⁷. Sin desconocer la importancia de esta vertiente, me detendré a continuación en los dos primeros aspectos.

I.5.1. El objeto del período de consulta

El art. 51.4 del ET, en la redacción dada al mismo por la Ley 11/1994, imponía que el 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

⁷ A. BLASCO PELLICER «Los expedientes de...», cit., pág. 67 y ss.

posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial»⁸. Mandato que recuerda, aunque sea parcialmente, al contenido en el art. 2.2 de la Directiva comunitaria 98/59 que establece que las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias...». Y el Real Decreto 43/1996 puntualizaba que las partes aportarán para ello cuantas soluciones procedan para atenuar tales consecuencias y posibilitar la continuidad y viabilidad de dicho proyecto. Esto es, el legislador se muestra exigente para procurar una posición activa y constructiva de las partes que intervienen en el período de consultas a fin de que, eventualmente, se alcance un acuerdo entre ellas.

Todo ello se traduce en un amplísimo contenido potencial de tales consultas, ya que los términos recogidos por el legislador son muy elásticos y dejan un extenso margen de maniobra al empresario y a los representantes de los trabajadores que afecta tanto a la concreción de las causas como a los efectos y a las medidas amortiguadoras de los proyectados despidos, como se deduce de la lectura de los restantes trabajos contenidos en esta investigación colectiva. Sin embargo, pese a la amplitud de los planteamientos legales en materia de contenido de los períodos de consulta, la práctica demuestra, sobradamente, que lo determinante es, en el común de los supuestos, la cuantía de la indemnización que ha de abonar el empresario a los trabajadores afectados por el despido colectivo, lo que se traduce en una acentuada monetarización de los acuerdos. Esto es, en el sesgo excesivamente económico de los mismos en detrimento de otras medidas de acompañamiento.

La Ley 35/2010 mantuvo los extremos de la anterior versión del art. 51.4 del ET, si bien añadió que, entre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, podrían incluirse las «de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad». Y el art. 11.1, párrafo segundo, del Real Decreto 801/2011 reitera lo dispuesto en dicho precepto estatutario, si bien reconduce a su art. 9, relativo al plan de acompañamiento social, las medidas que

⁸ Sobre su régimen jurídico, C. AGUILAR GONZÁLEZ Y T. PÉREZ DEL RÍO «El período de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales», en J. CRUZ VILLALÓN (COORDINADOR) «Los despidos por causas económicas y empresariales», Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 123 y ss.

constituyen el contenido del período de consultas, lo que no deja de ser limitativo al quedar fuera las empresas que no están obligadas a presentar el referido plan.

Ahora bien, el RDL 3/2012 ha alterado el objeto del período de consultas en los despidos colectivos al modificar el art. 51.4, párrafo primero, del ET. En efecto, la nueva redacción dada a ese precepto establece que «la consulta con los representantes legales de los trabajadores deberá versar, 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, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad». Comparada con su anterior versión, se comprueba que ahora tales materias se conciben como contenido «mínimo», por lo tanto, ampliable por la voluntad de las partes. Pese a ello, es muy significativo que se haya omitido como objeto del período de consultas el tratamiento de las causas justificativas del despido colectivo, que la reforma de 2012 ha flexibilizado claramente tanto por su nueva formulación legal como por la supresión del canon de razonabilidad que, con anterioridad, se exigía como elemento finalista de las medidas adoptadas. Ello conecta, claramente, con la opción de fondo de dicha modificación legal cual es la de robustecer los poderes empresariales y reducir el alcance de la consulta y la negociación.

Además, se han incluido como contenido mínimo del período de consultas las llamadas «medidas sociales de acompañamiento», entre las que se alude, de modo ejemplificativo, a las de recolocación, de formación o reciclaje profesional, que ya figuraban en la anterior redacción del art. 51.4 del ET. Y, en fin, se suprime la mención a que las medidas negociadas también podrían comprender las relacionadas con la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, lo que se deja a la completa iniciativa del empresario, al margen de que, ciertamente, en los casos de cierre de la empresa, tal previsión no tenía sentido alguno.

Por otra parte, en los casos de suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada por causas empresariales, el art. 47 del ET, en la versión de la Ley 11/1994 y por la Ley 35/2010, y el art. 20 del Real Decreto 43/1996 se remitían, de modo expreso, a lo dispuesto en el 51 del ET. Pero el art. 23 del Real Decreto 801/2011 precisa que la consulta deberá versar sobre las causas motivadoras del ex-

pediente 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.

Desde una perspectiva formal y como requisito común para todos los supuestos anteriores, las consultas 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 (art. 8.2 Real Decreto 43/1996 y art. 11.2 Real Decreto 801/2011).

En fin, en los supuestos de fuerza mayor, no es preceptivo el período de consultas, por lo que la participación de los representantes de los trabajadores es mucho más tenue y los márgenes dejados a la negociación colectiva se desvanecen. En efecto, ni los art. 47 y 51 del ET en la redacción dada tanto por las sucesivas modificaciones de los mismos admiten tal posibilidad, reduciéndose la intervención de aquéllos a tener la consideración de parte interesada en la tramitación del expediente, a la comunicación a tales representantes de la correspondiente solicitud de la empresa (art. 51.7 ET) y al eventual trámite de audiencia a los mismos (art. 27 Real Decreto 801/2011). Ahora bien, como es lógico, se admite el juego del acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores sobre la necesidad de medidas de regulación de empleo basada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el caso de que no se constatará la existencia de fuerza mayor, pero se hubiera alcanzado aquél, debiendo la autoridad laboral proceder según el procedimiento previsto en los casos de finalización del período de consultas con acuerdo (art. 27 Real Decreto 801/2011).

I.5.2. La información a presentar por el empresario y su conexión con la negociación colectiva

El legislador impone al empresario la obligación de entregar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral información sobre un conjunto de extremos. La conexión funcional o instrumental entre el derecho de información y el de negociación colectiva se manifiesta en la materia analizada en toda su intensidad,

ya que aquél actúa como un presupuesto básico y determinante de la plenitud de éste. Esto es, la información es una condición absolutamente necesaria para que la consulta responda a su finalidad y, a su vez y en la medida de lo posible, para que pueda fructificar en un acuerdo entre las partes. En consecuencia, el sentido y alcance del período de consultas se ve absolutamente condicionado por la documentación que el empresario debe de facilitar a tales sujetos, ya que ella está en la base de las negociaciones que se produzcan en tal período. Por lo tanto, una legislación menos incisiva en materia de derechos de información puede implicar un menor alcance de los derechos de consulta y negociación por parte de los representantes de los trabajadores, pues es elemental que ha de establecerse una relación de causa a efecto entre ambas variables. Y, a su vez, la materia que nos ocupa conecta, de modo directo, con el deber de negociar de buena fe, pues es evidente que, si no se proporcionan los datos y documentos exigidos legalmente, difícilmente se puede dar un cumplimiento efectivo a tal deber.

El punto de partida es el art. 2.3 de la Directiva comunitaria 98/59 que dota de contenido a la obligación empresarial de información cuando prevé que «a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá: a) proporcionarles toda la información pertinente, y b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito: i) los motivos del proyecto de despido; ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; v) 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; vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales. Además, el empresario deberá transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita, que contenga, al menos, los elementos previstos en los incisos i) a v) de la letra b) del párrafo primero.

La legislación española, por su parte, ha regulado esta cuestión y ha experimentado significativos cambios al respecto, siendo sus eslabones básicos los siguientes. En primer lugar, el art. 51.2 del ET, en su versión de 1994, estableció que «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». En desarrollo de tal previsión, el art. 6.1 del Real Decreto 43/1996 reguló con cierto detalle el contenido mínimo de la solicitud de iniciación que, en síntesis, comprendía: a) la Memoria explicativa de las causas o motivos del proyecto de despido colectivo y, si fueran económicas, la documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de su situación económica, financiera y patrimonial en los tres últimos años; y si las causas fueran técnicas, organizativas o de producción, los planes, proyectos e informes técnicos justificativos de la causa o causas alegadas, 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 para designar a estos trabajadores y período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones contractuales. c) En empresas de cincuenta o más trabajadores, plan de acompañamiento social que contemple una serie de medidas, que ejemplifica, 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. d) Escrito de solicitud del informe previsto en el artículo 64.1.4.a y b, del ET, a los representantes legales de los trabajadores⁹.

En segundo lugar, la Ley 35/2010 mantuvo, en la materia que nos ocupa, los genéricos términos de la anterior versión del art. 51.2 del ET y, por tanto, siguió habilitando, de modo expreso, a la norma reglamentaria para que desarrollara la documentación a presentar por el empresario. Ahora bien, el Real Decreto 801/2011 abordó esta cuestión de modo tan minucioso que supuso un verdadero salto cualitativo al apostar, de manera decidida, por la ampliación de los derechos de información¹⁰. La intención reglamentaria es la de conseguir una mayor transparencia en los complejos procedimientos de regulación de empleo e, incluso, la de sentar las bases para facilitar la

⁹ In extenso, A. BLASCO PELLICER «Los expedientes de...», cit., pág. 100 y ss.

¹⁰ J.M^a SERRANO GARCÍA «Los derechos de información y consulta afectados por la Ley 35/2010 y el RD 801/2011», en R. ESCUDERO RODRÍGUEZ (coordinador) «La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012», Ed. Cinca, Madrid 2012, pág. 87 y ss.

conclusión de acuerdos entre las partes negociadoras con un mayor conocimiento por parte de los representantes de los trabajadores de las razones de fondo que motivan la propuesta empresarial.

En efecto, dicha norma reglamentaria detalla, de modo muy minucioso, la documentación que ha de presentar el empresario en los diferentes supuestos de regulación de empleo. El análisis de todos esos preceptos desborda, con mucho, los límites de este trabajo, pero su mera comparación con el contenido de los correspondientes preceptos del Real Decreto 43/1996 evidencia, sobradamente, el enorme relieve dado a los derechos de información en los supuestos de regulación de empleo y el lugar central y estratégico que aquéllos ocupan en el interior de los mismos. En deliberada síntesis, en los despidos colectivos por causas económicas, el art. 6 del Real Decreto 801/2011 impone al empresario el deber de aportar una documentación muy amplia en un precepto que contiene reglas imperativas muy exigentes en la materia. Tales previsiones han sido declaradas expresamente vigentes por la Orden ESS 487/2012, de 8 de marzo, de 2012 en lo que no se oponga a la definición de las causas económicas definidas por el art. 51.1, párrafo segundo, del ET. Ello supone que ha de considerarse derogada la alusión a la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

Y algo parecido sucede con la documentación que el empresario ha acompañar en los casos de despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción, si bien, en tales hipótesis, el art. 7 del Real Decreto 801/2011 es menos incisivo que en el de las causas económicas. Precepto que ha sido declarado vigente por la mencionada Orden en lo que no se oponga a la definición de tales causas definidas por el art. 51.1, párrafo tercero, del ET, lo que, de nuevo, afecta a la exigencia de razonabilidad de la decisión extintiva. Y, asimismo, ha de tenerse en cuenta que el art. 8 del Real Decreto 801/2011 prevé la documentación común en todos los procedimientos de regulación de empleo, que también ha sido considerado vigente por la mencionada Orden Ministerial, salvo la letra b) de este dicho artículo, que se refiere a la justificación de la razonabilidad del número de extinciones en relación con la concurrencia de la causa alegada por el empresario.

Por último, el RDL 3/2012 ha modificado el art. 51.2 del ET al establecer que 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 comunicación, a la autoridad laboral. Y, a continuación, detalla los extremos que han de consignarse en dicho escrito: a) la especificación de las causas del despido colectivo; b) el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido; c) el número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año; d) periodo previsto para la realización de los despidos; e) criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos. Y, además, añade que la referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos que se acaban de señalar.

Por lo tanto, el citado precepto regula, directamente, ciertas cuestiones que han de formar parte del contenido de la información suministrada por el empresario a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral. Y ellas se refieren, junto a las causas justificativas de la propuesta empresarial, a una serie de aspectos de carácter instrumental necesarios para conocer el alcance subjetivo y el perfil profesional de los trabajadores afectados por la medida extintiva y de los empleados habitualmente en el último año, la vertiente temporal del despido proyectado y los criterios empleados para individualizar los trabajadores a los que concierne. La similitud entre tal regulación y la prevista en el art. 2.3 de la ya citada Directiva 98/59 es más que evidente, pues el nuevo art. 51.2 del ET reproduce textualmente cinco de los seis extremos recogidos por la norma comunitaria en clara demostración de que aquél se quiere atener, básicamente, a ésta, si bien omite la referencia a que el empresario ha de proporcionar a los representantes de los trabajadores «toda la información pertinente». No obstante, ha de tenerse en cuenta que la disposición final 15ª del RDL 3/2012 efectúa una remisión expresa al desarrollo reglamentario, que ha de contener, entre otros extremos, «la información a facilitar a los representantes de los trabajadores». Luego, es obvio que la ya incluida en el art. 51.2 del ET no es excluyente de la que pueda incluirse en la norma de desarrollo del mismo. Por ello, habrá que ver en qué términos va a pronunciarse esta última para conocer la dimensión real de los derechos de información pues, como ya se ha expuesto, la concreción de los documentos a presentar por el empresario para justificar su decisión es absolutamente clave para dotar de contenido real a los procesos de negociación abiertos en los periodos de consulta relativos a los supuestos de regulación de empleo.

Por su parte, en los supuestos de suspensión de contratos de trabajo, el art. 47 del ET, tanto en su versión de 1994 como en la de 2010, reducía la documentación a presentar por el empresario a la estrictamente necesaria, pero remitía al reglamento su concreción. En desarrollo de tal habilitación, el art. 20 b) del Real Decreto 43/1996 exigía la documentación justificativa de la concurrencia de la causa alegada, que requerirá necesariamente la acreditación de que se tratara de una situación coyuntural de la empresa. Y el Real Decreto 801/2011, referido tanto a los casos de suspensión de contratos como de reducción de jornada por causas empresariales, reproduce los mismos extremos que su precedente, si bien añade que, si se tratara de una causa de índole económica, la documentación se limita respecto de la exigida en el despido colectivo, ya que el empresario únicamente ha de aportar la del último ejercicio económico completo así como a las cuentas provisionales del vigente a la presentación de la solicitud del procedimiento (art. 22 c).

Por su parte, el RDL 3/2012 modifica el art. 47 del ET, relativo a la suspensión del contrato y reducción de jornada por causas empresariales, pero no incorpora referencia alguna a la documentación a presentar por el empresario junto con la comunicación de inicio que él ha de dirigir a la autoridad laboral, a diferencia de lo que sucede con el supuesto de extinción previsto en el art. 51.2 del ET. Parece claro que el detalle de la misma se deja al Real Decreto previsto en la disposición final decimoquinta, 2, del RDL 3/2012, que ha de regular, entre otros extremos, «la información a facilitar a los representantes de los trabajadores» en los tres supuestos indicados. Por ello, es de esperar que tal vacío se supla por medio de tal Reglamento, pues, de lo contrario, se estaría limitando el conocimiento de una serie de datos de todo punto necesarios para que dichos representantes negocien con conocimiento de causa unas medidas de tal naturaleza. No obstante, mientras tanto, ha de aplicarse lo dispuesto en el aludido art. 22 c) del Real Decreto 801/2011, entre otras cosas, porque la Orden ESS 487/2012, de 8 de marzo, no declara la pérdida de vigencia de tal exigencia.

1.5.3. El plan de acompañamiento social y su relación con la negociación en los períodos de consulta

Singular consideración merece el plan de acompañamiento social que ha conocido importantes cambios legislativos en su posi-

ble interacción con el objeto de los períodos de consulta¹¹. El art. 51.4, párrafo segundo, del ET, según la redacción dada al mismo por la Ley 11/1994, preveía que «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 reseñadas», es decir, las contenidas en el párrafo primero de ese precepto, relativo al objeto obligatorio del período de consultas. El desarrollo reglamentario del mismo, efectuado por el Real Decreto 43/1996, precisaba algo más, pero tampoco en exceso¹², respecto de lo previsto en el citado precepto estatutario al establecer que, en la solicitud de iniciación debería de incluir, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, el «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» (art. 6.1 c). Y el art. 20 de dicha norma reglamentaria, relativo a los casos de suspensión de contratos por causas empresariales, se remitía, de modo genérico, en materia de procedimiento al art. 51 del ET con algunas especialidades que no afectaban al referido plan.

Así, el plan se concebía legalmente con un contenido potencialmente muy amplio y tenía que ser presentado por el empresario antes del comienzo del período de consultas y, por lo tanto, no tenía que ser consensuado a priori con los representantes de los trabajadores. Cuestión distinta es que, de hecho, pudiera ser una especie de preámbulo a la negociación entre aquél y éstos que debía de realizarse entre las partes en el mencionado período o, todo lo más, una toma de postura inicial del empresario al respecto, por esquemática que fuera. En efecto, teniendo en cuenta que las medidas que legalmente constituyen el objeto del reiterado período de con-

¹¹ Por todos, monográficamente, J. M^a SERRANO GARCÍA «El Plan Social en los Despidos Colectivos», Ed. Lex Nova, Valladolid, 2002, en especial, pág. 84 y ss y 173 y ss.

¹² A. BLASCO PELLICER «Los expedientes de...», cit., pág. 127 y ss.

sultas se pueden solapar, en gran parte, con las propias del plan, el acuerdo alcanzado venía a incorporar lo que debería de haber sido el contenido del reiterado plan. Se producía, por esa vía, una suerte de compensación de un plan inicialmente mal definido o de escaso alcance por medio de una negociación que, finalmente, fructificaba en un pacto de empresa.

Por todo ello, al final, lo determinante era lo negociado y, sobre todo, el eventual acuerdo y no el plan de acompañamiento social que, con demasiada frecuencia, era una simple y telegráfica caricatura de lo que debería de ser. En definitiva, la práctica ha demostrado con creces que los resultados del mandato legal relativo a este tipo de planes fueron, en conjunto, muy frustrantes al ser, en la inmensa mayoría de los supuestos, un documento de mínimos o una mera declaración de intenciones generales respecto de las medidas que pretendía adoptar el empresario en relación al despido colectivo. El análisis de los expedientes de regulación de empleo acometido al hilo de este trabajo lo confirma sobradamente.

La Ley 35/2010 mantuvo la redacción anterior del art. 51.4 del ET, con la salvedad de que se refiere, más precisamente que la precedente, al «plan de acompañamiento social», como ya había hecho el aludido desarrollo reglamentario. Y, por su parte, el Real Decreto 801/2011 confiere a aquél un lugar absolutamente central en todos los procedimientos de regulación de empleo que afecten a empresas de más de cincuenta trabajadores. Esto es, lo regula de una manera más incisiva y detallada con la decidida intención de impulsarlo, ya que lleva a cabo un diseño global del mismo, mucho más perfilado jurídicamente, prestando una especial atención tanto a su contenido como al lugar que ha de ocupar en el procedimiento de regulación de empleo. Dicha opción contrasta, claramente, con el tratamiento anterior e, implícitamente, pretende combatir las manifiestas insuficiencias de la ordenación y de la práctica precedente respecto del plan¹³. Pese a ello, la contradicción entre lo pretendido por tal norma reglamentaria y la realidad de los planes ha seguido siendo manifiesta.

La configuración compleja del plan de acompañamiento social hace que se deban individualizar diferentes planos de análisis. En

¹³ Véase J. M^a SERRANO GARCÍA «Primeras reflexiones en torno al Plan Social en el RD 801/2011, de 10 de junio», en *Relaciones Laborales*, tomo II/2011, pág. 1057 y ss.

primer lugar, dicho plan se sigue circunscribiendo a las empresas de cincuenta o más trabajadores, si bien se admiten medidas con idénticas finalidades a las previstas para aquél respecto de las que tengan un menor tamaño. En segundo término, el plan continúa siendo elaborado y presentado unilateralmente por el empresario, por lo que no es objeto de negociación inicialmente, sin perjuicio de que se pueda alterar o enriquecer tras el período de consultas bien con acuerdo o bien sin él. Así se admite de modo expreso en el art. 9.5 del Real Decreto 801/2011 que diferencia, con claridad, entre su presentación inicial y su redacción final, cuando se afirma que «el plan de acompañamiento social presentado en la iniciación del procedimiento deberá contener medidas efectivas adecuadas a su finalidad, sin perjuicio de que, a lo largo del período de consultas, se concrete y amplíe su contenido, que deberá ser presentado al finalizar dicho período». En consecuencia, se deja constancia de que es posible que el proceso negociador entre empresario y los representantes de los trabajadores amplíe o precise las medidas incluidas en el plan, al margen de que haya o no acuerdo entre ellos.

En tercer lugar, la lectura del art. 11.4 de la reiterada norma reglamentaria evidencia que, en principio, se quiere mantener la dualidad entre el plan de acompañamiento social y el acuerdo, ya que se dota de un perfil propio a cada uno de ellos. El primero es obligatorio y puede conocer dos versiones, la inicial presentada por el empresario y la final, tras el período de consultas, que constituye «el contenido definitivo del plan» que deberá de comunicar el empresario. Mientras que el acuerdo, por definición, es facultativo para las partes. Lo confirma la lectura del art. 15.3 que prevé que, en caso de desacuerdo, la autoridad laboral declarará «la aplicación de las medidas comprometidas por la empresa en el plan de acompañamiento social». Ahora bien, en el supuesto de que se hubiera alcanzado un acuerdo, éste y el plan pueden confluir, como demuestra que el art. 14.5 de dicha norma establezca que la resolución de la autoridad laboral que autorizara la extinción de los contratos de trabajo declararía «la aplicación de las medidas acordadas en el plan de acompañamiento social».

En cuarto lugar, desde el punto de vista de su alcance material, el art. 9 de dicho Real Decreto es el precepto clave que amplía y diversifica las medidas que puede contener todo plan, estableciendo unas pautas indicativas, como revela el hecho de que se repita la expresión «podrán considerarse, entre otras, las siguientes». Se trata,

pues, de cuestiones no exhaustivas, pero meramente ejemplificativas y no imperativas, siendo patente la idea de que se ha querido hacer pedagogía de lo que debería de ser un verdadero plan, si bien el contenido de éste ha de concretarse en cada caso. Tales medidas van en una triple dirección. En primer lugar, se incluyen las «adoptadas o previstas» por la empresa en orden a evitar o reducir sus efectos, que se conciben como acciones alternativas para impedir la extinción de los contratos, aunque sólo sea parcialmente. Ellas se inscriben, plenamente, dentro la denominada en Francia gestión preventiva del empleo que está dirigida a mitigar los fuertes y múltiples costes de la destrucción de empleo: en concreto, se trata de promocionar la flexibilidad interna en la empresa frente a la externa. En segundo término, se prevén las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados con la intención de mitigar las consecuencias de los procedimientos de regulación de empleo. Y, por último, se incorporan como contenido posible del plan medidas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, que son más globales y tienen un carácter más empresarial que las anteriores.

Pues bien, llama poderosamente la atención el hecho de que no haya mención alguna en el segundo bloque de medidas, el relativo a las que pueden atenuar las consecuencias, a la mejora de las indemnizaciones legalmente previstas en el caso de despidos colectivos, lo que, hoy por hoy, constituye el contenido básico de la inmensa mayoría de los expedientes reguladores del empleo. El propósito no declarado es el de evitar la monetarización de los mismos. Incluso, el art. 18.1 del Real Decreto 801/2011 diferencia claramente entre las indemnizaciones y el plan: en concreto, menciona a las primeras de modo un tanto incidental al referirse al obligado abono de las mismas en la cuantía fijada legalmente, salvo que, por pacto individual o colectivo, se haya fijado una cuantía superior.

En quinto lugar, la exigencia del plan de acompañamiento social se proyecta, de modo amplio, sobre las distintas figuras encuadradas en los expedientes de regulación de empleo. Esto es, afecta tanto a los supuestos de despido colectivo como a las suspensiones de contratos y reducciones de jornada (art. 23 Real Decreto 801/2011). Con todo, el detalle de las medidas paliativas, en estas dos hipótesis, es mucho más sucinto que en el caso de los despidos colectivos, ya que se prevén de modo muy general, estableciéndose que «se contemplará las medidas adoptadas o previstas por la empresa para

evitar o reducir los efectos de la regulación temporal de empleo y para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, así como la aplicación de las medidas adecuadas a la situación coyuntural que atraviesa la empresa». Por tanto, no hay un desglose, aunque sea ejemplificativo, de las concretas medidas y tampoco hay una remisión expresa a los contenidos del mencionado art. 9. Y, también, se prevé el plan en los casos de extinción de contratos de trabajo por extinción de la personalidad jurídica del contratante (art. 28).

Ahora bien, el RDL 3/2012 ha supuesto un significativo cambio de rumbo en la materia, ya que la nueva redacción dada al art. 51 del ET omite la exigencia expresa de un plan de acompañamiento social, lo cual me parece muy criticable. Y, en lugar de dicho plan, el apartado décimo de dicho precepto impone que la empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte «a más de cincuenta trabajadores» —que no, como sucedía antes, a las que tengan ese volumen de plantilla— deberá ofrecer a los trabajadores afectados un «plan de recolocación externa» a través de empresas de recolocación autorizadas. Se trata de una concreción para dichas empresas de las denominadas «medidas sociales de acompañamiento» previstas con carácter general en el propio precepto para todos los supuestos de despidos colectivos. Dicho plan durará al menos seis meses y deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo, sin que sea de aplicación a las empresas que estén incurso en un procedimiento concursal y sin que su coste pueda recaer sobre los trabajadores.

Ciertamente, el plan impuesto por la legislación española desde 1994 a febrero de 2012 no venía exigido, de un modo específico, por la Directiva comunitaria 98/59. Y, partiendo de tal premisa, el RDL 3/2012, aparte de utilizar un diferente parámetro de determinación de las empresas obligadas a presentar el nuevo plan, ha rebajado, claramente, el nivel de exigencia previsto al respecto. Ello es así desde el momento en que se pasa de un plan de contenido polivalente a otro que se ciñe a las medidas relacionadas con la recolocación externa de los trabajadores afectados, lo que supone una modificación cualitativa muy importante y una evidente restricción material en el alcance del nuevo plan. Y, de este modo, la nueva regulación se ha acercado más a los mínimos previstos, de manera general, en el art. 2.2 de la mencionada Directiva.

Es cierto que habrá que esperar a la norma que reemplace al Real Decreto 801/2011, pero es innegable que el propósito del RDL 3/2012 es reducir el contenido de las medidas objeto del plan de recolocación externa frente a las que dicha norma reglamentaria enumeraba como objeto del plan de acompañamiento social. Se ha acabado, así, con una figura que, aunque, lamentablemente, no había cuajado en la práctica de los expedientes de regulación de empleo, ofrece unas enormes potencialidades para amortiguar o compensar los efectos negativos de los mismos. Además, la eliminación de este plan, ahora sustituido por una especie de sucedáneo del mismo, supone distanciarse de los planteamientos de países europeos, señaladamente de Alemania y de Francia, que son los referentes en esta materia¹⁴.

Por su parte, la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de los artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, prevé que el art. 8 f) del Real Decreto 801/2011, que alude al plan de acompañamiento social entre la documentación común a todos los procedimientos de regulación de empleo, sigue vigente, salvo que se entiende referido al plan de recolocación externa del art. 51.10 del ET. Y, asimismo, considera derogado el art. 11.4 de dicho Real Decreto, que, como vimos, se refiere a la comunicación hecha por el empresario a la autoridad laboral al finalizar el período de consultas de la solicitud final de despido colectivo y del contenido definitivo del plan de acompañamiento social. Sin embargo, nada se dice sobre la vigencia de otros preceptos que aluden, de modo expreso, al plan de acompañamiento social, como, señaladamente, el art. 9 de aquella norma reglamentaria o sus art. 14.5, 15.3 y 18.1, que han de entenderse derogados por referirse a una figura que ya no se contempla en el citado precepto estatutario. Y la mencionada Orden estima vigente el art. 28 del reiterado Real Decreto, sobre extinción de la personalidad jurídica del contratante, pese a que aquél se remite, explícitamente, a las disposiciones relativas a dicho plan, lo cual, evidentemente, ya no es posible.

1.5.4. Nuevos márgenes reconocidos por la reforma de 2012 a los acuerdos adoptados en el periodo de consultas

La negociación colectiva puede ampliar el radio de acción de las reglas establecidas por el legislador en materia de preferencias para

¹⁴ Véase J. M.^a SERRANO GARCÍA «El Plan Social...», cit., pág. 57 y ss.

continuar la relación laboral de ciertos trabajadores. En efecto, es bien sabido que, tradicionalmente, se ha reconocido la prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a los representantes legales de los trabajadores, en los distintos supuestos de regulación de empleo, a fin de garantizar su posición negociadora y de evitar eventuales represalias por parte del empresario cuando éste lleve a cabo las medidas de regulación de empleo. El RDL 3/2012 ha ampliado los márgenes de dicha negociación al añadir que «mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad» (art. 51.5 ET). Con todo, se trata de una posibilidad ya admitida, al menos de manera parcial e implícita, en la anterior normativa que preveía que la empresa deberá justificar la afectación de los mencionados representantes «o de cualquier otro trabajador a los que una norma con rango legal o un convenio colectivo pueda otorgar este derecho» (art. 16 Real Decreto 801/2011). La reforma de 2012 ha incluido a los acuerdos adoptados en el periodo de consultas entre las posibles fuentes reguladoras de tales preferencias y se ejemplifican los colectivos que pueden resultar afectados por ellas.

No obstante, la prioridad de permanencia a los representantes legales de los trabajadores es, en todo caso, imperativa, por lo que es de aplicación directa, mientras que las que pueden afectar a otros colectivos son una mera posibilidad fijada con carácter enunciativo y no excluyente de otros eventuales colectivos de trabajadores. Y, al no concretarse en exceso, se deja un amplio margen a la autonomía colectiva. Sea como fuere, la previsión por la autonomía colectiva de tales preferencias nunca podría entenderse como una forma de diluir o de menoscabar las garantías de los referidos representantes. O, dicho de otro modo, no cabe sostener que éstas se puedan flexibilizar a la vista de la eventual ampliación de las mismas por los referidos convenios y acuerdos.

Pues bien, será preciso remitirse al convenio o acuerdo de empresa donde, en su caso, se contengan tales extremos, para conocer los específicos términos pactados y, en particular, el concreto alcance de las prioridades adoptadas, como, por ejemplo, la determinación del número de cargas familiares, de la edad a partir de la cual comienza a jugar la prioridad y del grado de discapacidad requerido para ello. Y, asimismo, podrían establecerse las correspondientes

prelaciones entre los diferentes supuestos contemplados que, en ningún caso pueden ignorar la preferencia absoluta que tienen los representantes de los trabajadores como últimos sujetos afectados por la medida extintiva. En fin, no hay en el art. 47 del ET previsión alguna respecto de las preferencias en las suspensiones de contratos de trabajo y de las reducciones de jornada por causas empresariales, si bien hay que tener en cuenta que su art. 68 b) la garantiza a los representantes de los trabajadores y, pese a no aludir a los supuestos de reducción de jornada, cabe incluirlos también por analogía con lo establecido en dicho precepto. Y, por su parte, sería factible el reconocimiento por el convenio colectivo o por el acuerdo de empresa de la prioridad de permanencia de otros colectivos distintos de los mencionados. En fin, la nueva legislación procesal impone la nulidad de las extinciones de contrato que no respeten las prioridades establecidas en las leyes, los convenios y acuerdos, sanción que no afectará a las que las hayan respetado (art. 12.11 c) Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social).

I.6. LA OBLIGACIÓN DE NEGOCIAR DE BUENA FE EN LOS PERÍODOS DE CONSULTA

Una constante en la regulación de los períodos de consultas, mantenida invariablemente desde la primera versión de ET en 1980 hasta la redacción actualmente vigente, es la obligación que recae sobre el empresario y los representantes de los trabajadores de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo (art. 51.4 ET, que ha pasado a recogerse en el párrafo segundo de dicho precepto tras el RDL 3/2012). Se trata de una obligación que también ha sido reiterada por la normativa reglamentaria, pues, de un lado, el art. 8.1 del Real Decreto 43/1996 precisaba que el deber de negociar de buena fe se proyectaba «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». Y, de otro, el art. 11.1 del Real Decreto 801/2011 también recoge tal obligación para los supuestos de despido colectivo, añadiendo que ha de fijarse, en la apertura del período de consultas, un calendario de reuniones a celebrar dentro de dicho período y han de aportarse para ello cuantas soluciones procedan para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados.

Por su parte, el art. 47 del ET, relativo a la suspensión de contratos y reducción de jornada por causas empresariales, en la redacción dada a él por el RDL 3/2012, ya no se remite, de forma expresa, al procedimiento previsto en su art. 51, en el que está recogida la obligación de negociar de buena fe, por lo que parece que ésta no es exigible en tales hipótesis. Y el art. 22 del Real Decreto 801/2011 se remite a este último precepto estatutario, pero él ha sido considerado no vigente por la Orden ESS/487/2012 en ese preciso punto. No obstante, pese a ello, tal deber ha de considerarse aplicable también en los mencionados casos en base a una interpretación analógica, ya que se trata de un inexplicable vacío que afecta a un deber exigible en otros supuestos de períodos de consulta y finalista, puesto que la propia razón de ser y la efectividad de los períodos de consulta se pondría en entredicho.

La obligación de negociar de buena fe guarda una relación directa con la prevista para los convenios colectivos regulados en el título III del ET por su art. 89.1, lo que confirma, como afirmaba al principio de estas reflexiones, que el contenido del período de consultas constituye una manifestación de la negociación colectiva¹⁵. Con todo, el problema es determinar el alcance real del deber de negociar de buena fe, pues se trata de un principio general ampliamente arraigado en nuestro ordenamiento jurídico¹⁶, pero que encuentra problemas a la hora de dotarlo de contenido efectivo en la materia que nos ocupa, pese a algunas aportaciones jurisprudenciales que, pese a todo, aun son insuficientes. Por ello, sería deseable que, como ha sucedido ya en otros países, muy en especial en el modelo estadounidense, se dotara de una dimensión mucho más profunda a dicha obligación para que no se limite a ser un mandato puramente retórico y carente de sentido, pues todavía está por desarrollar en todas sus potencialidades¹⁷.

Es bien sabido que el deber de negociar de buena fe constituye una obligación de naturaleza instrumental que está vinculada, directamente, a la plenitud de los derechos de negociación. Y entiendo que tal deber conecta con lo dispuesto, de manera general, en el

¹⁵ A. BLASCO PELLICER «Los expedientes...», cit., pág. 165 y ss.

¹⁶ Véase, monográficamente, J. L. GIL Y GIL «Principio de buena fe y poderes del empresario», Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003.

¹⁷ J. CABEZA PEREIRA «La buena fe en la negociación colectiva», Escola Galega de Administración Pública, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1995, en especial, pág. 225 y ss.

art. 64.1, párrafo tercero, del ET, que establece que, «en la definición o aplicación de los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité de empresa actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores». Ciertamente, la obligación de negociar de buena fe recae sobre ambas partes, pero es claro que cobra una especial intensidad respecto de los comportamientos del empresario habida cuenta de la supremacía que él tiene en las relaciones de trabajo, de la posición dominante que ocupa en la negociación de determinadas medidas que él aspira a llevar a cabo y de la necesidad de que él pruebe la concurrencia de razones suficientes para ejecutarlas.

Por ello, el referido deber presupone que sea absolutamente necesario que el empresario que pretenda aplicar las medidas extintivas, suspensivas o de reducción de jornada suministre a los representantes de los trabajadores, con la precisión y extensión adecuadas, los documentos legalmente exigidos¹⁸. Y, además, hay que recordar el mandato legal según el cual la información se deberá facilitar por el empresario al comité de empresa en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe (art. 64.6, primer párrafo, ET). Todo ello sitúa el punto de mira en los art. 6 a 8 del Real Decreto 801/2011 que imponen al empresario el deber de proporcionar determinados datos y documentos que sirvan para justificar su propuesta de llevar a cabo un despido colectivo por unas u otras causas y que su art. 22 exige, de un modo más simplificado, para los supuestos de suspensión de contratos y reducción de jornada.

Por otra parte, el hecho de que la reforma de 2012 haya fortalecido las facultades del empresario en orden a la extinción y suspensión de los contratos de trabajo y a la reducción de jornada por motivos que incumben a aquél no puede significar que, de hecho, se minimice el alcance de los derechos de información, pues ello supondría desvirtuar el sentido y la funcionalidad de los períodos de información y consulta y vaciar de contenido la obligación de negociar de buena fe. E, igualmente, la eliminación de la autorización administrativa, excepto en los casos de fuerza mayor, y la simplificación del procedimiento de despidos colectivos no pueden suponer, bajo ningún concepto, el debilitamiento

¹⁸ E. GARRIDO PÉREZ «La información...», cit., pág. 264 y ss.

de las obligaciones documentales que recaen sobre el empresario o su incumplimiento, pues ello, aparte de poder implicar una conculcación de los correspondientes mandatos legales, podría atentar contra el aludido deber de negociar de buena fe.

En fin, la experiencia francesa sobre la nulidad de determinados despidos colectivos resulta a este respecto muy ilustrativa, ya que la Corte de Casación ha decidido, en varias y significativas ocasiones, que los empresarios no habían cumplido, de modo suficiente, con sus deberes de información durante los períodos de consulta. En definitiva, una mera consideración formal que vacíe de contenido el alcance de tales obligaciones —y, en el fondo, la efectividad del período de consultas— puede convertirse en una transgresión de normas sustantivas sobre la materia con unas consecuencias realmente gravosas para los empresarios. Para evitar tal resultado, hay que tener en cuenta que el art. 124.1 b) de la Ley 36/2011, de la Jurisdicción Social, admite como uno de los motivos de la demanda colectiva interpuesta frente a un despido colectivo que no se haya respetado lo previsto en el art. 51.2 del ET, que, entre otras cuestiones y como hemos señalado, incluye un claro y explícito deber negocial de tal naturaleza. Y, además, no hay que olvidar que el art. 51.2, en su penúltimo párrafo, del ET impone a la autoridad laboral el deber de velar «por la efectividad del período de consultas, pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes». Pues bien, tal mandato también incluye la comprobación de que ambas partes negocien de buena fe, ya que, de lo contrario, la Administración competente tendrá que dirigirse a ellas a fin de que observen las exigencias de la reiterada obligación.

I.7. LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD LABORAL Y SU INTERACCIÓN CON LOS PERÍODOS DE CONSULTAS

La actuación de la autoridad laboral respecto del período de consultas y del acuerdo eventualmente alcanzado en el seno del mismo ha conocido importantes cambios en los últimos tiempos. No se trata de realizar aquí un análisis exhaustivo de los márgenes concedidos legalmente a aquélla, sino tan sólo de destacar, de forma deliberadamente sintética, la interrelación de la intervención administrativa con el período de consultas y con la negociación llevada a

cabo en su seno. Se está ante dos variables que se desarrollan paralelamente y que tienen continuos puntos de intersección.

Así, desde 1980, tal intervención se ha centrado en los siguientes extremos: de un lado, el empresario ha de presentar la solicitud a la autoridad laboral de iniciación del procedimiento, debiendo acompañar la documentación exigida legalmente, procediendo simultáneamente a la apertura de un período de consultas con los representantes de los trabajadores. De otro, aquélla efectuaba una serie de trámites en orden al procedimiento de regulación de empleo, en el que era preceptivo el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Pero, con todo, lo más importante eran las facultades decisorias en que se plasmaba la intervención administrativa, lo que implicaba que la solicitud empresarial de extinción o suspensión de contratos o de reducción de jornada, como es sobradamente conocido, tenía que ser autorizada por la autoridad laboral competente para que el empresario pudiera proceder a la extinción o la suspensión de los contratos de trabajo o a la reducción de jornada. E, incluso, en el caso de acuerdo entre las partes, la intervención de dicha autoridad era preceptiva¹⁹ si bien la operatividad de la autorización administrativa se limita en la hipótesis del pacto, que, por otra parte, ha sido abrumadoramente frecuente en los expedientes de regulación de empleo²⁰. Con todo, la autoridad laboral tenía facultades para valorar el referido acuerdo y, en su caso, podía impugnarlo si apreciase fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión o bien que se pudiera tratar de un supuesto de obtención indebida de prestaciones por desempleo por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de dicha contingencia (art. 51.5 ET, según versión dada por la Ley 11/1994, y art. 11.1 Real Decreto 43/1996)²¹.

La Ley 35/2010 introdujo algunas novedades de interés en la materia que nos ocupa y que fueron desarrolladas por el Real Decreto

¹⁹ Sobre la interacción entre tales variables, M^a E. CASAS BAAMONDE «Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva», en *Relaciones Laborales*, tomo II/1996, pág. 44 y ss y J. CRUZ VILLALÓN «Alcance y efectos de la reforma legal en materia de despidos por causas económicas y empresariales», en la obra coordinada por dicho autor «Los despidos por causas económicas y empresariales», Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 28 y ss.

²⁰ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER «Despidos colectivos y autorización administrativa», en *Relaciones Laborales*, tomo I/2009, pág. 27 y ss.

²¹ A. BLASCO PELLICER «Los expedientes...», cit., pág. 209 y ss y J. M. GOERLICH PESET «Los despidos...», cit., pág. 155 y ss.

801/2011, que va más allá de lo dispuesto por el art. 11 del Real Decreto 43/1996. Así, en los supuestos en que las partes hubieran alcanzado un acuerdo, se otorgaba un plus a los resultados de la autonomía colectiva, lo que se traducía en el establecimiento de reglas específicas dirigidas a simplificar el procedimiento y a conceder una presunción de licitud a los pactos alcanzados. En base a ello, tanto la actuación de la Inspección de Trabajo como la de la propia autoridad laboral se veían muy matizadas respecto de lo que sucedía en los supuestos de desacuerdo. De un lado, en el caso de acuerdo durante el período de consultas el informe de la Inspección de Trabajo, «se limitará a examinar que se ha observado el procedimiento y a comprobar que no concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, así como que éste no tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores» (art. 12.2 Real Decreto 801/2011).

Y, de otro, es muy relevante que se declarara, expresamente, que el acuerdo vinculaba a la autoridad laboral, lo que daba una idea de hasta qué punto se primaban los resultados de la autonomía colectiva. Aquélla se limitaba a examinar si se había observado el procedimiento y a apreciar que no había habido fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión (art. 14.1 Real Decreto 801/2011). Esta última posibilidad ya había sido recogida por el art. 51.4 del ET, en la versión dada por la Ley 11/1994, y por el art. 11.1 del Real Decreto 43/1996, pero éste no se refería, en unos términos tan claros, a la vinculación de la autoridad laboral. Además, si ésta apreciase, de oficio o a solicitud de parte interesada, la existencia de alguna de aquellas circunstancias, remitiría el acuerdo, con suspensión de plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad; y lo mismo podía hacer 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 (art. 51.5 del ET, versión Ley 35/2010, y 14.2 Real Decreto 801/2011).

Hay que tener en cuenta, además, que, a la finalización de período de consultas, el empresario había de comunicar a la autoridad laboral competente, en el plazo de cinco días, la solicitud final de despido colectivo y las condiciones del mismo, junto con el resultado del período de consultas, acompañado del acta o actas y, en

su caso, el informe del comité de empresa o de los delegados de personal previsto en el art. 64 del ET relativo a los supuestos de reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de la empresa y de reducciones de jornada (art. 8.3 Real Decreto 43/1996 y art. 11.4 Real Decreto 801/2011, si bien este último ha sido considerado no vigente por la Orden ESS 487/2012, de 8 de marzo). Pues bien, tales datos y el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social permitían a la citada autoridad tener más elementos de juicio para impugnar, en su caso, el acuerdo alcanzado en el seno del período de consultas.

Por otra parte, la redacción dada al art. 51.6 del ET por la Ley 35/2010 mantenía la facultad de la autoridad laboral de impugnar los acuerdos adoptados en períodos de consultas si apreciase la concurrencia de alguna de las mencionadas circunstancias. Además, el plazo para dictar la resolución que autorizara la extinción de los contratos en los términos fijados en el acuerdo se redujo a siete días naturales (art. 51.5 ET), lo que implicaba una mayor celeridad respecto de los supuestos de desacuerdo entre las partes. Y, en fin, dicha resolución había de incluir como anexo el acuerdo entre las partes (art. 14.2 Real Decreto 801/2011).

En los casos de suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada por causas empresariales se preveía, expresamente, que se presumiría la concurrencia de causas justificativas si concluyera el período de consultas con acuerdo. Ello suponía otorgar un valor añadido a la autonomía colectiva, sin duda no de carácter absoluto sino relativo, ya que se trataba de una presunción destruible. Por ello, cabía la impugnación judicial de dicho acuerdo por parte de la autoridad laboral si ella considerara que hay fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión o connivencia para la obtención de las prestaciones por desempleo por inexistencia de causa que motivara la situación legal de desempleo (art. 47.1 ET, coincidente con el art. 41.4).

Por otra parte, en el caso de desacuerdo entre las partes en el período de consultas, no hubo hasta 2012 variaciones en las sucesivas versiones del ET y de su normativa reglamentaria. Y, así, la autoridad laboral contaba con un mayor margen de maniobra, ya que dictaría resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial, llevando a cabo una intervención más intensa que en el supuesto de pacto entre aquéllas. Y el plazo para dictar

resolución era más amplio —quince días naturales a partir de la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión del período de consultas—, transcurrido el cual si no hubiese recaído pronunciamiento expreso se entendería autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud final de despido colectivo (art. 51.6 ET, versión Ley 35/2010, art. 12 Real Decreto 43/1996 y art. 15.1 Real Decreto 801/2011). No obstante, esta última norma concedía un cierto relieve a las medidas decididas y presentadas unilateralmente por el empresario tanto en el plan de acompañamiento social como, si no está obligado a presentarlo, las que él pudiera haber incluido de forma unilateral en la solicitud final del procedimiento, pues la resolución declarararía la aplicación de tales medidas, lo que, sólo de algún modo, predeterminaba la resolución de la autoridad laboral (art. 15.3).

Ahora bien, la nueva redacción dada al art. 51 por el RDL 3/2012 ha supuesto un cambio de envergadura en el alcance y sentido intervencionismo administrativo que supone una intensa reducción del protagonismo de la autoridad laboral competente. Ciertamente, se mantienen algunas de las competencias que ya establecía la anterior regulación legal, en concreto, el conocimiento de la apertura del período de consultas, que ha de ser comunicada por el empresario a dicha autoridad junto con la información de una serie de extremos, la emisión de un informe preceptivo por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social sobre los referidos extremos y sobre el desarrollo del período de consultas (art. 51.2 y 3 ET). Y, asimismo, la autoridad laboral podrá impugnar, por los motivos tasados legalmente, el acuerdo alcanzado ante la jurisdicción social si aquélla estimara que ha habido fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, así como cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado 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 (art. 51.6 ET).

Pues bien, la modificación de mayor calado ha sido, sin lugar a dudas, la eliminación de la autorización administrativa en los supuestos de extinción y suspensión de contratos y de reducción de jornada por causas empresariales, salvo en los casos de fuerza mayor, lo que implica el establecimiento de unas nuevas reglas de juego que propician un cambio de modelo en la materia. Para compensar tal repliegue administrativo, se prevé sólo en relación a los despi-

dos colectivos que «la autoridad laboral velará por la efectividad del período de consultas, pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que, en ningún caso, supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento» (art. 51.2, *anteúltimo párrafo*, ET). Se trata de una intervención tutelar dirigida a garantizar la finalidad de dicho período que se proyecta sobre el cumplimiento efectivo de las obligaciones formales y materiales —y, entre ellas, la de negociar de buena fe, como ya se ha expuesto—. Es de esperar que estas nuevas atribuciones sean ejercidas de un modo constante y efectivo por la autoridad laboral competente, pues la contribución de ésta a la efectividad de los períodos de consulta y a la negociación que ellos albergan puede ser decisiva y más aun en una época de clara desigualdad en la respectiva posición de las partes negociadoras.

Por otra parte, la supresión de la autorización administrativa no afecta, al menos de un modo directo, a los períodos de consulta, cuya observancia se mantiene, como no podía ser de otra forma a la luz de las exigencias de la Directiva 98/59/CE. Ahora bien, tal novedad puede conllevar, de manera inducida, una reducción de la efectividad de la negociación colectiva llevada a cabo en los correspondientes períodos de consulta. En efecto, en el modelo anterior, había distintos elementos jugaban a favor de la conclusión de acuerdos en la fase previa a la intervención resolutoria de la autoridad laboral: por ejemplo, el temor a que ésta no autorizara la iniciativa empresarial o la incertidumbre acerca del sentido de la misma en el caso de inexistencia de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, que se conjuraba, prácticamente, si éste se lograba. Asimismo, pesaban las reservas empresariales frente al posible control de la situación real de la empresa por parte de las Administraciones Públicas y, también, el intento empresarial de evitar conflictos que pudieran dañar su imagen y los costes y las posibles incógnitas y dilaciones derivadas de la intervención judicial.

Por el contrario, tras la reforma de 2012, el empresario cuenta con menores cortapisas a la hora de llevar a cabo su decisión suspensiva, reductora de la jornada o extintiva, pues la intervención de la autoridad administrativa ha quedado reducida, únicamente, a los supuestos de fuerza mayor. La supresión de las competencias decisorias, salvo en esta última hipótesis, implica acabar con la red de seguridad que antes suponía, en el común de los supuestos, la intervención administrativa que, en el fondo, favorecía, aunque fuera de

modo inducido, los procesos de negociación entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Con todo, es claro que sigue habiendo elementos que pueden impulsar los procesos negociadores en la fase previa a la decisión empresarial, como, por ejemplo, el intento de las empresas de cuidar su imagen y de evitar conflictos colectivos y, eventualmente, huelgas o la voluntad de impedir o, al menos, de aminorar las incertidumbres —sin duda, ahora de mucho menor relieve—, los costes y las demoras propias del control judicial.

Ciertamente, como ya se puso de relieve, el empresario tendrá que negociar, como mínimo y de buena fe, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, según prevé como objeto del período de consultas, el art. 51.2 del ET. Aun así, es muy posible que, en la práctica, la negociación se resienta negativamente dado que los poderes empresariales de carácter unilateral se han incrementado claramente en la reforma de 2012 al ensancharse los márgenes de las causas justificativas que condicionan la reducción de jornada, la suspensión y la extinción de contratos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o productivas. Y, más aun, en un contexto caracterizado por una intensa crisis económica y por las fuertes incertidumbres existentes en el complejo horizonte que nos acecha. Ello va a suponer, por ejemplo, que los empresarios no se muestren muy propicios a alcanzar acuerdos que comporten una subida de la cuantía las indemnizaciones previstas legalmente que, muy posiblemente, van a disminuir tanto por el nuevo marco en el que van a desarrollarse los períodos de consultas como por el efecto inducido de la rebaja de las previstas legalmente para los despidos disciplinarios improcedentes.

II

LAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS DEL DESPIDO OBJETIVO-COLECTIVO

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO,
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social;
Universidad Autónoma de Madrid.

II.1. PRELIMINARES: INDETERMINACIÓN CAUSAL E INCERTIDUMBRE JURÍDICA

La reforma de 2010 en materia de causalidad del despido colectivo ha tratado de conjurar la incertidumbre que venía presidiendo este importante aspecto del despido colectivo, tanto por la previsión legal como por la interpretación judicial que se venía realizando de las causas justificativas del despido objetivo, individual/plural y colectivo de los arts. 52.c) y 51 ET. La cuestión se erige en fundamental en el marco de un sistema jurídico como el español basado en la causalidad del despido. Y ello no sólo por el hecho de que la concurrencia de dicha causa deba siempre poder someterse a un control judicial (art. 24.1 CE, tutela judicial efectiva) —lo que supondrá verificar cuáles son los requisitos para dicho control y sus posibles límites—, sino también por las disfunciones a las que aboca su falta de certeza jurídica en un sistema laboral en el que se contemplan diferentes supuestos extintivos sometidos a indemnizaciones variables.

II.1.1. Regulación jurídica de la causalidad en el despido objetivo anterior a la reforma de 2010: hitos normativos y problemas interpretativos

Antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, no existía el despido objetivo del art. 52 como hoy se conoce (vinculado al despido colectivo en función de que el número de trabajadores afectados no supere el umbral legal predeterminado por el art. 51 ET), sino que tan sólo se preveía en el art. 52.c) ET/80 la posibilidad de amortizar un puesto de trabajo individual cuando existiera una «necesidad objetivamente acreditada» de la medida extintiva y, además, siempre que no se pudieran utilizar los servicios del trabajador en otras tareas o en otro centro (incluido el traslado) y con la previsión específica de que si se volviera a crear la plaza amortizada el trabajador despedido tendría preferencia absoluta para ocuparla¹. Resultaba clara la opción legal a favor de la conservación del puesto de trabajo y la expresa contemplación de la medida como *última ratio*, así como su carácter excepcional y subsidiario.

Al margen de los despidos de carácter individual del art. 52.c) ET/80, el art. 51 ET/80, titulado «extinción por causas tecnológicas, económicas y fuerza mayor» (sin referencia por tanto a las organizativas, ni a las de producción), permitía la extinción de los contratos de trabajo pero siempre tras consultas con los representantes de los trabajadores, salvo en el caso de fuerza mayor, y en todo caso sometidas a autorización de la autoridad competente cuando ésta constatará las causas alegadas por el empresario.

Sólo a partir de la importante reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, se da nueva redacción a los arts. 51 y 52.c) ET. Aunque se mantienen los dos ejes procedimentales tradicionales (consulta con representantes de los trabajadores y autorización para el despido colectivo del art. 51 ET), el despido colectivo se define como la extinción de contratos de trabajo:

¹ Art. 52.c) ET/80: «En las empresas de menos de cincuenta trabajadores, por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado, cuando no proceda utilizar los servicios del trabajador afectado en otras tareas de la empresa en la misma localidad. Si la empresa contase con un puesto vacante en otro centro de trabajo en distinta localidad, el trabajador podrá ocuparlo, solicitando el traslado con derecho a las compensaciones económicas legales. Si en el plazo de un año se volviera a crear la plaza amortizada, el trabajador despedido tendrá preferencia absoluta para ocuparla.

— «fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a un número determinado de trabajadores; es decir, ampliándose el panorama causal tal y como hoy se contempla igualmente tras la reforma de 2010, que mantiene las causas y los umbrales.

— Considerando expresamente el legislador que se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando: a) si las causas aducidas son económicas la adopción de las medidas propuestas contribuya «a superar una situación económica negativa de la empresa», b) 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».

La configuración cuantitativa del despido colectivo art. 51 ET (cuando se supere un determinado umbral de trabajadores en función de la plantilla o cuando se produce la cesación total de la actividad empresarial por las causas señaladas y el número de trabajadores afectados sea superior a cinco), obliga a reformar el art. 52.c) ET dándole nueva redacción para reconducir a su seno la amortización de puestos de trabajo por las mismas causas que el art. 51.1, pero en un número de afectados inferior al establecido en dicho precepto:

«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. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto a que se refiere este apartado».

Pero, a diferencia del tenor del art. 51 ET, el art. 52.c) no contiene ninguna precisión adicional sobre la finalidad de las medidas extintivas ni sobre cuándo se entienden que concurren las causas. De este modo, aunque las causas convergen en ambos preceptos (económicas, técnicas, organizativas o de producción), planeaba la duda sobre si la ausencia de referencia en el art. 52.c) (despido objetivo individual o plural por esas mismas causas) a que la finalidad de las medidas extintivas fuera también la de contribuir a superar una situación económica de la empresa o a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos —a las que sin embargo alu-

día el legislador para cuando los despidos se configuraban como colectivos por su número en el art. 51 ET— abocaba, o no, a entender que las finalidades del art. 51.1 ET se extrapolaban igualmente al ámbito de los despidos inferiores en número contemplados por el art. 52.c) ET, convergiendo en tipología, finalidad y conexión funcional.

La redacción tanto del art. 52 c) como del art. 51 en lo referido a las causas se mantiene con la aprobación del ET/95 (R.D. Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), pero la duda expuesta adquiere significación jurídica palpable con la reforma llevada a cabo mediante el RD-Ley 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, cuyo artículo tercero, procede a dar una nueva redacción al art. 52.c) ET/95, del siguiente tenor literal:

«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».

A partir de este momento, como se comprueba, junto a las finalidades de las medidas extintivas previstas en el art. 51 ET (en función del tipo causal: la superación de la situación económica negativa de la empresa cuando las causas aducidas son económicas o la contribución de las medidas a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo a través de una más adecuada organización de los recursos, cuando las causas son técnicas, organizativas o de producción), que se mantienen intactas, el art. 52.c) con la reforma del 97 deja de ser silente para desmarcarse del art. 51.1 ET/95 y contener una regulación propia, no cuando la causa es económica (pues en ambos casos el fin es el de contribuir a superar la situación económica negativa), pero sí para el resto de causas, donde

ahora las extinciones menores cuantitativamente deben contribuir a «superar las dificultades que impidan las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa» en lugar de la finalidad de «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo» a que alude el art. 51 ET.

Tal variación acentuaba el problema de si ello significaba, o no, una opción legislativa por una graduación de la intensidad de la exigencia de las causas según que la vía fuera la del art. 52.c) o la del art. 51 ET y si se contemplaba, o no, legalmente un tratamiento diferente para dos supuestos sustancialmente iguales: extinciones de contratos derivadas de las causas legales previstas cuya mayor exigencia y demostración causal dependía exclusivamente del número de trabajadores. Como ha señalado la doctrina, podría interpretarse que las causas son distintas y que, entonces el art. 52.c) ET suavizaba las exigencias del art. 51 ET o, por el contrario, considerar que los requerimientos causales son idénticos en ambos preceptos, en cuyo caso el art. 51 ET terminaba por limitar la apertura del despido que parecía perseguir el nuevo art. 52.c) ET; trato diferenciado en materia causal para dos supuestos sustancialmente idénticos que podría incurrir en inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad, pues aunque el número de trabajadores pueda determinar la aplicación de un procedimiento distinto, lo que no puede es determinar una regulación diferente de la justificación del despido².

Tuvo que ser el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, pero al hilo de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA regulada en el art. 33.2 ET —que no contemplaba en ese momento los despidos llevados a cabo por ese precepto, cubriendo exclusivamente a los despedidos por las vías de los arts. 50 y 51 ET—, el que declarara que la extinción del art. 52.c) ET es *una variedad*

² DESDENTADO BONETE A., «La reforma del despido en el RDL 10/2010», en AA. VV. (Dir. García Perrote, Mercader Uguina), *La reforma laboral de 2010. Aspectos prácticos*, Valladolid (Lex Nova), p. 90. Por el contrario, otros autores consideran que la uniformidad y no graduación de la gravedad de la causa entre el despido objetivo y el colectivo no necesariamente debe ser igual de intensa cuando afecta a una proporción importante de trabajadores o alguno aislado, tal y como se permite en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico: GUTIÉRREZ SOLAR CALVO B., «Las causas del despido por razones empresariales», AAVV (Dir. Valdés Dal-Re, González Posada) *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Reus, 2011, p. 166.

dentro del género de las extinciones colectivas y que, por ello, el art. 33.2 ET era también aplicable a los despidos objetivos regulados por el art. 52.c) ET (STS 26-1-199 y 16-2-1998). Criterio ratificado de modo indirecto en STC 103/2002 de 6 de mayo, al declarar la vulneración del principio de igualdad por parte de la resolución judicial impugnada en amparo por realizar una interpretación del art. 33.2 ET excesivamente apegada a la literalidad del precepto, a pesar de que la norma era susceptible de una interpretación distinta que podía fácilmente eliminar las desigualdades injustificadas a las que aquélla conducía, optando, de este modo, por la que resultaba menos respetuosa con el derecho fundamental a la igualdad ante la ley. Frente a la posición del Abogado del Estado que mantenía que la «mayor repercusión social de los despidos colectivos» era la razón justificativa de la diferencia de trato entre el art. 51 y el art. 52.c) ET, el TC declara que «en muchas ocasiones, la reducida diferencia entre el número de despedidos por uno u otro cauce no implica diferencia alguna en cuanto a la trascendencia o posible repercusión social que puedan tener las decisiones extintivas de la empresa» y señala que el «legislador incluyó en ese precepto a efectos de protección, los casos de extinciones del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (art. 50 LET), de los que difícilmente resulta predicable la repercusión social a la que el Abogado del Estado hace referencia»³.

En todo caso, en tanto al margen del problema concreto de las indemnizaciones y responsabilidades derivadas de los distintos cauces extintivos, la realidad es que a la hora de abordar la interrelación entre el art. 52.c) y el 51.1 ET se produjo una gran variedad de opciones judiciales sobre la convergencia o no de la intensidad de las causas, con sus consiguientes disfunciones.

Junto al problema indicado, las exigencias del art. 51 ET de que los despidos contribuyeran a «superar» la situación económica, o «garantizar la viabilidad» de la empresa, es decir, la justificación de los despidos por el cumplimiento de las funciones asignadas por la norma generaban igualmente problemas de prueba en tanto so-

³ La Ley 60/1997, de 19 de diciembre, de modificación del Estatuto de los trabajadores en materia de cobertura del Fondo de Garantía Salarial, reformaría posteriormente el art. 33.2 LET a los efectos de garantizar el pago de las indemnizaciones no sólo a los trabajadores despedidos conforme a los arts. 50 y 51, sino también cuando la extinción del contrato de trabajo se base en el art. 52.c) LET.

metidas a hechos futuros de difícil previsión y, además, no siempre necesariamente concurrentes en tanto cabía la posibilidad de que la empresa necesitara la extinción colectiva para evitar la crisis y al final, y pese a tales extinciones colectivas, la situación resultara irreversible con la consiguiente imposibilidad de cumplir el requisito legalmente prefijado⁴.

Finalmente, se planteaba el problema de la ausencia de definición y de justificación de las causas numeradas así como, sobre todo, la propia distinción entre ellas, en especial entre la productiva y la económica en sentido estricto en tanto ciertamente una causa productiva, como lo es la caída de la demanda, afecta también al equilibrio del balance. De ahí que el Tribunal Supremo tuviera que clarificar o, al menos, ofrecer alguna indicación orientativa, como en las SSTs de 14 de junio de 1996, RJ 5162, de 6 abril 2000, RJ 3285, o 21 de julio de 2003, RJ 7165, donde afirma que causas *técnicas* son las que están referidas a los medios de producción con posible vejez o inutilidad total o parcial de los mismos; las causas *organizativas*, se encuadran en el ámbito de los sistemas o métodos de trabajo que configuren la estructura de la empresa en una organización racional de las mismas; las causas *productivas* son las que inciden sobre la capacidad de producción de la empresa para ajustarla a los eventos del mercado, correspondiendo a ésta la esfera de los servicios o productos de la empresa; finalmente las causas *económicas*, se concretan en el resultado de la explotación, sobre su equilibrio de ingresos y gastos, de costes y beneficios y que, conforme al texto legal siempre ha de ser negativa. Exigencia que no se establece en relación con las otras causas que por ello están desvinculadas de la existencia de pérdidas o resultados económicos desfavorables y que van dirigidas, como señala el precepto, a garantizar la viabilidad futura de la empresa a través de una más adecuada organización de los recursos, como señala el artículo 52 apartado c). No obstante es incuestionable que, en último término,

⁴ Exp. 402/09, para un supuesto de pérdidas desde el año 2000 que termina con un patrimonio neto de una cantidad inferior a la mitad del capital social, obligando a la empresa a integrarse en otra en su totalidad para garantizar su viabilidad futura; o, con cierre total, liquidación y disolución de la compañía, el Exp. 416/09, 21 enero 2010; o el Exp. 320/10, 3 diciembre 2010, que solicita la extinción pese a reconocer la posibilidad cierta de que la empresa entre en causa de disolución, debido a que las pérdidas del 2010 le llevan a prever que en los próximos meses su patrimonio neto sea inferior al 50 por 100 del capital social.

todas estas medidas distintas a las causas económicas, con una proyección inmediata o más de futuro, tienen un fuerte componente de ese carácter económico de ahí que, en determinadas ocasiones, el Alto Tribunal reconozca que pueden concurrir varias de las causas al mismo tiempo.

Semejante interrelación, cuando no en algún caso solapamiento o confusión, se pone de manifiesto, en primer lugar, en muchos de los EREs consultados. Pero también parece desprenderse de la propia clasificación estadística realizada por el Ministerio de Trabajo.

En efecto, de un lado, es apreciable en la muestra examinada de EREs una concurrencia excesiva de causas y una alegación genérica de todas ellas, dejando en definitiva que sea la autoridad laboral la que delimite su exacta reconducción.

Ejemplos de alegación de «todas» las causas (económicas, técnicas, organizativas y productivas) como brevísima muestra, se encuentra en el Exp. 417/09. 30 noviembre 2009, alegándose que la crisis económica mundial ha contraído la demanda privada en España, provocando que los principales operadores tengan una caída de ingresos consecuencia de la contracción de inversiones en un sector especialmente globalizado, lo que genera una caída de ventas, la afectación de las inversiones de los operadores relacionadas con infraestructura y donde se alega que aunque los segmentos de Servicios y Aplicaciones muestran crecimientos importantes lo hacen con volúmenes muy inferiores a los de las infraestructuras; todo ello, en definitiva, provoca que los resultados conseguidos por la empresa sean negativos, con pérdidas antes de impuestos de 12,1 millones de euros y una disminución adicional de la cifra de negocios. O en el Exp. 245/10, de 11 de noviembre 2010 en el que el conjunto de causas, sin desglose, se sustentan en la importante caída del consumo, con un descenso de ventas que se produce de modo continuado y que desemboca en pérdidas acumuladas, provocando un exceso de la capacidad productiva en todos los departamentos reduciendo drásticamente los ingresos; todo ello provoca según la solicitante que la empresa se encuentre con una plantilla claramente sobredimensionada en relación con la facturación real de la empresa y las expectativas actuales de trabajo. Lo que, ciertamente, nada tiene que ver con las causas técnicas, por ejemplo.

Del mismo modo, eludiendo las causas técnicas —probablemente porque son las más claramente identificables en su concurrencia o ausencia por las empresas solicitantes— y alegando las económicas, productivas y organizativas, se aprecia la tendencia al solapamiento y la interconexión de causas lo que en muchas ocasiones hará luego difícil separar su finalidad y justificación. Así, en el Exp. 314/10, 23 noviembre 2010, sosteniendo en la Memoria explicativa su concurrencia por: la caída de la actividad económica en general, del sector de construcción y, en especial, del mercado español en particular, generando un exceso de capacidad productiva, la inadecuación de estructuras organizativas y excedentes en el volumen de empleo que mantiene la empresa en los centros de trabajo a los que afecta el ERE, además de la repercusión que ello ha tenido en el volumen de ventas y su descenso desde 2008. Causas ellas que a decir de la empresa generan una capacidad de sobreproducción y fabricación que merma la rentabilidad del negocio y que requiere de una reorganización de la organización comercial actual sustituyendo un sistema basado en puestos comerciales especialistas por línea de negocio, por una estructura organizativa más generalista, basada en la polivalencia. En el mismo sentido, ya después de la reforma, el Exp. 246/10, de 29 de octubre de 2010, donde aunque en puridad serían económicas, se alegan también las productivas y organizativas por el fracaso de un proyecto de negocio puesto en marcha en 2009 debido a la «crisis económica y financiera mundial, la crisis del sector, la falta de liquidez, el incremento de la morosidad y el crecimiento del endeudamiento».

Aunque, sin duda, la interrelación de causas y su difícil reconducción a los parámetros legales de una u otra (nótese que serán especialmente diversos los de las causas económicas de los del resto de causas sobre todo a partir de la reforma) se manifiesta con especial intensidad y dificultad delimitadora entre las causas económicas y productivas. Probablemente a ello contribuye el reconocimiento por parte del Tribunal Supremo de que, al menos 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» (STS 14-6-1996, RJ 5162; STS 7-6-2007, RJ 4648). Pero lo

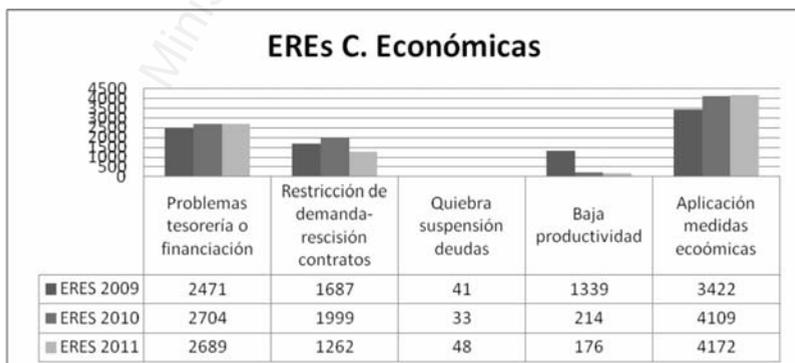
cierto es que casi todas las empresas, con independencia de que se traten de servicios o de bienes, no se arriesgan a alegar sólo causas económicas o, por el contrario, productivas, sino que alegan ambas y a ellas conectan la necesidad de equilibrar la mano de obra, alegando a veces de modo específico también las organizativas por tal motivo.

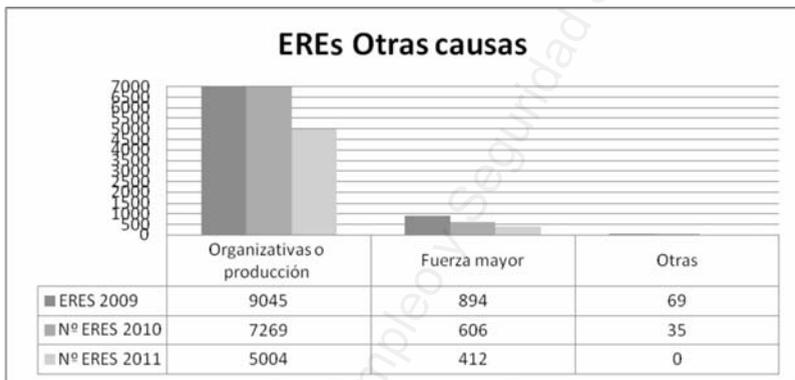
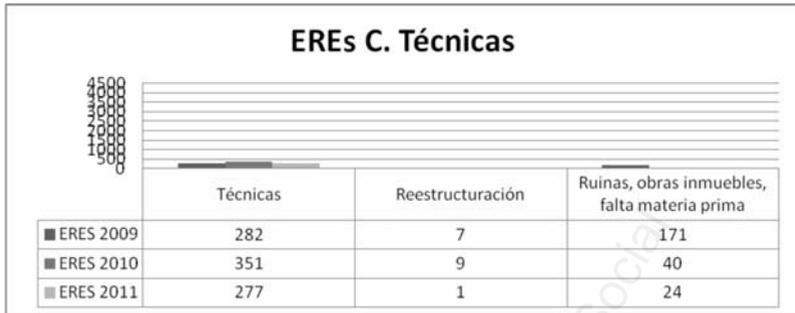
Múltiples son los expedientes de descenso de demanda y de ventas razonando la concurrencia de las económicas y productivas: Exp. 23/09, de 30 de marzo; Exp. 79/2009, de 4 de junio: descenso de ventas con efectos en el resultado de explotación; Exp. 96/09, de 21 de mayo: pérdidas económicas de un ejercicio y caída continuada de la demanda con el consiguiente descenso de ventas; Exp. 155/09, de 16 de junio: disminución de la cifra de negocios con resultados negativos necesidad de adecuación a la demanda del mercado; Exp. 160/09, de 18 de junio: descenso de la producción en los últimos años en más del 65% por pérdida del cliente principal (ONO) y de los contratos con otros clientes (VODAFONE y Telefónica); Exp. 191/09: déficit de tesorería de en torno a 4 millones de euros, reducción del crédito concedido por las entidades financieras, incremento de los costes de energía eléctrica y del fuel y gas natural fuerte caída de la demanda; Exp. 175/09 de 10 de junio: descenso acusado de la principal fuente de financiación: la publicidad, poniendo en peligro la viabilidad y el proyecto empresarial del grupo; 427/09, de 16 de diciembre 2009, productiva económica y organizativa, pero además crisis sector del transporte; o Exp. 248/10, de 13 de octubre: resultado de explotación negativo con pérdidas y notable descenso de la producción.

Los problemas de determinación exacta de las causas, todavía después incluso de la reforma, se ponen de manifiesto no sólo respecto a la argumentación empresarial —que para no arriesgarse a una posible no autorización prefieren ampliar el espectro de las causas alegadas y sus justificaciones—, sino a las divergencias a la hora de calificar la concurrente por parte de la Autoridad laboral y la propia Inspección de Trabajo, como pone de manifiesto, por ejemplo, el Exp. 453/09, 26 enero 2010, donde se entiende acreditada la causa económica por la evolución económica negativa de la empresa en los últimos años, con pérdidas y descensos de ventas, mientras que en el Informe de la Inspección de Trabajo se considera que «la empresa no padece una situación de pérdidas continuada que pre-

suponga la existencia de una causa económica (solo en 2009)» y que «concurran causas organizativas y de producción que legitiman la adopción de las medidas previstas en el acuerdo» como consecuencia del descenso de la actividad motivado por la fuerte caída de los pedidos y la cancelación de los existentes debido a la falta de financiación que los clientes de la empresa encuentran ante la actual situación de crisis económica-financiera. Incluso, es posible encontrar algún supuesto en el que la empresa alegue sólo unas determinadas causas y, sin embargo, se considere por la Inspección y luego por la Administración que concurren igualmente otras (en el caso, la económica, pese a alegarse exclusivamente el resto de ellas, es decir, productivas, organizativas y técnicas) como ocurre en el Exp. 250/10, de 3 de noviembre de 2010.

Junto a ello, de otro lado, contribuye a oscurecer una buena delimitación de los supuestos de hecho que dan lugar a los despidos objetivo y colectivo, la propia clasificación utilizada por el Ministerio de Trabajo a la hora de realizar las estadísticas sobre EREs y alguno de los conceptos incluidos en las mismas, así como el cómputo conjunto de las causas organizativas y productivas pues aunque, ciertamente, en ocasiones es difícil que se presenten separadas las causas, lo lógico sería que se desglosara qué EREs se solicitan por una causa u otra o, por varias solapadas. Igualmente resultaría interesante que se desglosara qué EREs se solicitan por unas determinadas causas y por qué causas finalmente se autoriza (probablemente este último dato resulta el más relevante en tanto el conocimiento técnico y pericial que posee no puede predicarse del lego del empresario). En concreto las causas que se desglosan en el BEL del MTIN son las siguientes:





Todas estas dudas, unidas a las posibles impugnaciones y dilataciones de tiempo procedimentales propias de los despidos colectivos, de difícil resolución en muchos casos (por ejemplo, cuando se impugna un ERE ante el orden contencioso administrativo y al cabo del tiempo se considera nula la autorización judicial⁵), abocaba a una verificable realidad estadística⁶: la fuga de los despidos colectivos de la vía del art. 51 ET y su reconducción a otras vías, más costosas, pero también más fiables en términos de certeza jurídica y eficiencia de costes de gestión, como lo son los despidos disciplinarios exprés con reconocimiento simultáneo de la indemnización por improcedencia o los denominados «despidos disciplinarios en masa»⁷.

⁵ Una explicación de los casos más llamativos en DESDENTADO BONETE A., «La reforma del despido en el RDL 10/2010», cit., pp. 78-79.

⁶ *Ibidem*, p. 74-75, analizando los datos de 2009 y la evolución de estadísticas anteriores.

⁷ TUSSET DEL PINO P., «Apuntes críticos en torno a la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, tras la aprobación de la Ley de medidas urgentes

II.1.2. La reforma de la causalidad del despido objetivo

Este era exactamente el punto de partida antes de la reforma llevada a cabo por el RDL 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (entrada en vigor el 18 de junio de 2010). Su propia Exposición de Motivos así lo reconoce cuando señala que la razón fundamental de dar nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que establece el Estatuto de los Trabajadores es que «la experiencia obtenida en los últimos años ha puesto de manifiesto, particularmente en los dos últimos años, algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52 c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente». Por ello se estima necesaria «una nueva redacción de estas causas de extinción que proporcione una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial. En este sentido, no sólo se mantiene intacto el derecho de los trabajadores a la tutela judicial efectiva en esta materia, sino que la modificación integra en la ley la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho de las causas del despido objetivo en el desarrollo de su tarea de revisión jurisdiccional de las decisiones empresariales sobre esta materia. En definitiva, se persigue con ello reforzar la causalidad de la extinción de los contratos de trabajo, canalizando su finalización hacia la vía que proceda en función de la causa real que motiva su terminación».

Asimismo se indica que se apuesta por una potenciación de «los instrumentos de flexibilidad interna en el transcurso de las relaciones laborales, favoreciendo la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, bajo la consideración general de que dichos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo». Con ello se trata de «configurar

para la reforma del mercado de trabajo», <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/48120/apuntes-criticos-en-torno-a-la-extincion-del-contrato-de-trabajo-por-causas-economicas-tras-la-apro>

instrumentos que permitan a las empresas mejorar su competitividad, salvaguardando los derechos de los trabajadores y facilitando de modo especial el mantenimiento de sus puestos de trabajo», constituye el objetivo general de las modificaciones relativas a los traslados colectivos, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, las cláusulas de inaplicación salarial y, muy señaladamente, la suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Manifestación que pudiera resultar relevante a la hora de configurar el control judicial de las medidas extintivas y su proporcionalidad y razonabilidad, como luego se dirá.

Dicha Exposición de Motivos será reproducida en su integridad en esta materia en la posterior Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (entrada en vigor el 19 de septiembre de 2010), que lo sustituye tras acordarse su convalidación y tramitación como proyecto de ley (art. 86 CE). En la medida en que las variaciones sufridas por el RDL son puntuales en esta materia (básica y exclusivamente, la relativa a la definición de causa económica⁸), la regulación actual de los despidos colectivos se abordará de ahora en adelante partiendo de la regulación vigente de los arts. 52.c) y 51 ET tras la Ley 35/2010, explicitando en todo momento las puntualizaciones que sean necesarias al RDL sustituido.

Conviene comenzar con los arts. 51 y 52.c) ET partiendo de la redacción del RDL 10/2010 y teniendo en cuenta que lo que se hace

⁸ Tras someterse a votación varias enmiendas dirigidas todas ellas a precisar las causas económicas, se aprobó la redacción del art. 51.1 por el Congreso de los Diputados /BOC del Congreso de los Diputados núm. 81-11, de 5 de agosto de 2010), ampliando los supuestos por los que se debe considerar que concurren: «Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, *en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas; o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo.* A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la *razonabilidad* de la decisión extintiva *para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*». En el texto aprobado no se modificó la redacción del art. 52.c) que continúa remitiéndose al artículo 51.1 en cuanto a las causas que lo permiten. El Senado no modificó el texto remitido por el Congreso (BOC del Senado núm 72.f, de 1 de septiembre de 2010), aprobándose el mencionado como texto definitivo de la Ley 35/2010 en el Congreso (BOC del Congreso de los Diputados núm. 81-13, de 15 de septiembre de 2010).

constar en *cursiva* se incorpora o elimina en la tramitación parlamentaria y da lugar a la actual redacción de la Ley 35/2010:

«Art. 51 ET. 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 entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, *en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo*. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce *mínimamente* la razonabilidad de la decisión extintiva *para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado*.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce *mínimamente* la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a mejorar la situación de la empresa o a prevenir una evolución negativa de la *empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda*

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 conse-

cuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas».

«Art. 52 ET: El contrato podrá extinguirse: c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado».

Pues bien, en la reforma de 2010 la clave de bóveda desde el primer momento es, sin duda, la de otorgar mayor certeza jurídica a las causas del despido objetivo con la finalidad de reconducir las vías extintivas y frenar la huida de los despidos colectivos del art. 51 ET por la más cara y segura del despido disciplinario reconocido improcedente de los arts. 54 ss ET. A tal fin, varios son los instrumentos basilares sobre los que se actúa:

— Unificación de las causas de despido objetivo singular/plural respecto a los despidos colectivos, es decir, entre los arts 52.c y 51 ET.

— Definición de las causas del despido objetivo-colectivo, incorporando los criterios jurisprudenciales con la finalidad de dotar de mayor certeza jurídica a las mismas

— Flexibilización de esta vía extintiva. Potenciando la libertad de empresa y el poder de dirección y organización del empresario mediante la adopción de las medidas de reajuste que estime adecuadas y convenientes para la mejor gestión empresarial a través de la facilitación de las vías probatorias de la concurrencia de las causas y la expresa instauración de un canon de control administrativo o judicial meramente externo de las decisiones empresariales y la conexión de funcionalidad de las causas con las extinciones. Pero, al mismo tiempo, sin renunciar a dicho control habida cuenta de la obligatoria tutela judicial constitucionalmente reconocida en el art. 24.1 CE.

La Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 35/2010 establece que «En el plazo de 6 meses el Gobierno aprobará un proyecto de ley de reforma del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que contemple la atribución al orden jurisdiccional social, entre otras cuestiones, de los recursos contra las resoluciones administrativas de la Autoridad laboral en los procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores», lo que concreta el RD 801/2011, de 10 de junio.

Ello ha tenido lugar con la Ley 36/2011, de la Jurisdicción social. Si bien en el momento de finalización de este trabajo, estos actos administrativos de autorización han sido suprimidos (salvo para fuerza mayor) por la reforma llevada a cabo por el RDL 3/2012.

Asimismo, conforme a lo dispuesto por la DT 4ª RDL 10/2010, los ERE para la extinción de contratos de trabajo que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley (18 de junio de 2010) se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio (es decir, del 18 de junio al 18 de septiembre), y la nueva regulación de la Ley 35/2010 será aplicable a partir de 19 de septiembre de 2010. A partir de 12 de febrero de 2012 el despido colectivo se rige por la nueva normativa contenida en el RDL 3/2012.

II.2. DEFINICIÓN, UNIFICACIÓN DE LAS CAUSAS Y DE SUS FINALIDADES

Con anterioridad a la reforma, como hemos visto, las causas eran las mismas para las extinciones del art. 52.c) y 51 ET, pero no se definían y se establecían finalidades diversas para las extinciones según cuál fuera la causa alegada, estableciéndose ciertas variaciones en las mismas según se tratara del art. 52 c) o del art. 51 ET, con las disfunciones y dudas de graduación a las que antes nos referimos. A partir del RDL 10/2010 las causas son definidas y tratadas de igual modo y las medidas extintivas tienen las mismas finalidades tanto en el despido objetivo como en el colectivo, superando las disfunciones y los posibles tratamientos no uniformes basados exclusivamente en el número de trabajadores afectados. Con ello los controles administrativos o judiciales, a partir del RDL 10/2010 y de la Ley 35/2010 se uniformizan, evitando diferencias interpretativas e, incluso, canales de revisión judicial diferentes, en la medida en que, en cumplimiento de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 35/2010⁹, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la

⁹ «En el plazo de 6 meses el Gobierno aprobará un proyecto de ley de reforma del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, que contemple la atribución al orden jurisdiccional social, entre otras cuestiones, de los recursos contra las resoluciones administrativas de la Autoridad laboral en los procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores».

jurisdicción social, en su art. 2 n) declara (y a diferencia de la situación anterior) la competencia del orden social para la impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral en procedimientos de despido colectivo regulados en el art. 51 TRET¹⁰.

Es en el art. 51 ET donde se contiene la definición, la justificación y las finalidades de las medidas extintivas, con el objetivo expresado de incrementar la certeza jurídica, remitiéndose a ello en bloque el art. 52.c) ET, que se limita a indicar que la diferencia reside en el número de trabajadores afectados. La referencia que este precepto ahora hace a que se procederá a la extinción de los contratos por debajo del umbral del art. 51 ET «cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley», debiera entenderse realizada, así pues, no sólo a las causas que provocan la adopción de la medida extintiva, sino también a sus finalidades, con independencia de que, al igual que en el art. 51 ET, éstas difieran según se trate de causas económicas o del resto de supuestos.

II.3. LAS CAUSAS ECONÓMICAS: REGULACIÓN ACTUAL

A decir del actual art. 51.1 ET, se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. A esta misma definición remite, como se ha dicho, el art. 52.c) ET.

II.3.1. La situación «económica negativa» de «la empresa»

El paquete de reformas de 2010 no ha alterado la definición de las causas económicas en cuanto productoras de una situación económi-

¹⁰ En la actualidad, ya en corrección de pruebas, las reformas de 2012 eliminan la autorización administrativa y es el orden social el competente para examinar la corrección del despido objetivo o colectivo.

ca negativa ya que la redacción actual del precepto tan sólo se limita a una simple mención de las mismas¹¹. Se sigue aludiendo a una «situación económica negativa», señalando que ésta se debe desprender de los «resultados de la empresa», sin más, al menos en el RDL 10/2010. Durante la tramitación parlamentaria como ley de este RDL la delimitación de qué debería entenderse por situación económica negativa ocupó la mayor parte del debate del art. 51 ET, precisamente al hilo de la discusión de enmiendas que proponían una redacción alternativa que precisara aún más el supuesto de hecho para incrementar la certeza y seguridad jurídica que venía demandándose. Así, la enmienda 80 propuesta por el Grupo Parlamentario Mixto, que precisaba que las causas económicas concurrían cuando la empresa «en el último ejercicio económico» hubiera tenido pérdidas superiores al 10% del coste del personal de ese mismo ejercicio incluidas las cargas sociales; o la enmienda número 103 del Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana que proponía entender que concurren causas económicas «cuando de los resultados de la empresa se desprenda una progresiva evolución económica negativa que haya conducido a una situación de pérdidas» debiendo en tales casos acreditar la empresa la evolución negativa de los tres últimos ejercicios económicos y las pérdidas alegadas; o la enmienda núm. 212 del Grupo parlamentario Popular que proponía la concurrencia de las causas económicas «cuando de los resultados de la empresa o de la evolución de su nivel de actividad se desprenda una situación económica negativa» debiendo a estos efectos «acreditar la empresa los resultados o la evolución del nivel de actividad que sirven de base a la decisión extintiva».

Finalmente, la Ley 35/2010 mantiene la alusión a una «situación económica negativa», que se desprenda de los «resultados de la empresa», si bien ahora añadiendo algunos ejemplos de situación económica negativa, como «la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos», y exigiendo igualmente que esta situación económica negativa de la empresa pueda «afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo».

Varias cuestiones se precisan con la nueva dicción del precepto que conviene abordar sucesivamente.

¹¹ DESDENTADO BONETE A., «La reforma del despido en el RDL 10/2010», cit., p. 92.

II.3.1.1. *La situación económica negativa concurre con las pérdidas en un sentido amplio, incluidas las pérdidas (disminución) persistentes de beneficios*

La regulación actual del art. 51.1 ET entiende que concurre la situación económica negativa cuando la misma se desprenda de los resultados de la empresa, ejemplificándose tal situación negativa (por la Ley 35/2010) por las «pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos».

Sin duda, el supuesto más claro de situación económica negativa es aquél en el que existen «pérdidas actuales», lo que se verifica comprobando los resultados de la empresa. En tanto las pérdidas de la empresa hacen referencia a la diferencia entre ingresos y gastos de la empresa, con un resultado negativo. Las pérdidas empresariales, acreditadas normalmente mediante la documentación contable de la empresa (la cuenta de pérdidas y ganancias), constituyen el supuesto habitual en el que se fundamentan la mayoría de los despidos objetivos por causas económicas¹².

La referencia a que las pérdidas sean «actuales» no precisa si dichas pérdidas deben ser «continuadas» en el sentido de producirse durante varios años o en un determinado periodo de tiempo, o si es suficiente con que se demuestre que el ejercicio actual (cuentas anuales) o un determinado tiempo que no llegue siquiera a un ejercicio (cuentas provisionales). El RD 43/1996 exigía la presentación de las cuentas de los últimos 3 ejercicios, lo que permitía confirmar dicha continuidad, en concordancia con el requisito de que las pérdidas fueran «sostenidas» y «significativas» mantenido en los supuestos examinados por el Tribunal Supremo.

Por lo general es la demostración empresarial de pérdidas continuadas o significativas la que fundamenta la causa económica en la mayor parte de los expedientes presentados (Exp. 17/2009, de 5 de marzo; Exp. 56/2009, de 6 de mayo; Exp. 69/2009, de 3 de abril; Exp. 74/2009, de 27 de marzo: pérdidas económicas continuadas 2005-2008; Exp. 40/09, de 18 de marzo: pérdidas significativas de 10 millones de euros; Exp. 160/09, de 18 de junio; Exp. 402/09 pérdidas continuadas desde el año 2000 que llevan a incurrir en causa legal de disolución; Exp. 426/09, de 30 de noviembre con enormes pérdidas debidas a impagos y

¹² STSJ Aragón 20-7-2011, JUR 2011\308130.

problemas de tesorería). Pérdidas que pueden deberse a muy distintas circunstancias, si bien en la actual crisis resulta recurrente la alegación de la falta de crédito (por ejemplo, Exp. 191/09: déficit de tesorería de en torno a 4 millones de euros, reducción del crédito concedido por las entidades financieras, incremento de los costes de energía eléctrica y del fuel y gas natural fuerte caída de la demanda; Exp. 175/09 de 10 de junio: descenso acusado de la principal fuente de financiación: la publicidad, poniendo en peligro la viabilidad y el proyecto empresarial del grupo; Exp. 117/09, de 5 de mayo y Exp. 447/09, 3 Febrero 2010: descenso de los ingresos de publicidad cuando es la única fuente de ingresos de la empresa; Exp. 207/10, de 20 de octubre de 2010; Exp. 216/2010, de 28 de octubre, para el caso de una ONG por la caída de las subvenciones que sustentan su actividad estructural; 320/10, 3 diciembre 2010, congelación de la línea de crédito unida a pérdidas de más de 2,6 millones de euros en los últimos dos años).

En algún ERE, con acuerdo y autorizado por la DGT, se comprueba que el informe de la Inspección constata expresamente que las cuentas son provisionales, limitándose la causa económica alegada al ejercicio de 2008, pero no así el año anterior, 2007, en el que se obtuvieron beneficios, por lo que entiende que carece de uno de los requisitos esenciales para viabilizar las extinciones (Exp. 453/09, 26 enero 2010). La consideración de que no hay una situación económica negativa si no se demuestran pérdidas se alega por la Inspección de Trabajo incluso en EREs suspensivos como en el Exp. 45/09, de 30 de marzo.

En la actualidad con la Ley 35/2010 se mantiene la referencia a las pérdidas «actuales», pero el hecho de que se admita como situación económica negativa la situación de pérdidas «previstas» plantea la duda de si la «actualidad» a la que refiere el precepto exige una continuidad en el tiempo o basta con una mera actualidad de las pérdidas alegadas al tiempo de la solicitud del ERE. Duda que se agudiza desde el momento en que la nueva redacción del precepto admite como situación económica negativa igualmente la disminución de ingresos «persistente», indicativo de cierta continuidad y que pondría de manifiesto que cuando la actualidad se vincula con una cierta continuidad el legislador así lo ha recogido expresamente. Cuestión que pudiera tener relevancia jurídica en tanto el RD 801/2011 exige la acreditación de las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, exigencia de mínima continuidad que podría abocar a su consideración de *ultra vires* habida cuenta de la limitación que supone respecto al silencio

conscientemente contemplado por la ley. Sin embargo, semejante duda podría quedar disipada si se considera, como creo que ha de hacerse, que la referencia a las pérdidas actuales, sin calificativos legales temporales, constituye un mero ejemplo de situación económica negativa que no agota, por lo tanto, el supuesto de hecho legal¹³.

Que el nuevo precepto incluya como situación económica negativa el supuesto de «pérdidas previstas» busca una flexibilización de las causas económicas cuyo objetivo final es dotar de mayor ductilidad el poder de organización y gestión del empresario, a la par que evitar la reducción de los supuestos incluidos mediante interpretaciones judiciales restrictivas. El problema mayor que presenta esta previsión expresa es, como puede imaginarse, el de quién y cómo decide que concurren esas pérdidas futuras previstas que, en definitiva, van a permitir el cumplimiento de uno de los requisitos a los que se condiciona la procedencia de la extinción colectiva.

Para evitar una previsión subjetiva del empleador, el propio art. 51.1 ET establece un límite basilar sobre el que luego se volverá, al no ser suficiente con la concurrencia de la situación económica negativa así configurada (pérdidas previstas), sino tener que demostrar que éstas, además, pueden afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el empleo. Junto a dicho límite, el RD 801/2011, desarrolla los medios de prueba de dichas previsiones, coadyuvando así a precisar el texto legal para poder controlar su razonable certidumbre y credibilidad.

¹³ Ya algún pronunciamiento ha destacado que se trata de meros ejemplos y que el supuesto debe entenderse abierto y no como un elenco cerrado: (STSJ Andalucía, Granada 8-6-2011, JUR 2011\326422). Para la STSJ Madrid 16 septiembre, JUR 2011\356917: «Dados los términos flexibles y amplios con los que queda redactado el nuevo art. 51,1 ET en la LRMT, utilizando en la enumeración de las causas económicas la expresión «en casos tales», no parece ofrecer duda es intención del legislador mantener un *numerus apertus* y no *clausus* de tales causas, pues la realidad es mucho más rica, enunciando las más significativas, pero dando cabida a otros supuestos no expresamente mencionados de situación económica negativa, como por ejemplo sería la pérdida de cuotas de mercado (STSJ La Rioja 12 septiembre 2006 (AS 532); el descenso de ventas progresivo (STSJ Castilla-La Mancha 8 marzo 2007 (AS 2296); la sensible y continuada disminución de pedidos (STSJ C. Valenciana 9 mayo 2006); la pérdida del único cliente (STSJ Cantabria 24 agosto 2006); resultados negativos de explotación (STSJ Navarra 31 enero 2000, AS 100); la disminución continuada de beneficios (STS C. Valenciana 22 diciembre 2005, AS 992); encarecimiento del crédito, incremento de costes, y dificultades de comercialización», aunque el descenso de ventas pueda ser más bien una causa de producción en su origen.

Un ejemplo de la reforma es el del Exp. 310/2010, 23 diciembre en el que se acredita una situación económica negativa no sólo porque la empresa se encuentra en situación actual de pérdidas, sino porque, «de acuerdo con las previsiones efectuadas, teniendo en cuenta la evolución del mercado y muy especialmente del sector de obra pública, a diciembre de 2010 se podrían presentar unas pérdida de más de 4 millones y si se ponen en marcha las medidas del ERE los resultados serán positivos para la competitividad de la empresa». En este expediente se argumenta la novedad flexibilizadora que aporta la reforma de 2010: «a partir de la Ley 35/2010 ya no es necesario que la medida sea razonable para garantizar la viabilidad futura de la empresa. Ahora basta que la medida ayude o favorezca la competitividad de la empresa, a saber, suponga un beneficio para su supervivencia o para su progresión y desarrollo. En suma, con la nueva redacción es suficiente con que ‘la medida favorezca la empresa para que ésta cumpla con el requisito de razonabilidad’ (criterio empresarial). La medida contribuirá de modo decisivo para que la empresa pueda preservar su competitividad en el mercado, puesto que implicará una importante reducción anual de coste salarial y de Seguridad Social. La no reducción de costes que supone la medida provocaría que la viabilidad de la empresa se encontrara gravemente amenazada».

Finalmente, el precepto considera también como situación económica negativa la situación de «disminución persistente de beneficios». A diferencia de las pérdidas de la empresa, que hacen referencia al resultado del ejercicio negativo (la diferencia entre ingresos y gastos de la empresa, con un resultado negativo), la disminución persistente de beneficios no exige comparar los ingresos y los gastos de la empresa, sino examinar sólo los ingresos.

La inclusión o no dentro de la situación económica negativa de las situaciones de beneficios decrecientes de la empresa había sido altamente discutida con el marco legal anterior a la reforma. Ciertamente existen supuestos en los que, aun existiendo beneficios en la empresa, es posible comprobar una curva decreciente en los sucesivos ejercicios que podría alertar de una posible crisis futura de la empresa. Pero también es posible que en algún supuesto, por el carácter esporádico o transitorio de los mismos, no tengan la entidad suficiente para viabilizar los despidos, por ser simple producto de una oscilación de mercado inherente a toda actividad empresarial y para la que pueden, en su caso, resultar viables medidas menos

drásticas, por la menor entidad de la causa concurrente. Salvo algún pronunciamiento judicial permitiendo que el descenso de beneficios sin pérdidas justifique los despidos cuando se ponga en peligro la viabilidad de la empresa (STSJ Cataluña 3-7-97; STSJ Navarra 31-1-00; STSJ C. Valenciana 22-12-05), lo cierto es que la mayor parte de la doctrina judicial se venía manifestando en sentido contrario, entendiéndose que lo que debía demostrarse es la situación negativa y que la disminución de beneficios no podía equipararse a una situación de dificultades económicas, de modo que en tales casos los despidos se declaraban improcedentes (STSJ Andalucía 5-7-9545, 2976; STSJ Castilla La Mancha 17-2-00, 1138; STSJ Madrid 20-3-01; STSJ Valencia 12-9-02, 2009/03; STSJ Cataluña 10-12-09; STSJ Murcia 8-2-99).

Esta posición es muy significativa en la comprobación de campo realizada donde se pone de manifiesto cómo la Inspección de Trabajo, en varias ocasiones, cuando se ha alegado por el empresario una situación económica no consistente en pérdidas en sentido estricto (balance negativo), ha rechazado la concurrencia de la causa económica alegada, con independencia de que, al final, la DGT haya autorizado el expediente por alguna de otra de las causas alegada, como ya se ha señalado, y se comprueba que la concurrencia de la causa económica en empresas que alegan pérdidas pero que siguen teniendo beneficios se admite sólo en los supuestos de EREs suspensivos: Exp. 39/2009, de 11 de marzo; Exp. 293/09 con previsión de peores resultados en ventas y pérdidas económicas para 2009, beneficios en 2006, reducción de los mismos en 2007 y pérdidas en 2008 que continúan en el curso del 2009; o que al mismo tiempo son suspensivos y de reducción de jornada en algún centro como en el Exp. 268/09 en el que se alegan pérdidas auditadas desde 2003, con ganancias en 2006 por venta de inmueble, nuevas pérdidas en 2007 y previsión auditada de pérdidas para 2009; o de reducción exclusivamente como en el Exp. 449/09, de 30 de diciembre, donde se demuestran beneficios en 2007 y 2008 si bien en este último año se observa un descenso ostensible de los mismos respecto al año anterior y en 2009 se agudizan aún más previéndose pérdidas en futuro, aceptándose la reducción solicitada.

La STS 14-6-1996 se decantaba indirectamente por afirmar que la situación económica negativa exigía pérdidas, resultados negativos en la cuenta del balance, pero también precisaba que el legislador había 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, pasando a concretar el sentido de cada uno de ellos (causas técnicas, organizativas, tecnológicas y e producción). Asimismo, la STS de 28 enero 1998 RJ 1998\1148, con mención a la STS 24 abril 1996 (RJ 1996\5297) que estudia la extinción por causas económicas en profundidad, en un caso en el que a una entidad sin ánimo de lucro se le reduce la única fuente de financiación percibida del Gobierno Vasco (reduciéndose sus ingresos desde los 49,9 millones de pesetas recibidas en 1994 a los 25 millones de 1995, prácticamente a la mitad), obligándola a adoptar una serie de medidas para adaptar su presupuesto de gastos a las nuevas exigencias económicas, entre ellas la extinción del contrato de trabajo de la recurrente, declara que la medida extintiva «evidentemente «contribuye» a la mejoría económica de la empresa, tratando de superar su situación deficitaria y conseguir un adecuado funcionamiento de la Asociación, evitando su desaparición».

A partir de la Ley 35/2010 se puede justificar la decisión de despedir en supuestos de disminución de beneficios siempre y cuando la misma sea «persistente», como se ocupa de precisar el propio legislador, por lo que no parece que una disminución ocasional de los ingresos empresariales permita acudir al despido objetivo o colectivo (STSJ Aragón 20-7-2011, JUR 2011\308130). De este modo, como se ha afirmado¹⁴, en la actualidad merece el calificativo de «negativa» la situación en la que la empresa pasa de una situación económica muy buena, justificada en la obtención de un gran margen de beneficios, a una situación menos buena porque los beneficios disminuyen de modo persistente, de suerte que el despido económico ya no se considera una medida inevitable para hacer frente a las necesidades imperiosas de la empresa, sino que es una medida de gestión empresarial para garantizar lo que es el objetivo natural de toda organización empresarial, la obtención de beneficios económicos. Pero, en todo caso, deberá no perderse de vista que este supuesto debe conectarse con el cualitativo adicional de que la disminución persistente tenga entidad suficiente como para afectar a la viabilidad del empleo o capacidad de mantener el volumen de

¹⁴ GUTIERREZ SOLAR CALVO B., «Las causas del despido por razones empresariales», cit., p. 169.

empleo, por lo que si la empresa continúa teniendo beneficios, aunque sus ingresos sean menores, probablemente no pueda decirse que afecte a la viabilidad de la empresa dicha situación por no existir peligro de desaparición empresarial ni grave desequilibrio del proyecto empresarial. Por el contrario, sí que es posible que una disminución persistente de ingresos de la empresa pueda, por ejemplo, afectar al volumen de empleo, aunque la empresa no incurra en pérdidas, porque una disminución de la rentabilidad empresarial, consecuencia directa de la disminución de ingresos, puede causar posteriormente una reducción de plantilla.

En cualquier caso, debe resaltarse que la incorporación en la Ley 35/2010 de estos dos últimos supuestos mencionados (pérdidas previstas y disminución de beneficios) lo que revela, aunque sea a título de ejemplo, es una clara opción legal por ampliar y potenciar la libertad de empresa en esta materia, en tanto no ciñe el supuesto extintivo a la exigencia de pérdidas actuales, ni exige tampoco que la situación económica sea irreversible. Los despidos colectivos se consideran por ello una medida para procurar a la empresa una mejora de su posición competitiva permitiéndole anticiparse a una futura crisis que pudiera, entonces sí, considerarse irreversible. Lo que ratifica, como veremos, la supresión de la necesidad de que con dichas medidas necesariamente se tenga que «superar» dicha situación negativa.

Se acoge así, aunque de modo más claro, la interpretación jurisprudencial que parecía apostar por configurar la situación económica negativa con un alcance mayor que el de meras pérdidas actuales y consideraba que la situación económica negativa también concurre en supuestos de situación desfavorable en términos de rentabilidad (STS 14-6-96, RJ 5162).

Ampliación del supuesto de hecho que, no obstante, no llega al extremo pretendido por los círculos empresariales¹⁵ de simplemente entender concurrente la situación económica negativa por la mera demostración de pérdidas actuales o previstas y disminución de beneficios, en tanto el precepto exige la concurrencia de un elemento

¹⁵ Y que parecían intentar recogerse por la enmienda núm. 212 del Grupo parlamentario Popular al texto del RDL 10/2010 al proponer que se entendiera que concurren las causas económicas no sólo «cuando de los resultados de la empresa» se desprendiera una situación económica negativa, sino también cuando ésta se desprendiera «de la evolución de su nivel de actividad».

más en la determinación de una situación económica negativa en el sentido de los arts. 52.c) y 51 ET: que dichas circunstancias (pérdidas en el sentido amplio visto) puedan afectar a la viabilidad o a la capacidad de mantener el volumen de empleo de la empresa. Requisito que se va a demostrar basilar, pese a su no excesiva recepción en la doctrina judicial que se ha ido dictando estando en vigor la reforma.

II.3.1.2. *La situación económica negativa debe poder afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo*

Mientras que el RDL 10/2010 se limitaba a declarar que se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, la Ley 35/2010 incorpora los ejemplos de situación económica descritos pero también la precisión de que estas situaciones «puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo» como parte integrante del supuesto de hecho que determina el despido —«la situación negativa de la empresa»— que no puede ser ignorada.

Con tal inclusión, especialmente relevante, se termina de configurar el primer requisito exigido por la norma para proceder a las extinciones colectivas por motivos económicos. No basta, así pues, con que concurra una situación económica negativa de pérdidas, actuales o futuras, ni una persistente disminución de beneficios para que quede subsumido el caso en el supuesto de hecho legal (situación económica negativa), sino que se exige para entender que concurre la causa económica que la situación negativa pueda afectar a la viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo.

Algún autor ha puesto de manifiesto los problemas inherentes a esta exigencia legal entendiendo que es difícil justificar que los despidos puedan contribuir, por sí mismos, a garantizar la viabilidad de la empresa ya que siempre puede afirmarse que no van a garantizar viabilidad alguna porque lo más seguro es que la misma no dependa sólo de los despidos, sino de un conjunto complejo de medidas y de otros factores imponderables y, por lo que se refiere al mantenimiento del volumen de empleo podría resultar contradicto-

rio predicar su necesaria concurrencia cuando simultáneamente se posibilita su reducción inmediata ¹⁶.

Sin embargo, no parece que la exigencia de afectación de la viabilidad o de la capacidad de mantener el empleo haga referencia a las extinciones, esto es, no se configuran como finalidades a perseguir por las medidas extintivas¹⁷, sino que la nueva referencia legislativa parece aludir a un elemento de la «propia configuración» de la situación económica negativa que, sólo cuando también se reúnan, permitirán abrir la vía del despido de los arts. 52 .c y 51 ET, en lugar de otras de menor gravedad. Se trataría, por así decirlo, de una exigencia incorporada por el legislador como contrapeso a la flexibilidad que llevaba consigo la introducción de los nuevos ejemplos de situación económica (pérdidas previstas y disminución de beneficios). Debe por tanto verse como un mecanismo de salvaguardia que evite que supuestos de mera concurrencia de una situación económica negativa que, sin embargo, no afecten razonablemente a la viabilidad de la empresa y sólo pongan de manifiesto una mera circunstancia cambiante habitual y razonable dentro del normal devenir de los mercados y del potencial de riesgo inherente a la actividad empresarial, aboquen a la extinción de los contratos de trabajo sin mayores exigencias y para evitar que situaciones económicas negativas tan laxas como las ahora previstas, que asemejan más a situaciones económicas de «dificultad», se reconduzcan sin más a la vía extintiva. De ahí que la referencia relativa a la afectación posible de la situación económica negativa al mantenimiento del volumen del empleo, resulte especialmente interesante, en tanto podrá servir como criterio indicativo y clarificador a la hora de discernir y separar los supuestos de situaciones económicas negativas propios de la vía extintiva del art. 51 ET, respecto de otras situaciones económicas negativas que no tengan incidencia en dicho volumen y abren la vía alternativa de las suspensiones temporales de empleo o de las modificaciones de las condiciones de trabajo. Es decir, se trataría de un elemento de graduación de la «gravedad o intensidad» de

¹⁶ GONZÁLEZ BIEDMA, E. «Aspectos clave de la reforma laboral de 2010 (I)», AS, 2010, núm. 7, pp. 4-6 y GUTIERREZ SOLAR CALVO B., «Las causas del despido por razones empresariales», cit., pp. 169-170.

¹⁷ Reténgase que lo que la norma prevé es que la situación económica negativa pueda afectar, y no así que los despidos sean los que garanticen la viabilidad pues, como se verá, las finalidades de las extinciones vendrán también definidas por la norma pero en otros términos.

la situación económica negativa que permite la extinción colectiva, como parte del supuesto de hecho diseñado por el legislador.

El debate sobre la conveniencia o la necesidad de las medidas extintivas y la diferencia entre viabilidad «mejorable» y «amenazada», aunque se presentaba, y se presenta, con fuerza en las finalidades legales exigidas a la medidas extintivas (que de inmediato se aborarán), proyecta también aquí alguna repercusión, aunque ahora desde el punto de vista de la propia configuración de la situación económica negativa, del supuesto de hecho que permite proceder a la medida extintiva. Se trataría con estos requisitos de evitar, en definitiva, que la situación negativa descrita (pérdidas o disminución de beneficios), sin más condicionantes, abra la vía de la medida empresarial de mayor gravedad para los intereses del trabajador¹⁸. Lo que podría dar a entender que se configura de este modo como una vía de mayor rigor, que otras puestas a disposición de la empresa para su organización (como las suspensivas o de flexibilidad interna), a modo de ponderación más ajustada de los derechos contrapuestos en juego en esta medida laboral que pone fin al principio de estabilidad en el empleo. Debiendo, además, entenderse que las precisiones contenidas o requisitos «cualitativos», se refieren en concreto a los ejemplos incorporados en la tramitación de la Ley 35/2010, pues ello parece inferirse del hecho de que se utilice el plural en la afectación (puedan afectar) para referirse a los dos ejemplos incorporados y de la utilización en ese mismo párrafo de la conjunción alternativa «o», que evidencia que las pérdidas o la disminución de ingresos deben incidir alternativamente en la viabilidad o en el mantenimiento de empleo, pero bastando con una de ellas¹⁹.

Se ha considerado que estos requisitos de «cualificación» de la situación económica negativa o «mínima consistencia» de las pérdidas o de la disminución del nivel de ingresos, parecen sugerir que la empresa esté en una situación patológica en la que en el presente o en el futuro las pérdidas o disminución del nivel de ingresos pongan en peligro la subsistencia de la empresa o bien afecten al manteni-

¹⁸ La duda es si los requisitos de «posible» afectación a la viabilidad de la empresa o al mantenimiento del volumen de empleo, que devienen trascendentales a la hora de declararse el despido colectivo como procedente, deben entenderse concurrentes en todo caso, o exclusivamente en relación con los dos ejemplos añadidos en la Ley 35/2010, siendo lo primero lo que parece tener más sentido.

¹⁹ Como ya afirma alguna decisión judicial: STSJ Aragón 20-7-2011, JUR 2011\308130.

miento del empleo (entendido en el sentido de que sea necesario un despido colectivo parcial para mantener un cierto volumen de empleo o evitar el despido total), lo que supondría una conceptualización de la situación económica negativa contradictoria, no sólo con el plano no patológico en el cual se sitúan el resto de las causas, sino también con la finalidad en la justificación del despido contemplada en el mismo párrafo del art. 51.1 relacionada con la preservación y el favorecimiento de la posición competitiva de la empresa en el mercado²⁰.

Ciertamente ello sería así si tan sólo se hiciera referencia a que las causas económicas derivan de los resultados de la empresa y, sin más, se cualificara la intensidad de la crisis económica, exigiendo un peligro cierto, actual, inmediato de viabilidad de la empresa. En tal caso volveríamos a una concepción del despido colectivo como última ratio, de carácter excepcional y exenta de todo carácter preventivo, lo que se alejaría de la pretensión de la reforma de reconducir a sus justos términos esta vía extintiva y del ya consolidado más flexible entendimiento del despido colectivo por parte jurisprudencial (STS de 24 de abril de 1996, RJ 5297 que ya afirmaba de modo contundente que el precepto no exigía la permanencia de la situación negativa y declaraba que no era necesario que la situación económica de la empresa fuera irreversible), tendente a configurar la medida extintiva como una opción de gestión razonable de la empresa impregnada de importantes tintes preventivos que eludan la exigencia de una agonía empresarial, so pena de que al final todas las empresas desemboquen en crisis económicas terminales.

Por ello, probablemente, el nuevo requisito delimitador de la situación económica negativa que permite la vía del despido colectivo y objetivo, se redacta en términos de «posibilidad» («pueda afectar» (y no que necesariamente afecte de modo actual, lo que es lógico en tanto se permiten pérdidas previstas o disminución de beneficios) y elude cualquier referencia a que el descenso en las ganancias o de la actividad de la empresa «ponga en peligro» la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Se trata con ello de concretar un «riesgo real de que las pérdidas o disminución de ingresos pongan en peligro la

²⁰ DEL REY GUANTER S., «El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos artículos 51 y 52.c del ET», en AA VV (Dir. Rodríguez Piñero) *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*, Madrid (La Ley, Wolters Kluwer), p. 179-180.

supervivencia de la empresa o su empleo» pero sin que la norma exija «certeza» de ello, siendo entonces suficiente con que «previsionablemente, atendiendo a la entidad de dichas pérdidas o disminución de ingresos, estas circunstancias puedan perjudicar la supervivencia de la empresa o de su empleo», esto es, que existe el peligro (lo que deberá justificarse con argumentos e indicios) de que puedan conducir a la desaparición de la empresa o del empleo²¹.

De este modo, el requisito cualitativo que supone la exigencia de consistencia de la causa económica, estaría justificado «desde el momento en que la pérdida del empleo del trabajador despedido por este motivo encuentra su justificación sólo si para la empresa pelagra su viabilidad (presente o futura) o su capacidad de mantener el volumen de empleo (no ya del despedido, sino del resto de la plantilla que continúa)» ya que de no ser así se estaría produciendo un evidente desequilibrio para el trabajador que pierde su puesto de trabajo sin que existan argumentos de peso suficiente para ello²². Sin esa posibilidad de afectación de la viabilidad o del empleo, la opción serían otras vías jurídicas de gestión empresarial como la modificación de condiciones (STS de 16 mayo 2011 RJ 2011\4876, si bien para un asunto de antes de la reforma; para después: STSJ Andalucía, Granada 8 junio 2011, JUR 2011\326422). La reciente doctrina judicial parece tener en cuenta estos requisitos cualitativos pero, salvo alguna interesante y muy elaborada excepción²³, más bien para enunciarlos o para verificar el criterio de conexión de razonabilidad²⁴.

²¹ Como acertadamente expone la STSJ Aragón 20-7-2011, JUR 2011\308130.

²² ARAMENDI SÁNCHEZ P., «Problemas en torno a la justificación de la causa para la adopción de las medidas previstas de despido y/o flexibilidad interna previstas en la Ley 35/2010», AS núm. 17/2011, BIB 2010\2928.

²³ STSJ Aragón de 20 julio JUR 2011\308130.

²⁴ STSJ Madrid 16 septiembre JUR 2011\356917: «Pues bien, fijado todo lo anterior, somos del criterio de que concurre la causa económica aducida por la empresa en la carta de despido. En efecto, ateniéndonos como no podía ser de otra manera, a los firmes hechos probados, en concreto al quinto, se advierte la empresa demandada ha venido experimentado una progresiva caída de sus beneficios desde el año 2007 hasta el año 2009, y, a partir del año 2010, está acreditado el resultado, antes de impuestos, se estima va arrojar unas pérdidas de 1.298.355 euros, es decir, concurre el presupuesto del despido objetivo por causas económicas, cual es una situación económica negativa por la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. En palabras del iudex a quo, que nos merecen una valoración positiva, la rentabilidad negativa de la empresa

Se busca así, en fin, configurar legalmente una situación económica de cierta gravedad, entendida como una situación económica cuya negatividad reside en un esperable y no deseable desequilibrio del proyecto empresarial que termine prospectivamente por hacer de la crisis una crisis terminal. Desde esta perspectiva los requisitos cualitativos se adecuarían de mejor modo a las pretensiones de la reforma y a las finalidades y a la conexión de funcionalidad. Viabilidad de la empresa, entendida como probabilidad de seguir llevándose a cabo la misma en términos de gestión preventiva y rentabilidad empresarial para asegurar su pervivencia y afectación del volumen de empleo, como mantenimiento del empleo, ciertamente, del resto de la plantilla (evitando el cierre total al que llevaría una crisis terminal), que parece confirmar esa nota de «intensidad» o gravedad en la situación económica negativa, en tanto el excedente de plantilla constituya una medida adecuada dentro del conjunto de medidas laborales y no laborales dirigidas a la recuperación del equilibrio de la empresa.

La tónica general en los EREs examinados es la de alegar en los extintivos pérdidas actuales y persistentes durante los últimos dos o tres años, sin necesidad de que se haga constar una situación de crisis económica irreversible. No obstante existen muchos supuestos en los que se advierte que el actual ERE extintivo es consecuencia de uno anterior suspensivo o de reducción de jornada y que, incluso, en algunos casos se pone de manifiesto la situación ya irreversible de la empresa y su disolución, cierre, o transmisión completa. Ejemplos de esto último pueden verse en Exp. 329/10, 13 diciembre 2010, cierre de la empresa donde se explicita que el presentado sucede a otro anterior en el año 2008 de naturaleza suspensiva y en el que la propia Inspección de Trabajo pone de manifiesto que «la sociedad se encuentra incurso en causa de disolución, constando una situación económica prácticamente irreversible»; el Exp. 402/2009, de 12 de noviembre de 2009, en el que las pérdidas son continuadas desde el año 2000 y la reducción del patrimonio neto empresarial a una cantidad inferior a la mitad del capital social, provoca que la empresa

es la causa del despido de la trabajadora que se hace necesario «para preservar su situación en el mercado y no verse abocada al concurso», y de este modo la medida extintiva se revela como idónea, razonable y proporcionada, en un contexto de crisis económica que se ha cebado especialmente en el sector de la automoción, al que pertenece la empresa demandada, afectando a su viabilidad y a capacidad de mantener el volumen de empleo».

incurra en causa legal de disolución; el Exp. 416/09, 21 enero 2010, de cierre total de la empresa, cese total de la actividad y liquidación y disolución y donde se justifica la finalidad de la medida el evitar la prolongación de una situación empresarial inviable y carente de futuro; o el Exp. 427/09, 16 diciembre 2009, en el que se solicita el cierre de la empresa como consecuencia de la pérdida de su contrato principal y casi exclusivo.

II.3.1.3. *El ámbito de la situación económica negativa se refiere a la empresa en su conjunto, lo que incluye el grupo cuando actúe como empleador*

El ámbito a considerar para calificar las circunstancias económicas cuando existen distintas unidades productivas había sido una cuestión altamente discutida hasta ser unificada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el sentido de que «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 técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento»²⁵.

El ámbito empresarial al que se circunscriben las crisis económicas impide que aunque la crisis se produzca en un centro por pérdida de clientela en una zona concreta o por la extinción de una determinada concesión o por el desfase en las cuentas de uno de los centros, resulte más difícil extender la causa a toda la empresa al poder ser absorbida por el resto de centros de trabajo. Pero también significa que es posible proceder al despido colectivo cuando se acrediten las dificultades económicas en la empresa aunque en la concreta unidad afectada por los despidos se demuestren los beneficios (STSJ Extremadura 15-11-07).

La referencia a la empresa para la causa económica se extendió igualmente por vía judicial al «grupo de empresas», si bien exclusivamente en los supuestos de confusión de plantillas, pero no así en otros supuestos de grupos (SSTS 4-4-02 y 23-6-99) en aplicación de la regla general utilizada en Derecho laboral para considerar a un

²⁵ STS 13-2-2002, rec. 1436/2001 (RJ 2002, 3787) ; STS 19-3-2002, rec. 1979/2001 (RJ 2002, 5212); STS 12-12-2008, RJ 2009\256.

grupo de empresa como empleador. En la medida en que en el grupo de empresas cada empresa integrante tiene su propia personalidad jurídica y actúa como una unidad productiva independiente respecto de las demás, la regla general es la de que el ámbito de afectación de la situación económica negativa es la empresa en la que se adopta que el despido colectivo. Frente a dicha regla general, es doctrina consolidada que cuando concurre alguno de los presupuestos de responsabilidad solidaria entre las empresas integrantes del grupo (caja única, plantilla única, apariencia externa de unidad, etc), el responsable de las obligaciones laborales es el conjunto de las empresas integrantes del grupo, lo que se aplica igualmente a la hora de valorar la concurrencia de las causas económicas. En los supuestos de prestación de trabajo indistinta para dos o más entidades societarias de un grupo se está ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicio los trabajadores determinando por tanto la necesidad de valorar la situación económica global del grupo (STS UD 23-1-07). Sería así pues improcedente el despido de un trabajador por causas económicas en un centro de trabajo de una empresa que desde un punto de vista global obtiene beneficios (SSTSJ Madrid 13-2-2006, AS 720; Murcia 28-11-2005, AS 2006/186 para supuestos anteriores a la reforma cuando los beneficios no conformaban el supuesto de hecho).

En todo caso recordar que a efectos de definición del grupo la Ley 10/1997 sobre comités de empresa europeos alude al formado por una empresa que ejerza el control y las empresas controladas entendiéndose por empresa que ejerza el control aquella que puede ejercer una influencia dominante sobre otra, presumiéndose salvo prueba en contra, que una empresa puede ejercerla sobre la empresa controlada cuando directa o indirectamente posea la mayoría del capital suscrito por la empresa, la mayoría de los derechos de voto correspondientes a las acciones emitidas por la empresa o tenga la facultad de nombrar la mayoría de los miembros del órgano de administración de la misma. Criterio que la doctrina judicial ha extendido también en aquellos supuestos en que la empresa se hubiera fusionado con otra, al considerar que en tales casos igualmente lo que debe valorarse es la situación económica negativa en el conjunto de la resultante tras la fusión (TSJ Galicia 10-4-07).

En los grupos de empresas la acreditación de las causas económicas exigirá para la comprobación de la situación económica, no

sólo el balance de la empresa, sino las cuentas anuales y el informe de gestión consolidado del grupo, como ha puesto de manifiesto la doctrina judicial en numerosas ocasiones²⁶. Tal criterio, con precisiones y en el marco de un nuevo entorno normativo, ha sido adoptado expresamente y con detalle en el RD 801/2011, subsanando así una carencia de la anterior reglamentación que carecía de referencias al grupo en esta materia y se limitaba a nombrarlo en relación con la posibilidad de iniciación.

En la muestra de EREs examinados, el grupo como sujeto solicitante del ERE no es algo extraordinario y la referencia a la causa alegada se examina, en efecto, en relación con el conjunto de empresas que conforman el grupo empresarial. No obstante, en algún caso, la plasmación concreta de la situación económica del grupo resulta menos convincente e, incluso, despierta las dudas de la Inspección de Trabajo.

En efecto, ejemplos de grupo empresarial solicitante se encuentran en variados expedientes, tanto extintivos [Exp. 307/2009, de 7 de agosto, se reconoce la existencia de un grupo consolidado y se presenta un informe independiente de auditoría de las cuentas del grupo; Exp. 175/2009, de 10 junio 2009, donde se alega un descenso acusado de la fuente principal de ingresos: la publicidad, poniendo en peligro la viabilidad y el proyecto empresarial del Grupo; Exp. 191/09, 29 de julio 2009, para un supuesto de un grupo conocido en el que la alegación de causas, sin embargo no se desglosa por empresas sino que éstas más bien se consideran como centros de trabajo; Exp. 225/2010, de 6 de octubre, en un curioso caso donde se pone de manifiesto que cada una de las empresas que lo conforma está inmerso en diferentes EREs por hallarse en situación de concurso]; Exp. 310/2010, 23 diciembre 2010; Exp. 321/2010, de 20 Diciembre 2010, descenso en la cifra de negocios desde 2007, 2008, 2009 siendo especialmente duro el año 2010 que conduce a una situación de previsible pérdidas, tal y como sucedió en el año 2009 para las dos empresas y escasas perspectivas de recuperación a corto y medio plazo. Pese a las referencias a las dos empresas del grupo, en este

²⁶ Una enumeración de las sentencias más relevantes de los TSJ puede verse en MARTÍN JIMÉNEZ R, ALZAGA RUIZ I., «Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo», AAVV (Dir. Sempere Navarro) *La reforma laboral de 2010. Comentarios al RDL 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Aranzadi, 2010, p. 391.

supuesto el informe de la Inspección de Trabajo considera que la memoria empresarial «da un tratamiento indistinto, por no decir confuso a ambas compañías, de modo que éstas aparecen como una única entidad de hecho» conteniendo una «información empresarial muy pobre, lo que dificulta determinar el alcance de las medidas solicitadas en relación con la situación actual, y por tanto apreciar la proporcionalidad y la adecuación del número de despidos propuestos a las causas alegadas o la viabilidad del proyecto resultante»; o el Exp. 316/2010, 28 Diciembre 2010, aunque finalmente archivado por no subsanar la empresa el requerimiento realizado por la DGT en relación con la necesidad de aportar debidamente firmada por la totalidad de los afectados el acta de designación de la representación *ad hoc*, como suspensivos [Exp. 403/2009 de 12 de noviembre, Exp. 414/2009, 14 julio 2010] o, incluso, de reducción de jornada [tras la reforma, Exp. 283/2010 de 15 diciembre 2010, donde en el informe de la Comunidad de Madrid se alude a causas económicas y la propia resolución administrativa examina las implicaciones de la pertenencia de la empresa a un importante grupo de empresas en tanto dicho hecho (grupo empresarial y ausencia de crisis en el grupo) es precisamente el alegado por un trabajador para no verse afectado por la reducción de jornada, lo que constata la propia autoridad laboral pero negando que exista abuso de derecho (en tanto al final a los trabajadores que alegan el hecho finalmente no se les redujo la jornada y se constata la existencia de acuerdo); Exp. 326/2010, 2 diciembre 2010, aduciendo pérdidas económicas que han provocado que la totalidad de la plantilla se haya quedado sin funciones para realizar una jornada completa dado el desajuste entre las necesidades empresariales y la jornada completa de los trabajadores].

Por su parte, como también se decía, en algún ERE se aprecia un informe desfavorable de la Inspección de Trabajo por no quedar acreditado el grupo de empresas, como en el Exp. 290/2009, de 4 de julio de 2009, pero finalmente autorizado por haber sido remitido dicho ERE de conformidad con el RD 932/95 art. C) b) 1 sobre traspaso de servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Madrid, estimando la existencia del grupo de empresas y la competencia de la DGT y por haber sido alcanzado un acuerdo entre las partes lo que entiende vincula a la Administración. Por el contrario, el Exp. 284/2010, de 1 de Diciembre de 2010, termina con resolución negativa pese a tratarse de un expediente

sometido a la legislación reformada. En concreto se analiza el nuevo art. 51 en la redacción dada por la Ley 35/2010, pero considera que la jurisprudencia vigente no permite su autorización por entender, de conformidad con lo alegado por la representación de los trabajadores, que no hay causa económica por haber tenido la empresa solicitante beneficios en los últimos años, tratarse de una empresa rentable y saneada y por pertenecer a un grupo de empresas, siendo éste el nivel en el que debe concurrir la causa alegada.

II.3.2. Acreditación de los resultados de la empresa de los que se deriva la situación económica negativa

A decir del art. 51.1 ET, «la empresa tendrá que *acreditar* los resultados alegados y *justificar* que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado». Se exige, así pues, la acreditación, es decir prueba plena, de los resultados alegados, de la situación económica negativa, pero sólo argumentaciones de la razonabilidad de la decisión extintiva cuya finalidad debe ser la de preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado. Como veremos ahora, esa prueba plena va a resultar compleja por lo que se refiere a las pérdidas previstas como una posible situación económica negativa y, en realidad, respecto a la misma tan sólo será posible justificar datos de los que inferir su verosimilitud y credibilidad. En todo caso, se mantiene el esquema seguido por el Tribunal Supremo con anterioridad a la reforma y que obliga:

- en primer lugar, a determinar el concepto de causa económica y su alcance (lo que ya se ha analizado)
- en segundo lugar, a acreditar la situación económica negativa concreta alegada, que es lo que se analizará en este apartado,
- en tercer lugar, la justificación del cumplimiento de las finalidades legales asignadas por parte de la medida extintiva
- finalmente, la denominada jurisprudencialmente «conexión funcional» entre las extinciones y la finalidad perseguida, ahora mediante un canon de control de mera razonabilidad

En relación ahora exclusivamente con la acreditación de la causa de la que nos ocupamos, situación económica negativa, debe comenzar señalándose que, obviamente, corresponde al empresario la demostración de la situación económica negativa (STS 14 de junio

de 1996, 5162). Los datos que conforman la situación económica negativa tienen que ser objeto de prueba plena para establecer posteriormente la conexión entre ellos y la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. El Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, a partir de su entrada en vigor, es decir el 15 de junio de 2011 (ya que los anteriores expedientes de regulación de empleo se sigan creciendo y resolviendo de acuerdo con el Real Decreto 43/1996), precisa la documentación que deben presentar los empresarios y que, aunque no es más amplia la que se venía exigiendo hasta el momento, busca dotar de mayor seguridad jurídica a la misma. Así lo revela la explicación que se contiene al proyecto del nuevo reglamento cuando se señala que en la nueva regulación se opta por efectuar una relación descriptiva pormenorizada de la documentación para evitar situaciones que se habían detectado tales como que en función del lugar en el que se desarrollaba el procedimiento de despido colectivo, la documentación exigida por la autoridad laboral o por la Inspección de Trabajo podía sufrir enormes variaciones generando indefensión de la empresa así como controversias en el proceso de negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores en torno a la concordancia nominal de la documentación presentada por la requerida por la anterior legislación, situación ésta que alargaba el proceso negociador con repercusión negativa en la situación de la empresa y provocaba el desplazamiento del debate negociador, en lugar de en las causas del procedimiento y en la proporcionalidad de las medidas laborales propuestas por la empresa, hacia una mera discusión sobre la conformidad formal de la documentación presentada.

En la actualidad, cuando se trata de un despido colectivo por causas económicas, el art. 6.1 RD 801/2011 señala que la documentación por el empresario «incluirá una memoria explicativa de las causas que dan lugar a su solicitud, que acredite en la forma señalada en los siguientes apartados los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa que pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo y que justifique que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado»

Para acreditar los resultados de la empresa y la situación económica negativa se podrán aportar todos los medios de prueba que el empresario estime convenientes pero, en todo caso, se exige aho-

ra una documentación económica estandarizada integrada por las cuentas anuales o las cuentas abreviadas en función de la magnitud de la empresa²⁷. Las cuentas deben presentarse siguiendo la normativa general contenida en el Plan General de contabilidad regulado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y por el Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre, para el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas (con las modificaciones que en ambos lleva a cabo el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas). Cuentas que deberán ser debidamente auditadas en aquellos casos en que la empresa se encuentre legalmente sujeta a dicha obligación de auditoría. En el caso de que la empresa no se encuentre obligada a auditarlas, debe proceder a hacer una declaración sobre dicho extremo en el expediente, lo cual se estimara como suficiente para demostrar que está eximido de di-

²⁷ Según el Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, en su Tercera parte, se indica que las sociedades anónimas, incluidas las laborales, de las sociedades de responsabilidad limitada, incluidas las laborales, de las sociedades en comandita por acciones y de las sociedades cooperativas; las sociedades colectivas y comanditarias simples, cuando a la fecha de cierre del ejercicio todos los socios colectivos sean sociedades españolas o extranjeras (parte tercera.3), podrán utilizar los modelos de las cuentas anuales abreviadas en los siguientes casos: a) Balance, estado de cambios en el patrimonio neto y memoria abreviados: a.1. las sociedades en las que a la fecha de cierre del ejercicio concurren, al menos, dos de las circunstancias siguientes: Que el total de las partidas del activo no supere los dos millones ochocientos cincuenta mil euros. A estos efectos, se entenderá por total activo el total que figura en el modelo del balance. Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los cinco millones setecientos mil euros. Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 50. b) Cuenta de pérdidas y ganancias abreviada: las sociedades en las que a la fecha de cierre del ejercicio concurren, al menos, dos de las circunstancias siguientes: Que el total de las partidas del activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. A estos efectos, se entenderá por total activo el total que figura en el modelo del balance. Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a 250. En ambos casos (a, b) cuando una sociedad, en la fecha de cierre del ejercicio, pase a cumplir dos de las circunstancias antes indicadas o bien cese de cumplirlas, tal situación únicamente producirá efectos en cuanto a lo señalado en este apartado si se repite durante dos ejercicios consecutivos. Asimismo se señala que «2. Las empresas con otra forma societaria no mencionadas en la norma anterior, así como los empresarios individuales, estarán obligados a formular, como mínimo, las cuentas anuales abreviadas» y 3 que «Las sociedades cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado regulado de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, no podrán formular cuentas anuales abreviadas».

cha obligación sin perjuicio de que su veracidad podrá comprobarse posteriormente por la autoridad laboral. Como señalan las explicaciones del borrador del proyecto del actual RD 801/2011, con ello se pretende, de un lado no generar nuevas cargas para las empresas exigiendo en todo caso que las cuentas estén auditadas como soporte probatorio, sino que la obligación de auditarlas venga determinada por lo ya previsto en la legislación mercantil y, de otro lado, aliviar de este modo las cargas en empresas que por dicha legislación están exentas de tener sus cuentas auditadas lo que afecta especialmente a las PYMES como destinatarias mayoritarias de la norma.

Se solventan así las dudas generadas por el reglamento anterior donde se pedía una memoria explicativa de las causas o motivos del despido colectivo en la que se acompañara toda la documentación que a Derecho conviniera y, particularmente cuando la causa aducida por la empresa era de índole económica, se exigía que dicha documentación estuviera «debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de su situación económica, financiera y patrimonial, en los últimos tres años» (RD 43/1996). Referencia genérica a la auditoría que se distanciaba de la legislación mercantil y obligaba a una carga adicional a las PYMES en el procedimiento de regulación de empleo.

Esta realidad la reflejan algunos de los EREs examinados, así, por ejemplo el Exp. 76/2009, de 3 de abril, en el que el informe de la Inspección de Trabajo constata que las cuentas anuales están sin auditar y son provisionales, entendiéndose que por ello carecen de los requisitos exigidos; Exp. 235/09, en el que de nuevo la Inspección de Trabajo detecta la falta de una contabilidad debidamente auditada de los tres últimos ejercicios exigidos legalmente y considera por ello no probadas las causas económicas aunque sea favorable a la extinción por causas productivas).

A estos efectos, conviene señalar que, en la medida en que el nuevo reglamento (RD 801/2011) se aplica a los expedientes de regulación de empleo solicitados a partir del 15 de junio de 2011, la obligación de auditar las cuentas se rige por la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditoría de cuentas (con sus modificaciones ulteriores), salvo para aquéllos expedientes solicitados a partir del 3 de julio de 2011, fecha de entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas (BOE núm. 157 de 2 de julio de 2011).

De conformidad con este Texto refundido, se debe proceder a «verificar dichas cuentas a efectos de dictaminar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» y «en su caso, la verificación de la concordancia del informe de gestión con dichas cuentas»²⁸, es decir, a auditar las cuentas de las entidades cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que emitan valores admitidos a negociación en mercados regulados o sistemas multilaterales de negociación; b) que emitan obligaciones en oferta pública; c) que se dediquen de forma habitual a la intermediación financiera, y, en todo caso, las entidades de crédito, las empresas de servicios de inversión, las sociedades rectoras de los mercados secundarios oficiales, las entidades rectoras de los sistemas de multilaterales de negociación, la Sociedad de Sistemas, las entidades de contrapartida central, la Sociedad de Bolsas, las sociedades gestoras de los fondos de garantía de inversiones y las demás entidades financieras, incluidas las instituciones de inversión colectiva, fondos de titulización y sus gestoras, inscritas en los correspondientes Registros del Banco de España y de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; d) Que tengan por objeto social cualquier actividad sujeta al texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, dentro de los límites que reglamentariamente se establezcan, así como los Fondos de pensiones y sus entidades gestoras; e) que reciban subvenciones, ayudas o realicen obras, prestaciones, servicios o suministren bienes al Estado y demás Organismos Públicos dentro de los límites que reglamentariamente fije el Gobierno por Real Decreto; f) Las demás entidades que superen los límites que reglamentariamente fije el Gobierno por Real Decreto. Dichos límites se referirán, al menos, a la cifra de negocios, al importe total del activo según balance y al número anual medio de empleados, y se aplicarán, todos o cada uno de ellos, según lo permita la respectiva naturaleza jurídica de cada sociedad o entidad (DAdicional 1^a.1 TRLAC). Por el contrario ello no es exigible a «las entidades que formen parte del sector público estatal, autonómico o local, sin perjuicio de lo que disponga la normativa que regula dichas entidades del sector público», pero sí, sin

²⁸ Art.1.3 Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas.

embargo, «a las sociedades mercantiles que formen parte del sector público estatal, autonómico o local» (DA adicional 1ª.2 TRLAC)²⁹.

Sobre dichas bases generales, el art. 6.2 RD 801/2011, concreta del siguiente modo la documentación mínima que ha de presentar el empresario para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, cualquiera que sea la situación económica negativa alegada:

«Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga y, en particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos, memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales a la presentación de la solicitud del expediente, firmadas por los administradores o representantes de la empresa solicitante. En el caso de tratarse de una empresa no sujeta a la obligación de auditoría de las cuentas, se deberá aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de la auditoría».

Si bien estos requisitos de prueba se revelan suficientes para poder acreditar los resultados de la empresa en los supuestos de pérdidas actuales o disminución persistente de beneficios, lo cierto es que cuando la situación económica negativa se basa en pérdidas no actuales, sino «previstas», su acreditación resulta mucho más compleja, en tanto se trata de un hecho futuro incierto. Se vuelve a plantear un problema parecido al que con anterioridad a la reforma se suscitaba en la conexión funcional entre las causas y las medidas extintivas. Del mismo modo, no es posible aquí una prueba en sentido estricto, al sólo poder versar ésta sobre hechos presentes o pasados, sino que tan sólo se podrán aportar por el empresario datos fácticos, hechos pasados o presentes igualmente, de los que deducir mediante pre-

²⁹ Concluye dicha Disposición adicional señalando que «las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras, cuando no tengan que presentar cuentas anuales de su actividad en España, deberán someter a auditoría la información económica financiera que con carácter anual deban hacer pública, y la que con carácter reservado remitan al Banco de España, de conformidad con el marco normativo contable que resulte de aplicación».

sunciones e indicios de hechos aún no producidos. Aunque en otro ámbito, sería extrapolable aquí la declaración de la STS 29-9-2008 de que «no se puede exigir la prueba de un hecho futuro que, en cuanto tal, no susceptible de ser acreditado» y únicamente podrían exigirse «indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conducta decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido» lo que, en relación a las pérdidas previsibles se traduciría en indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda colegir la verosimilitud y credibilidad de dicha previsión, que la previsión devenga fundada o razonable (STSJ Andalucía, Granada, 8 de junio de 2011, JUR 2011\326422), como la disminución persistente de su nivel de ingresos, con lo que la caída de beneficios, si es de una cierta entidad, tiene cabida dentro del mismo, cuando afecten a su viabilidad o a la capacidad de mantener el volumen de empleo de las empresas. Con todo, la nueva redacción no garantiza la plena certidumbre en su interpretación y aplicación por los tribunales. Para empezar, la existencia de pérdidas previstas es una contradicción pues lo que se prevé de futuro no existe actualmente ni por tanto admite demostración. Sólo así es posible mantener la causalidad del despido y la posibilidad de su control colectivo, administrativo y judicial.

Precisamente por el complejo problema de prueba que este tipo de pérdidas supone, el RD 801/2011, en un intento de objetivar este supuesto causal y limitar la incertidumbre propia de todo hecho futuro que envuelve la previsión de pérdidas, establece una serie de elementos de prueba específicos para este supuesto. Así, junto a la exigencia de aportar la documentación general referida para todo tipo de situación económica negativa ya mencionada, el art. 6.2 precisa que el empresario, además:

— Deberá *informar de los criterios* utilizados para su estimación: en realidad más que una prueba plena, de lo que se trata es de una «justificación»³⁰, de conocer los criterios de argumentación para poder controlarlos y, en su caso, rebatirlos.

³⁰ Aunque la mejor doctrina señala que mientras que la acreditación de las causas «se prueba» y la conexión de instrumentalidad se «justifica», esto es, se argumenta (DESDENTADO BONETE A., «La reforma del despido en el RDL 10/2010», cit. p. 95), lo cierto es que tampoco parece que las previsiones de pérdidas se «acrediten» en sentido estricto.

— Asimismo, deberá presentar un *informe técnico sobre el carácter y evolución* de esa previsión de pérdidas basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, de los datos del sector al que pertenece la empresa, de la evolución del mercado y de la posición de la empresa en el mismo o de cualesquiera otros que puedan acreditar esta previsión: se establece así una lista no cerrada, pero la previsión reglamentaria no precisa quién debe realizar ese «informe técnico» lo que en principio podría realizarse por peritos técnicos dentro de la propia empresa o realizarse por un tercero ajeno a la misma, es decir mediante previsión auditada (como en el Exp. 268/09, donde además de las pérdidas pasadas auditadas se audita la previsión de pérdidas).

— E, igualmente, deberá *acreditar el volumen y el carácter permanente o transitorio de las pérdidas* a efectos de justificar la razonabilidad de la decisión extintiva: aunque ello refiere a una acreditación referida a la conexión de instrumentalidad que se analizará después, lo cierto es que resulta significativo el cambio experimentado en el tenor literal del proyecto de reglamento respecto al finalmente aprobado. Así, mientras que en el borrador de proyecto se preveía que «igualmente, deberá acreditar que las pérdidas previstas no tengan un carácter meramente coyuntural y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva», en la redacción final se omite la referencia al requisito de la «estructuralidad» o «permanencia» de las pérdidas previstas, probablemente para eludir posibles aunque dudosas tachas de excesos ultra vires respecto a la norma legal desarrollada que silencia toda cualificación de las mismas³¹.

³¹ Como ha señalado la doctrina (GUTIÉRREZ SOLAR CALVO B., «Las causas del despido por razones empresariales», cit., p. 178), el artículo 6 del borrador de reglamento cuando establece que el empresario deberá acreditar que las pérdidas previstas «no tengan un carácter meramente coyuntural», fija un requisito original no previsto en la Ley, con la duda de si produce un resultado *ultra vires*. La lógica de la regulación del reglamento parece ser la de contener, mediante la exigencia de importantes esfuerzos justificativos por parte del empresario, el subjetivismo al que podría dar lugar la misión por la regulación legal del despido preventivo por razones empresariales, esto es principalmente a que el justificado por pérdidas previsibles. Por ello considera que la dialéctica entre coyuntural de estructural no entra en confrontación directa con el binomio legal de pérdida actual o previsible ni con cada uno de los conceptos pérdidas actuales o pérdidas previsibles por separado y entiende que sólo una interpretación absolutamente rigurosa del vicio formal del *ultra vires* permitiría considerar incorrecta la regulación prevista en el borrador del proyecto reglamento.

— En este sentido, aunque no se predetermine el resultado, lo cierto es que con anterioridad a la reforma de 2010 la coyunturalidad daba lugar a autorización de EREs pero suspensivos, no extintivos, por causa económica: Exp. 455/2009, de 27 de enero; o de reducción de jornada: Exp. 177/2009, de 15 de junio, en el que el recorte del crédito de bancos lleva a la empresa a considerar que las medidas son necesarias para la superación de una situación que entiende coyuntural; o en el que se combinan suspensiones y reducción de jornada: Exp. 287/2009, de 6 de agosto, para superar la situación coyuntural de la empresa que viene motivada, según la empresa, por un descenso los pedidos y de las ventas lo que supone un descenso de la actividad empresarial y las consiguientes pérdidas económicas. Sorprendente, no obstante, el Exp. 243/2010 de 6 de octubre, en el que, a pesar de ser posterior a la reforma 2010, la Inspección de Trabajo manifiesta sus dudas de que concorra siquiera la causa suspensiva por no acreditar la empresa el carácter coyuntural de la situación «requisito necesario para proceder a la suspensión, aunque finalmente asevera que lo infiere de la situación general del sector empresarial. En parecido sentido el Exp. 315/2010, 20 diciembre 2010, también suspensivo y posterior a la reforma, tras la finalización de una gran obra alega la imposibilidad de conseguir nuevos proyectos, el alto nivel de morosidad de los clientes y la falta de financiación externa como generadores de una constante disminución de los resultados de la empresa, traduciéndose en unas pérdidas por importe de 291.000 euros a 30 septiembre de 2010 y razonando que con el actual ERE se adapta la plantilla a la carga real de trabajo existente, evitando pérdidas en el próximo año (la empresa prevé un ahorro de costes con la duración de la suspensión de 285.000 euros) en espera de relanzar la actividad de 2010, mejorando la situación económica y productiva. Sin embargo, el Informe de la Inspección señala: «la empresa no logra demostrar fehacientemente el carácter coyuntural de la situación, ni de qué forma la medida propuesta podría contribuir a superar la situación de dificultad en la que se encuentra, requisito necesario para proceder a la autorización de suspensión, si bien puede enmarcarse dentro de la actual situación de crisis económica y la incertidumbre con respecto al plazo de recuperación de la misma».

En cualquier caso, ninguna previsión ni desarrollo se contiene en el RD 801/2011, de otro de los elementos a los que la Ley vincula la concurrencia de la situación económica negativa: que las pérdidas

o disminución de beneficios, puedan afectar a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. Pese a ello, no cabe duda de que corresponderá al empresario acreditar o al menos justificar esa afectación entre las pérdidas o disminución de beneficios y los elementos legalmente previstos.

Para finalizar, señalar que cuando las medidas extintivas se lleven a cabo por una empresa perteneciente a un grupo de empresas, se contemplan igualmente normas específicas que, como las anteriormente previstas, procuran no crear cargas adicionales para los empresarios y persiguen tan sólo coincidir con las generales previstas por la legislación mercantil y contable. De este modo, se diferenciará la documentación a aportar según se trate de empresas pertenecientes a grupos de empresas con obligación de formular cuentas consolidadas³², estando en tal caso obligada a hacerlo la sociedad dominante partiendo de las cuentas individuales de las sociedades que forman el grupo (eliminando los saldos y operaciones entre las compañías que lo integran), y las que no estén sometidas a dicha obligación, sometándose la obligación de auditarlas también a la normativa general mercantil.

De este modo, el art. 6.4 prevé que «Cuando la empresa solicitante forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas

³² A decir del art. 42 del Código de Comercio, en redacción dada por Ley 16/2007, de 4 de julio, «Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados» en la forma prevista en dicho código. Este precepto define cuando existe grupo (cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras) y presume la existencia de dicho control cuando una sociedad, dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, dependiente, en alguna de las situaciones que enumera expresamente. En todo caso, se establece que «la obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico» y que «la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá incluir en ellas, a las sociedades integrantes del grupo en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, así como a cualquier empresa dominada por éstas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social», además de regularse los órganos y procedimientos de formulación de las cuentas anuales consolidadas.

a realizar auditorías, durante el período señalado en el apartado 2, siempre que en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo». Pero cuando no exista dicha obligación «además de la documentación económica de la empresa solicitante a que se ha hecho referencia, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante».

De lo que se trata es de permitir a la autoridad laboral disponer de una información fidedigna de la situación de la empresa en los supuestos de grupo para contrastar el estado patrimonial y contable de la misma en relación con el resto de empresas, es decir, obtener la información suficiente para valorar debidamente la realidad económica del conjunto de las empresas a los efectos que se pretenden y que no son otros sino los de comprobar si existe una situación económica negativa y conocer una serie de circunstancias que son las que pueden revelar en su caso el grado de vinculación de la empresa solicitante con el resto de las empresas del grupo a los efectos de la correcta y proporcionada aplicación de las medidas que solicitan. El reglamento no exige la presentación de las cuentas consolidadas, ni la documentación económica de la empresa solicitante y de las demás empresas del grupo, cuando no exista legalmente la obligación de formularlas. Resulta relevante en este sentido la dicción del art. 6.4 que tan sólo preceptúa la necesidad de acompañar las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo —debidamente auditadas o no según que las empresas estén obligadas o no a realizar auditorías³³— durante el período de dos ejercicios, «únicamente» cuando en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y cuando existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo. Asimismo, en los supuestos en que no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, la obligación de acompañar las cuentas de las demás

³³ Un ejemplo de informe de auditoría independiente del grupo con anterioridad a la reforma en el Exp. 307/2009, de 7 de agosto.

empresas del grupo se vincula exclusivamente al supuesto de que las distintas empresas tengan su domicilio social en España, desarrollen la misma actividad que la empresa solicitante o pertenezcan a su mismo sector de actividad y tengan saldo deudor o acreedor con la empresa solicitante.

II.3.3. «Justificar» la «razonabilidad» de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado

Junto a la acreditación de la situación económica negativa alegada, el precepto exige al empresario «justificar» que de los resultados de la empresa «se deduce la *razonabilidad* de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado».

Se han de justificar, así pues, las extinciones. En tal justificación hay un doble momento. De un lado, se ha de justificar la finalidad de la medida extintiva. De otro, la conexión funcional entre la crisis y los despidos.

Antes de la reforma las medidas extintivas se justificaban cuando con ellas se contribuía a «superar una situación económica negativa de la empresa». Exigencia legal criticada por la doctrina e interpretada por el Tribunal Supremo, en tanto no todas las situaciones negativas pueden llegar a «superarse», porque pueden ser terminales y acabar con el cierre de la empresa y porque, además, exigir la prueba de la «superación» de la crisis gracias a las medidas extintivas adoptadas, en realidad imponía al empresario la carga de demostrar un hecho futuro que, por tal naturaleza, resultaba imposible de acreditación, mediante una prueba plena, siendo tan sólo posible exigir si acaso una justificación razonable de su contribución a dicha finalidad (superación de la crisis)³⁴.

Siguiendo la estela de la STS 24-4-1996, RJ 5297, que ya señalaba que a la hora de demostrar la finalidad que cumple la medida extintiva la ley no exige que deba demostrarse de modo pleno e indubitado que la misma lleva consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis siendo suficiente con que contribuya a ello, entendido como «ayudar o concurrir con otros al logro de algún fin»,

³⁴ DESDENTADO BONETE A., «La reforma del despido en el RDL 10/2010», cit., p. 95.

la STS 29-9-2008, RJ 5536, clarifica y reconduce las dificultades a las que abocaba el art. 51.1 ET en su redacción anterior estableciendo diferentes precisiones en relación con la finalidad de la medida extintiva y de la conexión entre la situación y la misma.

En relación con la finalidad de la medida extintiva la Sentencia pone de manifiesto que el concepto de superación de una determinada situación negativa a través del despido surge de un error al que induce la nada acertada expresión legal: «superación de situaciones económicas negativas». Para el TS, sin embargo, de lo que se trata es de adoptar medidas de ajuste (terminación de la actividad, reducción de la plantilla, etc.) que se correspondan con las necesidades económicas de la empresa, que contribuyan a la superación de la crisis.

Por lo que se refiere a la conexión funcional entre el despido y el objetivo de hacer frente a la situación económica negativa, el TS declara que no existe una conexión automática entre el nivel de pérdidas y el número de despidos. No puede haber una presunción, desplazando al trabajador despedido la carga de acreditar los hechos de los que pueda derivarse la falta de conexión entre el despido y el objetivo de éste. Pero tampoco se le puede exigir a la empresa que pruebe un hecho futuro y, en cuanto tal, imposible de acreditar: las consecuencias que el despido pueda tener sobre la situación económica negativa de la empresa. Para la sentencia lo que se debe exigir a la empresa son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida del despido.

En teoría, como vemos, esta exigencia debiera contemplarse con detenimiento en las solicitudes de EREs. Sin embargo, y a diferencia de la argumentación empresarial en torno a la existencia de causas justificativas de la extinción, puede afirmarse que la tónica general en la muestra examinada es la de que la demostración de una situación económica negativa lleva consigo de modo automático la autorización del despido colectivo. A lo sumo, en algunos supuestos se alude a la finalidad de la medida extintiva y, excepcionalmente, a la conexión entre la crisis y los concretos despidos propuestos, pero de modo excesivamente genérico a modo, simplemente, de una reproducción de frases extraídas de la jurisprudencia, como si de fórmulas mágicas se tratase, a fin de cumplir con los requisitos generales.

Se constata, así pues y como máximo argumentativo, una reiterada cláusula de estilo relativa a que las extinciones propuestas son necesarias para la superación de la crisis alegada, pero sin un ejercicio posterior de razonamiento en torno a la conexión funcional ni a la proporcionalidad de la medida³⁵. Sólo en alguna ocasión se aprecia una advertencia en este sentido, pero por parte de la Inspección de Trabajo, como en el Exp. 216/10, de 28 de octubre, la IT considera existentes las causas económicas y productivas alegadas «así como *mínimamente razonable*» el número de extinciones solicitadas salvo en relación con un centro de trabajo (centro de acogida de Getafe) al constatar que hay vacantes ofertadas.

Frente a la regulación anterior, el RDL 10/2010 y la Ley 35/2010 optan por recoger la idea ya jurisprudencialmente plasmada, en torno a un criterio mucho más flexible, en el que lo que se exige al empresario es la justificación de que de los resultados negativos de la empresa se deduce la «razonabilidad» de la adopción de la medida extintiva *para* preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

Frente al RDL, que se limitaba a exigir que la empresa justificara que de los resultados negativos de la empresa se dedujera «mínima-

³⁵ De los expedientes examinados, valga mencionar, el Exp. Extintivo 426/2009, de 30 de noviembre, por situación casi de insolvencia, problemas de tesorería que impiden el pago de salarios un mes, necesidad de reducir los costes fijos «para garantizar la viabilidad futura de la empresa» señalando que la finalidad de la medida extintiva es la de «reducir gastos y adaptar la estructura orgánica al escaso volumen de trabajo de la empresa»; el Exp. 444/2009, 30 diciembre 2009, donde se alega que la «reducción de empleo adoptada forma parte de un plan o proyecto de recuperar el equilibrio — La reducción de empleo adoptada forma parte de un plan o proyecto de recuperar el equilibrio de la empresa» en el que «la medida propuesta forma parte de un conjunto de medidas dirigidas a restablecer el equilibrio económico de la empresa solicitante por lo que se considera la causa económica adecuada ya que la reducción se «concibe como medida para mantener la viabilidad empresarial, siendo una medida que permitirá la reducción de la carga de gastos sociales fijos de la estructura empresarial y al tiempo el mantenimiento de las relaciones laborales de los afectados, a la espera de que la economía en general y nuestro sector en particular se recupere y nos permita volver a un nivel de pedidos y facturación similar al que teníamos o, al menos, superior al actual»; o el Exp. suspensivo 437/2009 en el que se alega también que la finalidad de la medida es la «reducción gastos de personal permitiendo el mantenimiento de la totalidad de la plantilla, asegurando la viabilidad futura de la empresa» considerando la DGT acreditada la causa por tratarse de una situación coyuntural y la medida propuesta proporcionada y adecuada para remontar la situación.

mente» la razonabilidad extintiva³⁶, sin más, la Ley 35/2010, vuelve a introducir la exigencia de que se justifique la finalidad y función de la medida extintiva, aunque ahora lo haga de un modo mucho más flexible que el exigido anteriormente en tanto ya no se habla de «superar» la situación económica negativa, sino de razonabilidad para «preservar» o «favorecer» la posición competitiva de la empresa en el mercado. Flexibilidad que, no obstante, y como ha destacado la doctrina, de nuevo no tiene en cuenta que en las crisis terminales no es posible justificar la decisión extintiva ni para una cosa ni para otra.

La justificación de la finalidad u objetivos de la medida extintiva en la nueva regulación conecta con la significativa desaparición de la referencia del art. 52.c) ET a la «necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo». Como magníficamente resume la mejor doctrina, la amortización se refería a la eliminación del puesto (considerado orgánicamente pero no en relación con las funciones, que podrían seguir desarrollándose por otros trabajadores o por el propio empresario: SSTS 29-5-2001 y 15-10-2003) y con dicha exigencia lo que se venía a recoger legalmente es que «la actualización de la causa legal produce el efecto útil la necesidad de amortizar puestos de trabajo». La referencia que dicha necesidad fuera «objetivamente acreditada» planteó un debate clave entre «necesidad y conveniencia» a la hora de la justificación de los despidos reflejado en la STS 31 de mayo de 2006, RJ 3971 en el caso Caballero Comercial, entre la resolución mayoritaria y la posición del voto particular. Mientras que la decisión mayoritaria declara que una mejora para la eficiencia en el uso de los medios o recursos de la organización empresarial justifica el despido (en un supuesto de una empresa que recurre a descentralización productiva despidiendo a los trabajadores que ocupaban la gestión directa para mejorar sus canales de distribución y ahorrar costes), el voto particular mantiene que para que el despido sea declarado procedente tiene que concurrir una «necesidad objetivamente acreditada» de amortizar puestos de trabajo y entiende que la palabra «necesidad» no puede desligarse de la medida adoptada de modo que la exigencia legal resulta algo «totalmente contrapuesto a la conveniencia organiza-

³⁶ «Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva».

tiva o de producción de la empresa» por lo que no vale cualquier dificultad empresarial, sino que las dificultades deben ser cualificadas. Se trata en definitiva del debate entre en «viabilidad mejorable» juego «viabilidad amenazada»³⁷. La eliminación de la referencia a la «necesidad de amortización», por ello, y aunque con mayor incidencia en el resto de causas, debe ahora enlazarse con la justificación finalista de los despidos, en tanto se alude con la reforma 2010 a «preservar» o «mejorar» la situación competitiva de la empresa, acogiendo así el criterio de la viabilidad mejorable.

En cualquier caso, al igual que antes de la reforma, las nuevas finalidades recogidas por la Ley 35/2010 siguen aludiendo a hechos futuros, en tanto no es seguro que mediante las extinciones finalmente se preserve o favorezca en efecto la posición de la empresa. En la medida en que el art 51 ET constituye la medida más grave para la estabilidad en el empleo del trabajador, resulta lógica y coherente la exigencia de que la finalidad de las extinciones sea la de «preservar» la posición competitiva de la empresa. La adición de que esa finalidad, aún más laxa, pueda ser igualmente la de «favorecer» dicha posición, sólo se entiende desde el momento en que también se han flexibilizado las causas incluyéndose dentro de las situaciones económicas negativas, las pérdidas previstas y la disminución progresiva de beneficios.

Pero, debe insistirse, a pesar de que no están haciendo mucho hincapié las sentencias dictadas hasta el momento por los Tribunales Superiores de Justicia, no basta con acreditar los resultados, ni la finalidad de las medidas extintivas de mejorar o preservar la situación de la empresa en el mercado, sino que debe justificarse igualmente, como se dijo, que la situación que atraviesa la empresa pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad para mantener el volumen de empleo; todo ello acreditado será posible justificar el despido colectivo³⁸.

Junto a las finalidades, el precepto establece también un modo flexible de acreditar la conexión entre la finalidad que debe cumplir la medida extintiva (preservar o favorecer la posición de la empresa en el mercado) y el despido, o «conexión de funcionalidad» median-

³⁷ DESDENTADO BONETE A., «La reforma del despido en el RDL 10/2010», cit., pp. 90-92.

³⁸ DESDENTADO BONETE A., «La reforma del despido en el RDL 10/2010», cit., p. 92.

te la referencia a la «deducción» de la «razonabilidad» de la medida, en el sentido, de que el control judicial o administrativo externo se limite a comprobar que las medidas son razonables en términos de gestión empresarial, atendiendo a las reglas de la experiencia conocidas en la vida económica³⁹, es decir, comprobar si se ajustan al estándar de conducta del buen comerciante y no constituyen un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial (STS 30-9-98, RJ 7586, STS 8-7-11, 6270). Conexión entre las extinciones de contratos y superación de la crisis en términos de «adecuada razonabilidad», que ya consideraron como adecuado parámetro de control las SSTS 29-9-08 y 27-4-10, RJ 986, con anterioridad a la reforma 2010. Lo que no queda claro es si la razonabilidad debe ser económica o jurídica (lo que puede tener consecuencias como se infiere técnicamente de la STC 214/99).

A pesar de que la doctrina considera que la supresión de la expresión «mínima» de la exigencia de razonabilidad, contenida en el RDL 10/2010, llevada a cabo por la Ley 35/2010 no debiera tener influencia aplicativa por tratarse de un recurso o advertencia teórica para impedir desviaciones rigoristas en las interpretaciones judiciales⁴⁰, lo cierto es que la doctrina judicial que ha tenido ocasión de pronunciarse ya insiste en que la supresión del término no es baladí, sino que hace pensar en la opción legal por una mayor exigencia justificativa de la empleadora (STSJ Andalucía, Granada, 8-6-2011, JUR 2011\326422).

Con la reforma de los arts. 52.c y 51.1 de la Ley 35/2010, según la doctrina judicial que ha tenido ocasión de aplicarla⁴¹, se exige que se justifique que de los resultados negativos se deduce la razonabilidad del despido para favorecer la posición competitiva de la empresa. El texto legal exige interrelacionar tres factores: 1) los resultados negativos de la empresa, 2) el despido del trabajador, y 3) la preservación o favorecimiento de la posición competitiva de la empresa⁴².

³⁹ MARTÍN JIMÉNEZ R, Alzaga Ruiz I., «Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo», cit.

⁴⁰ DESDENTADO BONETE A., «La reforma del despido en el RDL 10/2010», p. 96.

⁴¹ STSJ Aragón 20-7-2011, JUR 2011\308130.

⁴² La importancia de que, como premisa principal, queden probadas las causas pues sólo de ese modo se puede proceder posteriormente a ver la finalidad de las medidas extintivas y su adecuación, se pone de manifiesto en el informe de la Inspección de Trabajo del Exp. 321/2010, de 20 Diciembre 2010, donde se hace constar que en relación a la causa económica se aporta una «información empresarial muy

Y el orden lógico es el mismo que con anterioridad a la reforma: «como quiera que existe una situación económica negativa de la empresa (patentizada por sus pérdidas, disminución de ingresos o de cualquier otro modo), la cual se ha probado por el empresario, éste debe justificar que de esta situación se deduce que el despido del trabajador razonablemente va a contribuir a mantener o favorecer la competitividad de la empresa».

De este modo, se debe, de un lado, justificar la razonabilidad de la decisión extintiva (lo que es diverso que acreditar los resultados negativos), lo que supone admitir tanto las acreditaciones que puedan realizarse mediante cualquier medio de prueba, como llevar a convicción del juez sobre una determinada realidad utilizando argumentos. Su alcance, como dijimos, debe ponerse en relación con la exigencia de preservar (proteger, resguardar anticipadamente, según el Diccionario de la RAE) o favorecer (ayudar o mejorar) la posición competitiva de la empresa en el mercado (posición que no debe examinarse genéricamente, sino en relación con la competencia, con el mercado relevante⁴³ para la misma), requisito antes examinado.

Dentro de los Expedientes posteriores a la reforma 2010 cabe destacar por contener alguna alusión a otros requisitos más allá de la mera concurrencia de la causa, el Exp. 319/2010, de 23 de noviembre 2010. La empresa alegaba «las necesidades empresariales de ajuste de su capacidad a los requerimientos del propio mercado, sin pérdida de competitividad para evitar que la empresa pueda ver amenazada su viabilidad» y que la finalidad de la medida es contribuir a «superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento empresarial, favoreciendo su posición competitiva en el mercado y adaptándose a las exigencias de la demanda» para lo que se implantan medidas «tanto laborales, como económicas y organizativas con

pobre, lo que dificulta determinar el alcance de las medidas solicitadas en relación con la situación actual, y por tanto apreciar la proporcionalidad y la adecuación del número de despidos propuestos a las causas alegadas o la viabilidad del proyecto resultante». En particular, según la Inspección, la situación alegada por la empresa se incluye dentro de las «pérdidas actuales o previstas o la disminución persistente de su nivel de ingresos» a que se refiere la causa económica, pero «no se justifica que de tales resultados se deduzca la razonabilidad de la concreta decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado».

⁴³ Para un examen de los requisitos materiales, temporales y espaciales de la relevancia del mercado, puede verse, NOGUEIRA GUASTAVINO M., *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Aranzadi (Pamplona), 1997.

el objeto de buscar soluciones al problema económico-financiero del grupo, adaptando su estructura económica a la realidad del mercado y así poder intentar la viabilidad de la empresa y del empleo resultante» (presenta plan de viabilidad). Ante ello la DGT señala que la causa alegada pone de manifiesto «la coherencia entre la medida negociada y la mejora de la posición mercantil en el mercado, asegurando la viabilidad del proyecto empresarial» (cláusula de estilo utilizada por la autoridad laboral en las resoluciones favorables). O el Exp. 235/10, de 3 de noviembre, de crisis empresarial por la competencia de compañías de vuelo *low cost*, donde se insiste en la Memoria en los últimos acontecimientos de la compañía, entre ellos la pérdida de confianza por un accidente en Barajas y la urgencia del ERE extintivo en tanto «peligra su viabilidad empresarial». La selección de los trabajadores mediante criterios de voluntariedad como preferentes, se considera criterio de adecuación.

II.3.4. El incremento de los EREs por causas económicas tras la reforma 2010

El incremento en 2011 de los EREs por causas estrictamente económicas (aunque en muchas ocasiones siempre unidos a otras causas alegadas por las empresas solicitantes) se ha dejado sentir en la práctica, si bien todavía es pronto para determinar si el efecto es debido a la flexibilización que para estas causas ofrece la reforma 2010 o por simple impacto creciente de la situación económica general que lo único que ha provocado, frente a los augurios de crecimiento de 2010, es que muchos EREs suspensivos terminen en extintivos y que lo que antes no eran pérdidas efectivas, ahora ya lo sean y no haga falta acudir a las pérdidas previstas, ni disminuciones de beneficios.

Convendrá examinar en un futuro los EREs 2011 para cotejar su fundamento. De momento, a partir de las fichas estadísticas del MTIN (EREs autorizados) puede advertirse dicho crecimiento, máxime teniendo en cuenta la no segregación de las causas productivas y organizativas que pudieran llevar a una errónea percepción de la relevancia de la causalidad económica (Figura I). Pese al incremento de EREs extintivos por causas económicas en el 2011, se aprecia una tendencia de disminución de la cantidad de trabajadores afectados por estos EREs (Figura II).

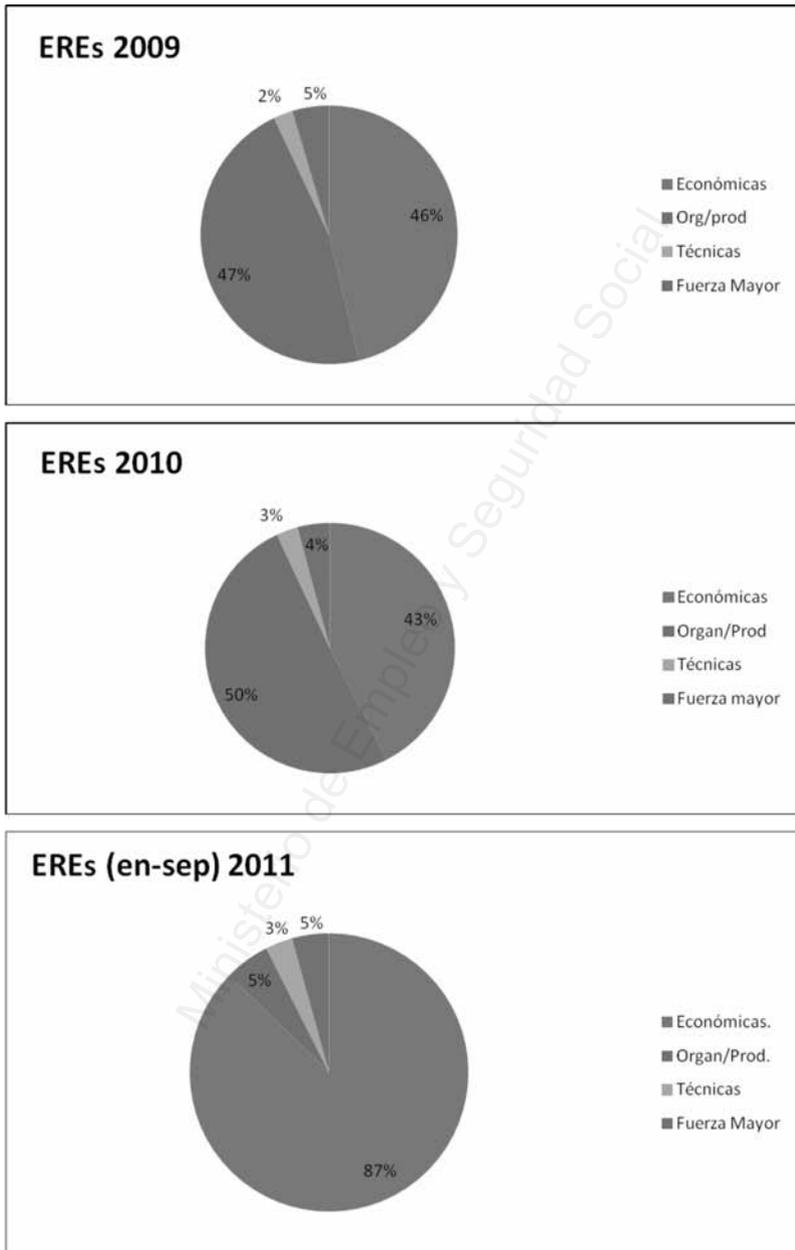


Figura I

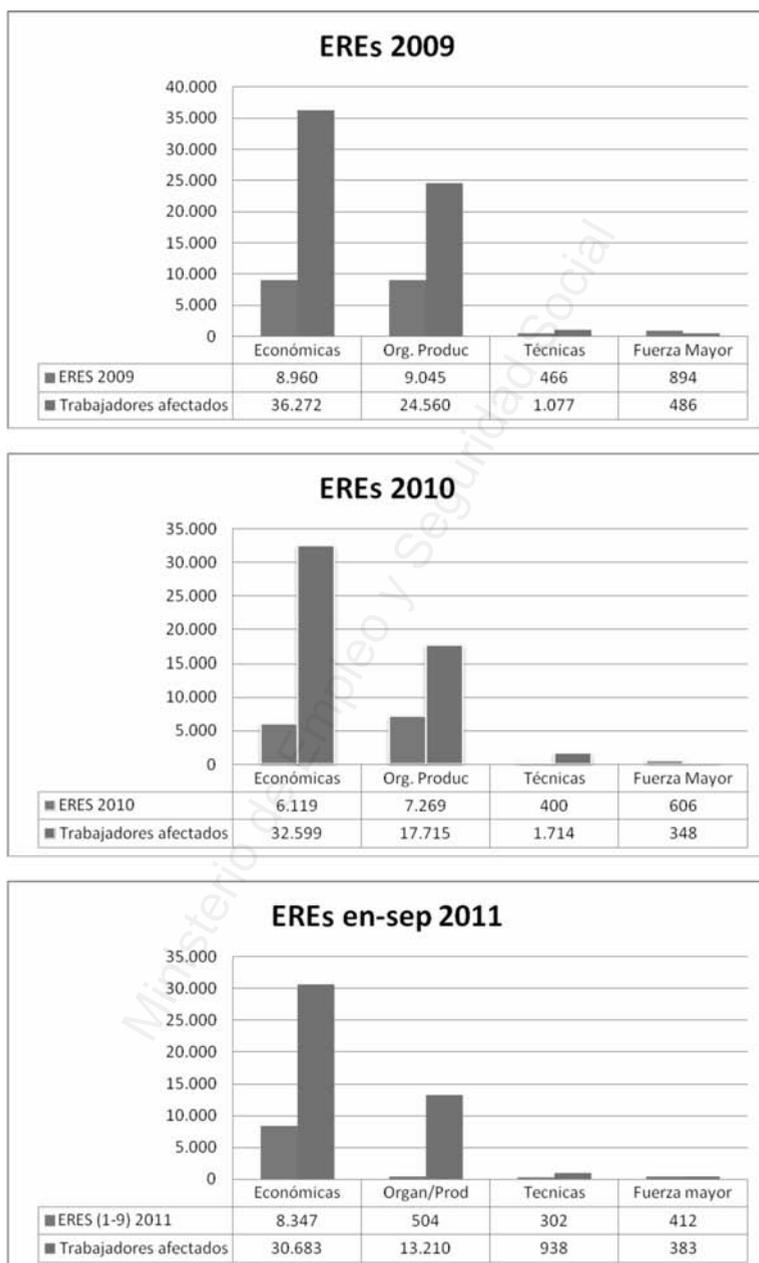


Figura II

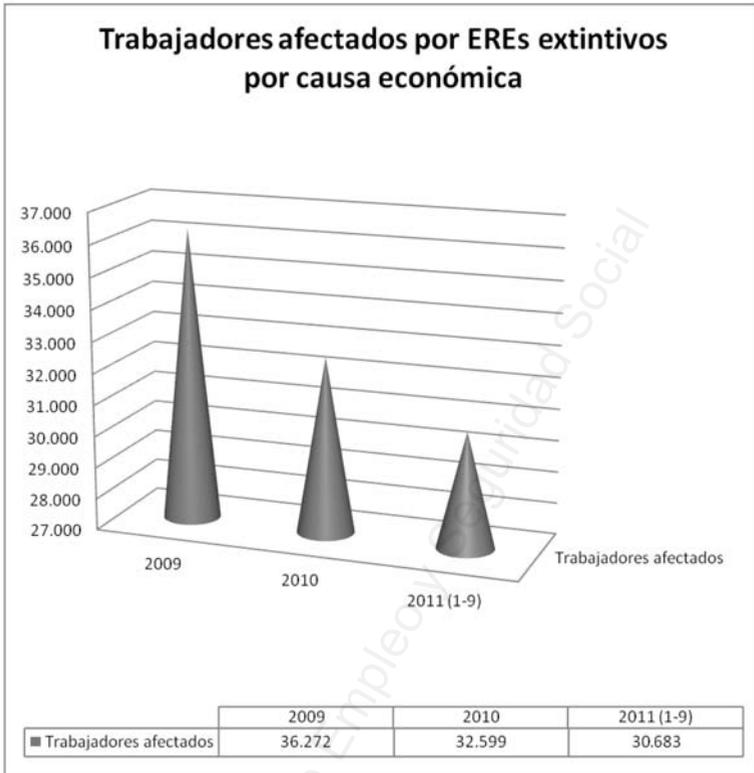


Figura III

II.4. LAS «OTRAS» CAUSAS: TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS Y PRODUCTIVAS

II.4.1. Escenario tras las reformas de 2010

El art. 52.c) vigente hasta la reforma de 2010 disponía que el contrato podría extinguirse:

«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 supe-

ración 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).

Las cuestiones abordadas por el TS sobre este precepto se habían concretado en la exigencia de la «necesidad objetivamente acreditada» de amortizar puestos de trabajo, de aplicación común a todos los supuestos, la delimitación del número de trabajadores y de los criterios para su cómputo (si centro de trabajo, empresa o grupo) la delimitación de la «finalidad» de contribuir a «superar» «las dificultades» que impiden el funcionamiento de la empresa en los despidos objetivos por causas distintas a la económica en sentido estricto y la especificación conjunta de que en todos estos casos (técnicos, organizativos o de producción) las dificultades que habían de superarse tuvieran su origen en la posición competitiva de la empresa en el mercado o por exigencias de la demanda⁴⁴.

Tras la reforma 2010, teniendo en cuenta las supresiones con tachado y las adiciones con cursiva, el precepto queda como sigue:

«cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo concorra 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».

Como se comprueba, el art. 52.c) se remite a las causas del 51.1, uniformándose las mismas, como ya se dijo al hilo de las causas económicas, y se suprime la referencia a la acreditación objetiva de la necesidad de amortización o, en otras palabras, a la «necesidad objetivamente acreditada» de la amortización de los puestos de trabajo.

⁴⁴ SALINAS MOLINA F., «La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: la reformulación de las causas de la extinción del contrato», en AAVV, *Las reformas Laborales de 2010*, <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencias/any-2011-2/>, p. 30.

Por su parte, antes de la reforma en el despido colectivo en el art. 51 ET simplemente se enumeraban las causas (técnicas, organizativas o de producción) y se entendía que concurrían cuando contribuyeran:

«a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos»

Del mismo modo, sobre la base de que la cursiva es la novedad y lo tachado lo actuado por la Ley 35/2010 (que respecto al RDL 10/2010 tan sólo se limita a suprimir la razonabilidad mínima de la medida extintiva y mejorar la redacción ya dada por éste), la reforma 2010 se detiene a ejemplificar cuándo concurren cada una de las causas (en línea con lo que ya había afirmado la STS 14 de junio de 1996):

«Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir ~~a mejorar la situación de la empresa~~ o a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda»

En la nueva regulación se ha optado por diferenciar en párrafos separados las causas económicas, ya analizadas, del resto de las que permiten la extinción colectiva de los contratos. El nuevo párrafo, frente al mero elenco de causas propio de la situación anterior a la reforma, intenta «definir» o, con mayor propiedad, acotar con trazo más firme el contenido del elemento causal acogiendo los criterios manejados jurisprudencialmente (sobre todo en las SSTS Social de 14 de junio de 1996, 5 de abril de 2000 y 6 de abril de 2000) a fin de procurar una mayor certeza jurídica. Pese a dicha buena intención, coherente con los propósitos anunciados en la Exposición de Motivos del RDL y de la Ley 35/2010, lo cierto es que en puridad no se

trata de una «definición», sino de una mera ejemplificación mediante la cual el legislador permite cierta flexibilidad a la hora de subsumir un supuesto de hecho en una u otra causa, lo que parece en cierta medida adecuado habida cuenta de la dificultad de concretar los numerosos supuestos susceptibles de incardinarse en cada una de ellas, al poder tener motivaciones distintas y contenidos variados. Sólo así se interpreta con propiedad que el legislador, en todas ellas, haya apostillado que los «cambios»—que necesariamente han de producir para que concurra cualquiera de estas causas— serán «entre otros» en un determinado ámbito.

II.4.2. La definición de las causas y su acreditación práctica en los EREs consultados

De este modo en su redacción actual con la reforma de 2010, el art. 51.1 junto a las causas económicas, prevé que:

— «Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción;

— causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal

— y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado».

En todos los supuestos se hace referencia a la necesidad de un «cambio» que ha de realizar el empresario. Dicho cambio habrá de ser anterior a las extinciones pretendidas. Los cambios, de carácter ejemplificativo en todos estos supuestos, refieren a cambios «inter-nos» llevados en la empresa o centro de trabajo, cuando se trata de causas técnicas y organizativas mientras que, por el contrario, en las productivas, dichos cambios vienen producidos por circunstancias exógenas o externas a la empresa⁴⁵ pero obligan, igualmente, a adoptar decisiones extintivas en el seno de la empresa. En cualquier

⁴⁵ SALINAS MOLINA F., «La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: la reformulación de las causas de la extinción del contrato», op. cit., p. 34; MOLINS GARCÍA ATANCE J., «Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del despido objetivo y colectivo», AS, núm. 1/2011, p. 17.

caso, el elemento fáctico determinante del supuesto de hecho es que se hayan llevado a cabo «cambios» en alguno de estos ámbitos⁴⁶. Veamos de momento cada una de estas causas y su proyección en los EREs examinados.

II.4.2.1. *Las causas técnicas*

Las causas técnicas suponen «cambios» reales y efectivos en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, es decir, una inversión en la renovación de los bienes de capital utilizados por la empresa⁴⁷, por vejez o inutilidad, o la incorporación de avances tecnológicos para mejorar la competitividad de la empresa y cuya introducción lleva consigo por lo general la reestructuración o reordenación de la plantilla o de sus funciones.

De la muestra de expedientes de regulación de empleo examinada puede afirmarse la escasa relevancia extintiva de las causas técnicas a pesar de que en algunos casos se aleguen por la empresa a modo de «adición» fatua y carente de todo contenido junto a otras causas más consistentes. Ello se aprecia, curiosamente, tanto antes de la reforma 2010 como posteriormente a ésta, lo que llama la atención teniendo en cuenta la incorporación expresa por el legislador de algunos criterios ejemplificativos claramente indicativos del ámbito de afectación causal al que refiere la norma legal, lo que antes no ocurría.

Un ejemplo de lo afirmado se puede ver en supuestos en los que las empresas alegan «todas» las causas legales a modo de *totum revolutum*, entre ellas las técnicas, inexistentes sin embargo en la argumentación contenida en la Memoria empresarial.

Por ejemplo, en el Exp. 162/2009, de 3 de agosto, suspensivo y extintivo donde se alegan las cuatro causas legalmente previstas pero en el que al final la argumentación empresarial se condensa en la necesidad de «poner en marcha esquemas organizativos diferentes a los existentes con los que se busca mantener el empleo»; o el Exp.

⁴⁶ ALARCÓN CARACUEL M., «Las reformas relativas a la extinción del contrato de trabajo», Actum Social, Ed. Francis Lefebvre, núm. 47/2010, p. 20-26.

⁴⁷ BLASCO PELLICER A., «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en el RDL 10/2010», en *La reforma laboral en el Real Decreto 10/2010*, Tirant Lo Blanch (Valencia), 2010, p. 54.

191/2009, de 29 de julio, extintivo y suspensivo, en el que, de nuevo tras alegar en el escrito inicial todas las causas, la empresa concreta después en la memoria el elemento causal en una fuerte caída de la demanda, de más de un 30% en 2009, pérdidas económicas con un déficit de tesorería en torno a 4 millones de euros, reducción del crédito concedido por las entidades financieras, incremento del coste de energía eléctrica y del fuel y gas natural y competencia de países emergentes y dependencia de determinadas materias primas, sin rastro alguno de causas técnicas en sentido estricto; o en el Exp. 290/2009, de 4 de julio de 2009, donde, de nuevo, tras la alegación de todas las causas posibles, la ausencia de cualquier causa técnica, lleva a que los representantes de los trabajadores alcancen un acuerdo, limitado exclusivamente a admitir, con mayor técnica jurídica, la concurrencia de las causas económicas, organizativas y productivas aducidas por la empresa.

Al mismo resultado conducen algunos EREs presentados empresarialmente aduciendo todas las causas legales no económicas (es decir, organizativas, técnicas y productivas) y en los que, en puridad, las técnicas tampoco concurren ni asoman por ningún lado: valga el Exp. 38/2009, de 26 de febrero, presentado bajo la denominación de expediente basado en causas técnicas, organizativas o de producción y en que el ante la ausencia de toda causa técnica, la resolución de la autoridad laboral, con acierto, reconoce exclusivamente la productiva al argumentarse exclusivamente dificultades de mercado, exceso de capacidad productiva y sobredimensión consiguiente de la plantilla; o el Exp. 316/2009, de 9 de octubre de 2009, donde se alegan técnicas, organizativas y productivas y luego, sin embargo, la argumentación de la Memoria insiste en que la causa de la solicitud es «caída de la facturación en un 55% entre 2008-2009» pérdidas de pedidos y aumento de impagados, pero sin referencia alguna a causa técnica alguna; o el Exp. 417/2009, de 30 de noviembre 2009, en el que los argumentos esgrimidos son la crisis económica mundial que ha contraído la demanda privada en España provocando que los principales operadores hayan mostrado una caída en sus ingresos nunca antes vista, la caída significativa de ventas y de inversiones y pérdidas antes de impuestos de 12,1 millones de euros en 2009 y una tendencia en 2010 a una disminución adicional de la cifra de negocios, señalando que se han adoptado diversas medidas consistentes en la concentración de empleados en el menor número de centros de trabajo, contención de gastos de viaje de negocios mediante la

utilización de medios de comunicación, una reducción drástica de la subcontratación, de los servicios de marketing, consultoría y comunicación, de gastos de seguro, de costes de mantenimiento de los edificios y de los servicios generales (limpieza, mensajerías, seguridad, etc), pero donde, como se comprueba, en ningún momento existe conexión siquiera remota con causa técnica de ningún tipo.

La tónica descrita se reproduce, incluso, tras la reforma. Lo que resulta más relevante teniendo en cuenta que la Ley ya precisa algo más los ámbitos a los que debe afectar el cambio que legitima causalmente al despido colectivo. Así, en el Exp. 245/2010, de 11 de noviembre 2010, en el que la empresa alega causas económicas, técnicas, productivas y organizativas que concreta en una importante caída del consumo, un descenso de ventas que se produce de modo continuado y que desemboca en pérdidas acumuladas, provocando un exceso de la capacidad productiva en todos los departamentos con la consiguiente reducción drástica de los ingresos. En este expediente la empresa adiciona la sobredimensión de su plantilla en relación con la facturación y argumenta un plan de medidas de reducción de costes, tales como la reducción de retribuciones de socios y administradores, el cierre de centros o reducción de superficies de trabajo, pero en ningún momento se alega ni se esgrime cambio alguno en los medios o instrumentos de producción, ni actual, como es exigible, ni siquiera futuro, como medida a adoptar coadyuvante de la mejora competitiva. Del mismo modo el Exp. 284/2010, de 1 de diciembre de 2010, aunque suspensivo y no extintivo, donde se alegan las cuatro causas contempladas legalmente, rechazadas por la Inspección de Trabajo y por la resolución final de carácter negativo, al estar exclusivamente basado en el descenso de volumen de actividad del sector automovilístico; rechazo, no obstante, impugnado por la empresa al considerar que se le deniega vigente el nuevo art. 51 ET pero en aplicación de la jurisprudencia anterior al mismo y sin tener en cuenta la nueva dicción flexibilizadora.

Resulta significativo que de la muestra examinada tan sólo dos expedientes realmente puedan justificarse por causa técnica en sentido estricto.

En concreto, el primer caso es el del Exp. 244/2010, de 15 de octubre, si bien la justificación se centra exclusivamente en la reducción de ingresos netos, descenso de la actividad de envío de remesas al exterior, pero también (y aquí la posible conexión), un cambio

de los medios e instrumentos de prestación del servicio (medios automatizados vía internet) que le genera una estructura de plantilla sobredimensionada.

El segundo supuesto se manifiesta en el Exp. 439/15 enero 2010, extintivo, en el que se alegan causas organizativas y técnicas porque una de las fábricas afectadas, locomotora de la productividad y competitividad industrial del grupo a decir de la propia empresa, pues supone el 60% de la producción del Grupo solicitante, ha alcanzado su máxima capacidad de saturación y presenta un problema de obsolescencia de sus equipos. En particular se alega un problema de estructura de *lay-out* de los trenes de envasado en relación a los almacenes de producto terminado y unos costes operativos insostenibles a largo plazo para hacer frente a los nuevos requerimientos de competitividad y viabilidad futura del Grupo, desde el punto de vista de su posicionamiento industrial y su capacidad de respuesta para hacer frente a las nuevas tendencias y requerimientos del mercado. Se alega un plan de inversiones en la fábrica afectada y, como consecuencia de ello, una reestructuración de los servicios generales de los otros centros de trabajo afectados, derivado de la repercusión en todas las tareas relacionadas con el plan de inversiones de la fábrica indicada. La finalidad principal de la medida alegada es la de modernizar las instalaciones productivas y logísticas de la fábrica que permitan consolidarla como el soporte industrial principal del Grupo para dar respuesta adecuada a los requerimientos del mercado, asegurando su competitividad, resolviendo la problemática de los altos costes operativos y evitar la pérdida de volumen por falta de capacidad de respuesta a los nuevos requerimientos del mercado. Argumentación, toda ella coherente desde la perspectiva de la típica causa técnica viabilizadora del despido colectivo.

La escasez de supuestos extraídos de la muestra de EREs conduce a dos conclusiones. La primera, la escasa relevancia de la causa técnica en el conjunto de causas de los EREs extintivos. Y la segunda, que los cambios técnicos se producen normalmente en tiempos de bonanza en los que las inversiones y el fluir de dinero es más ágil permitiendo compromisos inversores de cuantías importantes a largo plazo a cambio de un inmediato beneficio en la posición competitiva en el mercado; no siendo éste el escenario actual, donde se detectan serios problemas de financiación empresarial, los cambios técnicos responden más bien a una oportunidad de renovación de

equipos obsoletos o de reducción de personal mediante la potenciación de las comunicaciones automatizadas.

II.4.2.2. *Las causas organizativas*

Por lo que se refiere a las causas organizativas en sentido estricto, ahora se precisa que las mismas concurren cuando se produzcan «cambios, entre otros, en el ámbito de los *sistemas y métodos de trabajo del personal*» (como ya dijera expresamente la STS 6 de abril de 2000, RJ 3284 precisando que estas causas configuran la estructura de la empresa en una organización racional). Es decir, se trata de un acomodamiento de las plantillas a las distintas circunstancias del mercado. A diferencia de las técnicas, que llevan consigo muchas veces la reordenación de funciones y por ello presentan también cierta afectación de la plantilla, en las organizativas la adecuación de la plantilla se hace sin necesidad de inversiones previas⁴⁸. Con las causas organizativas se busca una mejor gestión de los medios personales, lo que resulta claro en supuestos de vaciamiento de las funciones del puesto de trabajo, duplicidad de puestos de trabajo por distintos motivos (fusiones, adquisiciones, por ejemplo, pero también por supresión de un área de negocio).

La cuestión más conflictiva dentro de esta causa es la de los supuestos de descentralización productiva o, más propiamente, externalización de funciones, tareas o actividades que antes eran llevadas a cabo dentro de la empresa y que, por la decisión empresarial de externalizarlas, conducen a la extinción de los contratos de los trabajadores que las venían realizando dentro de la empresa.

La cuestión antes de la reforma residía en determinar si las «dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa» exigidas para todos los supuestos causales por el art. 52.c ET dotaban o no de cobertura justificada a este tipo de supuestos.

En esta cuestión deben separarse dos supuestos diversos, con resultado judicial diverso y diversa caracterización de la causa. De un lado, aquéllos en los que se reconduce al despido objetivo por causas organizativas la «pérdida total o parcial de una contrata».

⁴⁸ GOERLICH PESET J.M., *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia 1994, p. 72; BLASCO PELLICER A., «La reforma de la extinción del contrato de trabajo en el RDL 10/2010», op.cit., p. 55.

De otro lado, los más complejos, los casos de externalización en sentido estricto.

Comenzando por los primeros, ciertamente se ha considerado procedente la extinción objetiva debida a supuestos de finalización de contrata y asunción de los servicios por la empresa contratante. Y ello porque se considera que la reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial genera «dificultades» —consistentes en el exceso de personal resultante de la reducción— que impiden el buen funcionamiento de la empresa. Dificultades a las que se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes de modo que se «restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende» (STS 12 de diciembre de 2008, rec. 4555/2007), Sentencia ésta que señala que «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» precisando que «el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso de la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguiente de ocupación».

En definitiva, si la empresa pierde sus contrata y, con ello, disminuye su volumen de negocio, concurre una causa productiva susceptible de cubrir el despido objetivo (STS 7 de junio 2007, 12 de diciembre de 2008, rec. 4555/07). Que en estos casos estamos igualmente en una causa productiva se puede ver igualmente en la STS de 16 de mayo de 2011, RJ 4879/2011, considerando procedente el despido por «causas productivas» un supuesto en el que se extingue el contrato como consecuencia de la rescisión de la contrata en la prestaba sus servicios el trabajador como técnico de mantenimiento de cajeros automáticos de una determinada entidad bancaria y no consta la existencia de vacantes en la empresa donde ubicar al trabajador, al tratarse de una situación de razonable necesidad de extinguir el contrato por dichas causas.

En el ámbito de la muestra de EREs examinados, un ejemplo de ello, en el Exp. 427/09, 16 diciembre 2009, donde alegando causas

productivas, económicas y organizativas, además de la crisis en el sector de transportes por carretera, la caída de ingresos de la empresa desde 2008, la volatilidad de los precios del petróleo, morosidad, disminución del consumo, falta de financiación bancaria y otras cuestiones, la empresa pone de relieve que la pérdida del contrato de prestación de servicios por parte de la empresa contratista con una empresa importante española, a partir del 30 de noviembre de 2009 genera las causas alegadas. En particular se señala que «dicho contrato supone el 100 por 100 de los ingresos, su pérdida provoca que sea imprescindible cesar toda actividad» y que tal pérdida es la causa principal del Expediente que se solicita: «en la medida en que los transportistas adjudicatarios de contratos ven reducida su carga de trabajo, van prescindiendo de los subcontratistas con el fin de utilizar su propia capacidad lo que ha derivado en actividad cero para nuestra empresa». La decisión empresarial es el cierre de la empresa que finalmente es acordado con la representación *ad hoc*.

Cuestión más compleja, y que es la que ahora interesa analizar, es que la empresa decida «externalizar» parte de su actividad para reducir gastos de personal y que, como consecuencia de dicha decisión, solicite la amortización de los puestos de trabajo de quienes antes desempeñaban dichas funciones internamente, donde la causa ya es organizativa.

El TS ha señalado que la descentralización productiva o externalización de funciones, en sí misma y de modo aislado, no es una causa para la extinción del contrato de trabajo pero sí puede serlo cuando concurren ciertas circunstancias en las que «las dificultades» sean actuales y objetivables. En particular, cuando la externalización sea un medio razonable en términos de eficacia de la organización productiva y no un mero medio para lograr un incremento del beneficio empresarial (SSTS 21 de marzo de 1997, re. 3755/96, 3 de octubre 2000, rec. 651/2000 y 4 de octubre de 2000, rec. 98/1999). Los supuestos en que se ha admitido, en general y con algunas excepciones, parten de una premisa previa: la existencia de dificultades económicas (existencia de pérdidas) o «dificultades» de otra índole (construcción fuera de ordenación: STS de 2 de marzo 2009, rec. 1605/2008) que llevan a la adopción de planes o medidas de viabilidad específicas, entre las que el empresario incluye la externalización de ciertos servicios. Es decir, la externalización se permitiría como una medida «reactiva» a una situación previa de dificultad empresarial que convierte en razonable el hecho de que la

amortización contribuya a superar dichas dificultades, pero no así en ausencia de la premisa de las previas dificultades y la externalización tan sólo responde a una reducción de costes y no una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva.

Asimismo, se ha considerado que, en tales casos, además, la amortización de puestos es razonable siempre y cuando los servicios prestados por el trabajador despedido se asuman en su integridad (o en mayor medida) por la empresa externa, pero no cuando ello no es así, debiendo considerarse en tal caso el despido como improcedente y seguir desempeñándose las tareas no contratadas por los trabajadores de la empresa (SSTS 3 y 4 de octubre de 2000, RRJJ 8660 y 8291, en relación con la amortización del puesto de trabajo de un médico de empresa por haber contratado los servicios de prevención de riesgos laborales con una Mutua de Accidentes de Trabajo)

No obstante, la STS 31 de mayo de 2006, rec. 49/2005, con importante voto particular en contra, al hilo del examen de un despido objetivo por causas organizativas y productivas sustentado en la subcontratación empresarial y externalización del transporte y reparto de los productos de la empresa, considera que las «dificultades» justificativas del despido objetivo no necesitan ser de tal entidad que pongan en peligro la «viabilidad futura de la empresa o del empleo en la misma» (sólo referidos estos dos parámetros, para entender que concurre cualquiera de las causas, en la dicción legal del art. 51 ET pero no en el art. 52.c ET) sino que conforme su redacción «impidan» su buen funcionamiento; de ahí que para el TS la simple «mejora» de la eficiencia en el uso de los medios o recursos de la organización empresarial justifica el despido objetivo y el control de la decisión de externalizar y subcontratar que produce la amortización de puestos de trabajo debe limitarse a verificar si es razonable en términos de la gestión de un buen comerciante. Frente a ello el voto particular considera que con tal posición se elude y olvida la referencia legal expresa contenida en el art. 52.c ET relativa a que tiene que acreditarse la existencia de una «necesidad objetivamente acreditada» de la amortización. Mejora, frente a necesidad, en definitiva, como ha destacado la doctrina⁴⁹. De nuevo en la STS 2 de marzo de 2009, recurso 1605/2008, se admite frente a la necesidad de la medida, la

⁴⁹ SALINAS MOLINA F., «La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: la reformulación de las causas de la extinción del contrato», op. cit., p. 40.

mera conveniencia, en el sentido de razonabilidad empresarial de la medida, considerando que también lo es cuando se ha acreditado que la descentralización del servicio de lavandería se realiza con el fin de solucionar el emplazamiento indebido de la lavandería ubicada en un patio de manzana y por ello fuera de ordenación urbana; aunque también en este caso podría aseverarse que la medida empresarial es reactiva (ante el problema de ordenación).

En la muestra de EREs examinados, no se alegan exclusivamente razones organizativas, sino que en su enorme mayoría, las organizativas se alegan junto a causas productivas sustentadas en un descenso de las ventas y una reducción de pedidos que obligan a reajustar la plantilla a la menor actividad empresarial como medida de equilibrio empresarial. La conexión entre estas dos causas es lógica en tanto como ha señalado el Tribunal Supremo, en 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».

En puridad, en estos casos la causa organizativa es, por así decirlo «derivada» y no «originaria» en sentido estricto al no afectar a «sistemas» o «métodos» de trabajo. Por ello debiera considerarse que todos estos supuestos, al menos tras la reforma y la acotación legal de las causas, podrían más bien reconducirse a causa productiva y no tanto organizativa. En cualquier caso, son numerosísimos los ejemplos encontrados en la muestra en que se vinculan ambas causas y en los que el elemento organizativo es tan sólo derivado o mera consecuencia. Extinciones solicitadas por excedente de mano de obra derivado del descenso de ventas pueden verse en: Exp. 6/2009 de 5 de febrero; Exp. 20/2009, 18 de febrero, Exp. 21/2009 de 9 de marzo; Exp. 22/2009 (suspensivo) de 19 de febrero; Exp. 31/2009 de 23 de febrero; Exp. 38/2009, de 26 de febrero; Exp. 59/2009, de 14 de julio; Exp. 72/2009, de 3 de abril; Exp. 89/2009, de 27 de marzo; Exp. 97/2009, de 14 de abril; Exp. 98/2009, de 11 de mayo; Exp. 210/2009, de 8 de enero; Exp. 429/2009, de 15 de enero de 2010; Exp. 447/2009, de 3 de febrero de 2010; Exp. 448/2009, de 13 de enero de 2010; Exp. 450/2009, de 15 de enero; Exp. 451/2009, de 15 de enero 2010; 451/2009, de 15 de enero 2010; Exp. 466/2009, de 8 de enero 2010; Exp. 245/2010, y Exp. 261/2010, de 20 de octubre.

Del mismo modo, en otras ocasiones se alegan causas organizativas y productivas junto causas económicas que no son más que consecuencia de estas últimas, siendo extrapolables las consideraciones recién referidas. En efecto, en la medida en que disminuyen las ventas y la demanda de los bienes y servicios, no sólo normalmente hay un exceso de personal para atender la nueva situación de mercado (problema organizativo derivado, pero no causa organizativa en sentido estricto), sino que, además, la disminución de la demanda provoca una disminución de los beneficios o, directamente una entrada o consolidación de las pérdidas económicas, pero aquí también estamos ante un efecto derivado y concurrente. Estos supuestos son numerosos y entre ellos baste con señalar: Exp. 79/2009, de 4 de junio; Exp. 96/2009, de 21 de mayo; Exp. 307/2009, de 7 de agosto; Exp. 309/2009, de 25 de agosto; Exp. 311/2009, de 11 de agosto; Exp. 316/2009, de 9 de octubre; Exp. 421/2009 de 24 de noviembre; Exp. 278/2010, de 21 de enero de 2011; Exp. 235/2010, de 3 de noviembre; Exp. 246/2010, de 29 de octubre; Exp. 306/2010 (CAM). EREs concedidos por las causas alegadas (normalmente por venir con acuerdo ya antes de la reforma).

En algún caso se ha alegado la inoperancia del mantenimiento de dos almacenes, cada uno con una dirección operativa propia, como causa organizativa. En concreto el Exp. 449/2009, de 7 de enero 2010 argumenta que desde un punto de vista de gestión y económico, mientras que los competidores hacen ofertas basadas en un único almacén, la empresa solicitante tiene dos y pretenden reducirlo a uno porque ello «hace posible la obtención de numerosas sinergias que permiten ofertar a nuestros clientes un servicio más económico y ajustado a mercado». Se razona una «ineficiencia organizativa» por el incremento que ello supone del personal de control necesitando un mayor número de operarios para afrontar las necesidades puntuales en uno y otro almacén, coste suplementario que desaparecería al contar exclusivamente con un almacén. Pero no es finalmente autorizado y consta recurrido ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Más ajustados a las verdaderas causas organizativas son los EREs que se solicitan alegando transformaciones del modelo de gestión de la empresa, la existencia de procesos de fusión y absorción, o la externalización de determinados servicios.

Así el Exp. 285/2009, de 19 de agosto 2009, que alega causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, pudiendo real-

mente enmarcarse dentro de las organizativas la alegación empresarial de la necesidad de la informatización de la gestión de flota, maduración del sistema de gestión de flotas y un cambio del modelo de negocio (de basarse en flota con conductores propios a un modelo más flexible de contratación externa), entre otras medidas tales como formación de plantilla, seguimiento del absentismo etc.

Como ejemplos de transmisión de partes de la empresa, o integración en una tercera mediante fusiones o absorciones, el Exp. 59/2009 de 14 de Julio de 2010, en un supuesto extintivo y suspensivo, que se funda en causas productivas y organizativas y donde, además de hacerse referencia a las nuevas estrategias comerciales para captar nuevos clientes o la adopción de medidas para reducir los gastos (como renegociación de condiciones con proveedores, control de gastos de viaje y de representación, reducción de horas extra o extinción de contratos temporales), se alude al traspaso realizado de una sección de la empresa a otra empresa. Asimismo el Exp. 402/2009, de 12 de noviembre de 2009, en el que junto a la causa económica (pérdidas continuadas desde el año 2000 y reducción del patrimonio neto empresarial a una cantidad inferior a la mitad del capital social, encontrándose la empresa en causa legal de disolución), se alega (y se reconocerá por la autoridad laboral) que la situación económica dramática o insostenible ha llevado a la mercantil a considerar que la única forma de garantizar su viabilidad futura es su futura integración en otra empresa, «previa reorganización de su plantilla, al resultar sobredimensionada».

Integración en Grupos de empresas de una parte o de la totalidad de la empresa pueden verse igualmente en el Exp. 60/2009 de 26 de marzo de 2009, alegando causas organizativas y productivas y, en concreto, la caída continuada del consumo de tabaco en toda Europa (exceso, pues, de la capacidad productiva de la empresa) y duplicidad y solapamientos de personal/estructuras, debido a la incorporación de la empresa en un Grupo empresarial inglés y en el que, además de medidas extintivas, se prevén recolocaciones en otros centros de trabajo, así como la movilidad funcional y geográfica en el extranjero, acordándose tales medidas por los representantes de los trabajadores; en el Exp. 86/2009 de 18 de junio de 2009, en el que la causa organizativa alegada es la fusión e integración en el Grupo ING y los procesos de externalización de diversas funciones; o en el Exp. 458/2009, de 11 de enero de 2010 por la integración de la empresa electrónica en Hewlett-Packard del que se deriva una

reorganización global de recursos y actividades para evitar situaciones de deficiencia organizativa y en el que, junto a la extinción de 212 contratos de trabajo, se propone la reubicación del resto de trabajadores en las distintas empresas especializadas del grupo, en función de la actividad que venían desarrollando (haciéndose efectivas la reubicaciones de 1540 trabajadores antes de hacerse el ERE). Asimismo, el Exp. 466/2009, de 17 de marzo de 2010, en el que junto a la causa productiva consistente en la pronunciada caída de la demanda, se alega la existencia de causas organizativas derivadas de una fusión por absorción que han dado lugar a la subrogación en los trabajadores y la necesidad de reordenación de funciones; o el Exp. 307/2010, 17 de noviembre de 2010, en un supuesto en el que se alegan causas organizativas por sucesión progresiva de empresa y se informa a los representantes y a los trabajadores de la transferencia progresiva de todas las tiendas a una tercera empresa que se hará cargo del empleo y de la actividad de casi todas las actividades pero no así de las oficinas centrales, porque esta tercera empresa ya tiene la gestión de todas las tiendas centralizada en Barcelona, ni a la de los talleres, porque tiene la función de taller centralizada en Francia.

Aunque en estos casos de transmisión de empresas se alegue el hecho de una integración en otra empresa o procesos de absorción para sustentar la causa organizativa, lo cierto es que aunque se alcance un acuerdo con los trabajadores o lo autorice la DGT, se debiera verificar si las extinciones colectivas son una mera consecuencia de la transmisión, lo que no sería ajustado al Derecho comunitario, o si, en realidad, en efecto, como parece justificarse en el último caso descrito, la extinción colectiva es consecuencia de una causa permitida por el ordenamiento jurídico interno y que hubiera permitido el despido con independencia de la transmisión efectuada. La duda se suscita, también a nivel nacional, en todo supuesto en el que la transmisión (sea vía integración, absorción o fusión) genera duplicidades de plantillas y, con ello, deficiencias empresariales organizativas (lo que ocurrirá siempre, salvo que la transmisión se produzca en actividades o funciones no desarrolladas con anterioridad por el cesionario).

Con independencia de ello, de especial interés son algunos de los EREs presentados con ocasión de las denominadas «fusiones frías» de entidades crediticias, por cierto, posteriores a las reformas de 2010, en los que distintas Cajas de Ahorros se integran en un grupo

económico consolidable de base contractual calificado SIP, Sistema Institucional de Protección, que protege y garantiza la solvencia y liquidez de las entidades que lo integran en los términos previstos en el art. 80.8 de la Directiva 2006/48/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 14 de junio de 2006 relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito, traspuesto a nuestro ordenamiento jurídico por el art. 26.7 de RD 216/2008 de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras y desarrollado por la normativa 15 de la Circular del Banco de España 3/2008, de 22 de mayo, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos. Proyectos de integración operativa que afectan al volumen de empleo de las Cajas y que han abocado a EREs para llevar a cabo un proceso de «desvinculaciones», como lo denominan las propias Cajas.

Además de la peculiaridad del acuerdo, en el que el denominado «Plan de adecuación laboral consecuencia directa del Plan de integración» prevé el número máximo de extinciones (1049 contratos) distribuyéndose en el propio acuerdo las cifras máximas para cada una de las Cajas implicadas (Caja Granada, Caja Murcia, Caixa Penedés y Sa Nostra), se prevé que cada Caja tramite sus propios EREs. En dicho plan se contemplan medidas de movilidad geográfica derivadas del proceso de integración a través del SIP consecuencia del cierre por una caja de oficinas o sucursales en zonas distintas a las que definen su territorio natural, con la consiguiente transferencia de parte o de todas las oficinas y su personal a la Caja en cuyo territorio natural estuvieren ubicadas, o consecuencia de la creación por parte de las Cajas implicadas de una Sociedad Central (SC) a la que transfieren parte de actividades o servicios para el conjunto de ellas. A estos efectos, se considera transmisión de empresa la transferencia de personal entre las Cajas que forman parte del SIP. Las transferencias de personal desde cualquiera de las Cajas a la Sociedad Central llevan consigo el mantenimiento durante un año de los complementos funcionales vinculados al puesto de trabajo en origen salvo que en el de destino se percibieran de la misma naturaleza por cuantía igual o superior y el derecho a conservar por ese mismo plazo de tiempo el derecho a la consolidación del nivel correspondiente del Convenio de Ahorro. En todo caso, a la transferencia de personal entre Cajas, o entre cualquiera de ellas y la SC, es de aplicación expresa el art. 44 ET y las reglas pactadas en el acuerdo, entre las que se prevé que la incorporación a la entidad adquirente lleva aparejada la extinción de la relación laboral

con la entidad transmitente, con derecho a retorno, no obstante, si obtuvieran sentencia firme condenando a la entidad por conducta discriminatoria o declarando la improcedencia del despido. Parece así querer suprimirse el concepto antigüedad, lo que resulta incompatible con el fundamento del 44 ET.

Proyección de dicho acuerdo general es el Exp. 327/2010, de 10 de diciembre 2010, en el que se alega la situación macroeconómica general, derivada de la crisis internacional y nacional desde 2007 que ha provocado una importante desaceleración en el sector bancario y un aumento vertiginoso de la morosidad, se reconoce que de las cuentas auditadas no se deduce una situación económica negativa, y se justifican las medidas en el cumplimiento de la Circular 4/2004 del Banco de España. En particular se aduce que el 70% de los costes corresponde a gastos de personal, lo que «justifica la adopción de la medida propuesta para hacer frente a la situación financiera actual» como reacción a la causa económica alegada. Pero también se alegan causas organizativas y de producción justificadas en la inmersión de la empresa en un proceso de integración en un Sistema Institucional de Protección (SIP) que estará formado por cuatro Cajas y que tiene como objetivo consolidar al SIP como entidad líder en el Arco Mediterráneo. Como contraprestación a esta integración se alega la necesidad de una «gestión centralizada del negocio, la centralización de funciones corporativas y de soporte y la optimización de red de sucursales que permitirá acometer una optimización de la plantilla actual que contribuirá a la eficiencia de la organización, evitando solapamientos entre sucursales cercanas y eliminando sucursales que incrementen innecesariamente los costes». Además la centralización de los Servicios Centrales se hará en Madrid, eliminando los Servicios Centrales de la solicitante donde trabajan los empleados más afectados por el ERE.

Resulta llamativo en este Exp. el Informe Inspección de Trabajo donde se afirma textualmente: «Conforme al Criterio Operativo núm. 71/2009 emitido por la Dirección General de la ITSS el 9 de marzo de 2009, y en base al contenido de los arts. 51.5 ET y 11.1 RD 43/1996, la Inspección de Trabajo no podrá entrar a valorar ni las causas ni la oportunidad de las medidas propuestas por la empresa. Únicamente, si se observan irregularidades que afecten a la formación de la voluntad en la consecución del acuerdo o bien fraude de ley puede, con suspensión del plazo para resolver por la autoridad laboral, dirigirse a la autoridad judicial para que resuelva sobre la existencia de dichos defectos en el consentimiento o la existencia de fraude de ley.

Por tanto, el contenido de este Informe se ceñirá a la existencia o no de las citadas irregularidades», descartándolas. Con la justificación también de la fusión fría de las Cajas, puede verse el Exp. 306/2010, con acuerdo.

Asimismo, como causas organizativas, el Exp. 314/2010, de 23 de noviembre, donde la empresa alega causas económicas productivas y organizativas, refiriendo para las organizativas una capacidad de sobreproducción y fabricación que merma la rentabilidad del negocio y la necesidad organizativa de convertir la organización comercial actual —consistente en puestos comerciales especialistas por línea de negocio— por una estructura organizativa más generalista, basada en la polivalencia, optando por puestos de trabajo multiproducto, todo ello dentro del marco previsto para la movilidad funcional y poniendo de manifiesto que en años anteriores ya ha adoptado otras medidas para intentar adecuar los volúmenes de producción a la menor demanda existente, tales como la reducción de turnos de fabricación o EREs suspensivos en alguno de los centros.

II.4.2.3. *Causas productivas*

Para el art. 51 ET en la redacción resultante de la reforma 2010 concurren causas productivas cuando se produzcan «cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado» o, como señalara la STS 6 de abril de 2000, «las que inciden en la capacidad de producción de la empresa para ajustarla a los eventos del mercado, a la capacidad de producción de la empresa para ajustarla a los eventos del mercado, que puede imponer la transformación o reducción de aquélla. Alude a la «esfera de los servicios o productos de la empresa», desvinculada de los resultados negativos (a diferencia de las económicas). En todo caso, con la reforma, de nuevo lo importante es que se produzcan «cambios», en este caso y a diferencia de las causas organizativas y técnicas, de carácter externo e independiente de la voluntad empresarial, en tanto relativas a la «demanda» de sus bienes o productos. La caída de la demanda obliga así a un reajuste de las plantillas a las circunstancias del mercado, de ahí que en las empresas de servicios se haya declarado que tales supuestos en su origen responden a una causa productiva (reducción del volumen de la producción) y en su ámbito organizativas.

De nuevo como en el resto de causas, lo normal es que se solapen y se aleguen varias en los distintos expedientes. Lo que se acentúa en la causa productiva en tanto la más íntimamente unida a la económica, por cuanto evidente es que la reducción de ventas supone una disminución de beneficios. Si bien, también cabe precisar, que es posible una disminución de ventas y cambios en la demanda que no aboquen a disminución de ingresos, en tanto la empresa puede tener otras vías de ingresos e, incluso, otros productos no afectados por la caída.

Valga aquí remitir a los EREs enunciados al hilo de causas económicas en los que las causas productivas se solapan con las productivas, cuando en puridad se trata de causas productivas en sentido estricto y no económicas y las observaciones ahí realizadas, a fin de evitar reiteraciones. Tal realidad, igualmente se aprecia en EREs no extintivos, sino suspensivos o de reducción de jornada. Ejemplos de alegación conjunta de causas económicas y productivas donde en puridad es la disminución de la demanda y de la facturación como consecuencia, en el Exp. 446/2009, de 8 de enero de 2010, en el que se alega descenso de los pedidos y ventas en todos los sectores a los que la empresa dirige su actividad, habiéndose generado un importante descenso de los niveles de facturación especialmente acusante en 2009 donde se aprecia una disminución superior al 30% en la facturación así como en las expectativas inmediatas o futuras existentes. O el Exp. 449/2009, de 30 de diciembre, para reducción de jornada, en el que igualmente se entrecruzan ambas causas señalándose que aunque hay beneficios en 2007 y 2008, en este último año se observa un descenso ostensible de los mismos respecto al año anterior y en 2009 se agudiza el descenso previéndose pérdidas en futuro y donde se señala que al tratarse de una empresa de venta y distribución de maquinaria y accesorios para la industria del vidrio plano para la construcción para colocación en fachadas de obra nueva y de renovación de fachadas, la crisis del sector inmobiliario ha reducido drásticamente sus pedidos de vidrio plano, con la necesidad de amortizar medios humanos y materiales a través de una más adecuada distribución de los recursos ya que la fuerte caída de facturación y de ventas a lo largo de los años 2008 y 2009 ha provocado que la actual estructura de personal de la empresa no responda al vigente volumen de pedidos, al estar diseñada para una facturación que duplica la actual. La Inspección de Trabajo considera que se ha acreditado en puridad la causa productiva a efectos de la nece-

sidad de reducir la jornada, como medida para evitar una situación de imposible viabilidad empresarial. O, por poner otro ejemplo, en el Exp. 425/2009, de 28 de noviembre, también de suspensión y reducción de jornada conjuntamente, donde se alega disminución de la facturación desde 2008, con intensificación en 2009 al descender la demanda de los productos, haber menores encargos y pérdidas acumuladas a 30 de septiembre de 2009 de 326.000 euros; endeudamiento de la empresa que se agrava con la dificultad de obtención de financiación bancaria con deudas a largo y corto plazo y donde se considera que concurren por ello causas económicas, productivas y organizativas al tener que estudiar la «plantilla mínima para afrontar los proyectos actuales con el nivel de calidad contratado».

Junto a ello, la caída de ventas como consecuencia del ajuste de la demanda se invoca correctamente como razón productiva de primera magnitud en numerosos expedientes, lo que resulta normal en tiempos de crisis como los actuales. De hecho es generalizado en determinados sectores, como el automovilístico cuya caída en ventas es ampliamente conocida —salvo, por lo que se conoce, para los coches de gama extraordinariamente amplia—: crisis de la automoción y la pérdida del cliente principal con la consiguiente reducción de ventas como causa alegada en el Exp. 188/2010, de 8 de octubre 2010 y 451/2009, de 15 enero 2010; o en el de la construcción, como en el Exp. 314/2010, de 23 de noviembre, donde se alegan causas productivas por la caída de la demanda detectada en los distintos centros de trabajo durante los últimos años.

Pero también en aquellos sectores dependientes de ellos. Así, en el Exp. 448/2009, 13 de enero 2010 (extintivo y suspensivo) se alegan causas organizativas y productivas porque la crisis del sector de la construcción y la crisis financiera «repercute en el sector del transporte subsidiario de la construcción y dependiente de las posibilidades de financiación a la hora de adquirir vehículos a través de leasing o renting», alegando en particular la «drástica disminución de la demanda de los remolques y semirremolques (reducción de ventas de 946 a 268 matriculaciones)» y la consiguiente sobrecapacidad productiva «en una doble vertiente coyuntural y estructural que exige la reorganización de los recursos productivos» por la acumulación de existencias ante la reducción de pedidos. Igualmente en el Exp. 447/2009, de 3 Febrero de 2010, donde una agencia de publicidad importante alega causas organizativas, productivas y económicas, por «caída del volumen de negocio con una importante

crisis con pérdidas en los últimos ejercicios económicos desde 2007 hasta 2009», «disminución de la inversión publicitaria, debido a un descenso en la demanda de dichos servicios en los sectores de automoción e inmobiliario que representan un volumen significativo en la inversión global del sector publicitario» al ser «el sector de la publicidad muy sensible en los períodos de crisis», producirse «pérdida de importantes clientes y disminución de la factura de grandes clientes y en general la variación negativa de la facturación con el resto de clientes, previéndose la continuación de la misma tendencia en el año 2010», «desequilibrio de carácter productivo y organizativo al no existir volumen de trabajo suficiente para todos los centros afectados, considerándose proporcional la medida de extinción con la falta de trabajo suficiente en los centros donde prestan sus servicios los afectados».

El descenso de ventas como típica causa productiva igualmente se admite en expedientes no extintivos sino suspensivos y de reducción de jornada, como en el Exp. 450/2009, 15 enero 2010 (en el que resuelve la Administración ante la ausencia de pacto colectivo y solo acuerdos individuales) en el que la empresa alega que el descenso de ventas ha venido «motivado en la situación de recesión económica que afecta a la productividad de la empresa, tanto a la contratación de nuevos proyectos, como al mantenimiento de los equipos ya instalados, su ampliación o renovación. El descenso de ventas se produce particularmente en los centros de trabajo afectados por las medidas (Madrid y Barcelona), no en Valencia», pero que se considera un descenso coyuntural, invocándose por la empresa una previsión de crecimiento antes de verano, apoyada también en los distintos indicadores económicos que apuntan a una recuperación progresiva a partir del último trimestre del año 2010. Razona la empresa que «actualmente, no hay trabajo suficiente para mantener la jornada de trabajo completa de todos los trabajadores, sobre todo en las delegaciones donde se ha producido un importante descenso de ventas en ambas ciudades» por lo que es necesario una más adecuada organización de los recursos existentes, requilibrando la actual carga de trabajo y el nivel de trabajadores que se encuentran prestando servicios en los centros de trabajo. Causa que la Autoridad laboral considera acreditada por la caída del volumen de negocio. Aunque en otros expedientes, como en el 284/2010, de 1 de Diciembre de 2010 (transporte de vehículos auto transportados en otros vehículos), sin embargo, la alegación de «disminución de

la carga de trabajo» consecuencia de los «EREs suspensivos planteados en Opel, Citroën y Ford aprobados por otras CCAA», al no justificarse suficientemente, sin embargo, termina denegándose.

En el Exp. 305/2010, de 16 de diciembre de 2010, al no existir acuerdo la DGT entra a conocer el fondo del asunto para analizar las causas productivas alegadas para justificar las suspensiones solicitadas. De la documentación se infiere la caída de cifra de negocios durante 2010, que mantiene la de 2009 aunque es inferior a la de 2008; se constata que la facturación de ventas continúa con cifras muy inferiores a las de años anteriores y que en 2009 tienen un descenso del 47,87 % respecto mismo periodo del año anterior; que la cartera de pedidos en 2010 ha experimentado un ligero aumento respecto de 2009 pero sigue siendo muy inferior a los 62 millones del mismo periodo de 2008. Asimismo se subraya la existencia de un stock acumulado de enero a septiembre de 2010 que asciende a 23 millones euros, algo inferior al mismo periodo de 2009 y mucho inferior a los 46.7 millones de euros de los 9 primeros meses de 2008, estableciéndose las previsiones productivas de 2011 en algo superiores a las de 2010 pero la facturación real los primeros nueve meses ha sido un 16,15 % inferior a la prevista. En este caso igualmente se constata que desde 2008 la empresa ha ido adoptando medidas para hacer frente al descenso de la actividad productiva (ajuste paulatino de plantilla de 243 a 212 trabajadores desde 2008), búsqueda de nuevos mercados, solicitud de suspensión de 196 contratos durante 90 días en un año autorizado. Por todo ello la DGT concluye que se han acreditado las causas productivas así como la proporcionalidad de las medidas propuestas pues existe una progresiva reducción de la cifra de negocio la facturación y la demanda de los productos que afecta a la producción y que requiere por ello la adaptación de la estructura y la plantilla del personal, si bien considerando que se trata de una situación coyuntural al existir indicios de remonte para los años 2011-2012.

En cualquier caso, aunque el ámbito de aplicación de las causas técnicas productivas y organizativas puede ceñirse a un centro de trabajo o a la empresa, también se encuentran supuestos donde los descensos de la demanda y de las ventas se concretan en el ámbito del grupo empresarial. Así en el Exp. 263/2010, de 16 de noviembre 2010, extintivo, o en el Exp. 419/2009, de 23 de noviembre, suspensivo, alegando el descenso de pedidos y de facturación, razona que con la suspensión se pretende acomodar el nivel de producción a las necesidades comerciales y evitar la falta de ocupación efectiva

de algunos puestos de trabajo que generan gastos con incidencia negativa en los resultados; la empresa presenta un plan del grupo al que pertenece la empresa que permite augurar un incremento gradual de la producción; o el Exp. 414/2009, 14 julio 2010, también suspensivo, sobre ocho empresas del Grupo empresarial, aunque la memoria se detiene en un análisis teórico doctrinal de la causa productiva sin especificar ni proyectar en el caso, pero argumenta que no existe potestad discrecional por parte de la Administración por lo que a la verificación y control de la concurrencia de la causa objetiva se refiere, «pudiendo rechazar la solicitud empresarial solo en aquellos supuestos en que se produzcan manifiestos errores de apreciación de las causas alegadas en relación con las circunstancias existentes». Tras tales afirmaciones la solicitante aduce que de la documentación que se aporta se pone de manifiesto la existencia en el grupo empresarial de una situación coyuntural de grave desequilibrio económico, financiero y productivo, lo que será reconocido por la Inspección de Trabajo, aludiendo ya a la disminución del volumen de ventas de las empresa desde 2007 hasta 2009 y en junio de 2010 los resultados continúan siendo negativos, por existir un claro descenso de la producción de las fábricas, y ser los resultados económicos del grupo en los tres últimos años negativos en todos los centros de trabajo afectados por el expediente.

Finalmente debe recordarse que si la empresa pierde sus contratos y, con ello, disminuye su volumen de negocio, concurre una causa productiva que permite el despido objetivo (STS 12 de diciembre de 2008, rec. 4555/07). En este sentido, la STS de 16 de mayo de 2011, RJ 4879/2011, considerando procedente el despido por «causas productivas» en un supuesto en el que se extingue el contrato como consecuencia de la rescisión de la contrata en la prestaba sus servicios el trabajador como técnico de mantenimiento de cajeros automáticos de una determinada entidad bancaria y no consta la existencia de vacantes en la empresa donde ubicar al trabajador, al tratarse de una situación de razonable necesidad de extinguir el contrato por dichas causas. Un ejemplo de ello en el Exp. 235/2009, donde se alegan causas productivas y organizativas como consecuencia de la extinción de una de las fuentes de trabajo básicas para la empresa: «Cancelación del contrato de arrendamiento para la operación y mantenimiento de primer nivel en zona red GPRS» suscrito con France Telecom consistente mantenimiento, puesta en servicio y actualización de la red de amena.

Interesantes en este sentido son los numerosos EREs solicitados conjuntamente por causas productivas y por fuerza mayor como consecuencia de la «crisis del carbón» y de la suspensión de actividades de las empresas Coto Minero Cantábrico y Unión Minera del Norte S.A. (UMINSA) por la paralización de la aplicación del Real Decreto regulador de los incentivos del carbón por parte de la Audiencia Nacional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas. En particular, la falta de liquidez de las distintas empresas mineras generó una «causa» productiva (amén de la fuerza mayor) de todas las contratas de estas empresas mineras que se vieron sin su principal, y único, cliente. Numerosos EREs se dirigieron, así pues, a los trabajadores de las contratas de interior, empresas de transporte, talleres de fabricación de material metálico y talleres de reparación de maquinaria repartidos entre Asturias, Madrid, Navarra y León. La acumulación de la producción de carbón desde 2009 junto a la falta de liquidez por impago del carbón ya extraído es la causa alegada por las empresas mineras y que lleva a la autorización de los EREs, pero, a su vez, la productiva y de fuerza mayor la de las empresas «aledañas», como en los Expedientes, ciertamente todos ellos suspensivos (en tanto se encontraban pendientes de resolución final los recursos de las eléctricas que consideraban que el Real decreto era de ayudas del Estado proscritas por la UE): 290/2010, de 12 de noviembre de 2010 (empresa de transportes); 291/2010, de 12 de noviembre, 292/10, de 12 de noviembre de 2010 (transporte), 293/2010 de 12 de noviembre (encofrados) , 294/2010, de 12 de noviembre, 295/2010, de 12 de noviembre, 296/10, de 15 de noviembre de 2010, 297/2010 de 18 de noviembre 2010 (hidroeléctrica), 298/2010 de 22 de noviembre de 2010 (Montajes y servicios), 299/2010, de 19 de noviembre de 2010, 300/2010, de 12 de noviembre de 2010, 301/2010, de 18 de noviembre de 2010 (transporte), 302/2010, de 12 de noviembre de 2010 (metales), 303/2010 de 18 de noviembre de 2010 (actividad de construcción y movimiento de tierras).

II.4.3. Acreditación de las causas

Para que las extinciones sean procedentes las causas técnicas, organizativas y/o productivas deben, lógicamente, probarse. Como señala el art. 51.1 ET tras la reforma de la Ley 35/2010: «la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la deci-

sión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

También para estas causas, como vemos, se impone a la empresa la obligación esencial de «acreditar» su concurrencia y la obligación suplementaria de «justificar» que de esas circunstancias «se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva».

De este modo, en primer lugar, recae sobre el empresario la carga de la prueba de la causa, sin que en el art. 51.1. ET, a diferencia de lo que ocurre en la modificación sustancial de condiciones de trabajo o en el descuelgue salarial, se haga referencia alguna a la presunción legal de su existencia como consecuencia del acuerdo con los representantes en el periodo de consultas. No obstante la referencia a que se autorizará en caso de llegarse a un acuerdo, parece abocar a parecidas conclusiones. En todo caso la alegación y acreditación de las causas será necesaria para examinar la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo.

El desarrollo reglamentario del ET establece que la solicitud de autorización del Exp. debe acompañarse de una Memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o de producción que den lugar a la solicitud que acredite la concurrencia de alguna de las causas señaladas y que justifique que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda (art. 7.1 RD 801/2011, en reproducción casi literal del art. 51 ET). Para la «acreditación» de estas causas, el reglamento añade que «el empresario deberá aportar los informes técnicos que acrediten, en su caso, la concurrencia de las causas técnicas, derivadas de los cambios, entre otros, en los medios e instrumentos de producción; la concurrencia de las causas organizativas derivadas de los cambios, entre otros, en los sistemas y métodos de trabajo del personal o la concurrencia de las causas productivas derivadas de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado» (art. 7.2 RD 801/2011).

Lo que se deberá probar, por consiguiente, es que se han introducido (en las causas organizativas y técnicas) o producido (en las productivas) «cambios» en dichos ámbitos empresariales, tal y como exige la norma legal. Y debe tenerse en cuenta que cabe la concurrencia de estas causas aunque la situación económica de la empresa no sea negativa, pues lo relevante en estas causas no económicas, que por eso se regulan conjuntamente, es que se haya desequilibrado la plantilla por exceso de la misma, es decir, se produzca un excedente de personal. Prueba que se realizará con cualquier elemento probatorio y con «informes técnicos» respecto de los que no se precisa quien haya de realizarlos, pudiendo por ello provenir del interior de la empresa o bien de fuera, de algún perito o empresa consultora. De la muestra de expedientes examinados se infiere que se admiten ambos tipos. Lo prioritario es que se trate de informes verídicos, rigurosos y fiables a los efectos pretendidos de acreditación de las causas alegadas.

II.4.4. Justificación de la razonabilidad de la decisión extintiva para «prevenir» o «mejorar» la situación de la empresa y favorecer así su posición en el mercado

Pero no basta aquí tampoco la acreditación de las causas alegada sino que el empresario debe además «justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

Aquí reside precisamente la novedad más relevante de la reforma 2010. Con anterioridad a la misma para el conjunto de causas no económicas (es decir, técnicas, organizativas y productivas) se exigía por el art. 52.c ET además de la acreditación de su existencia (como ahora) la «acreditación» de la necesidad de la extinción (necesidad objetivamente acreditada) «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», es decir, la de que las «dificultades» que habían de «superarse» tuvieran su origen ya en su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda,

a través de una mejor organización de los recursos. Frente a ello, el art. 51 ET establecía que en el caso de las causas técnicas, organizativas o de producción, las extinciones debían servir para «garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos». Superación de dificultades, o garantía de viabilidad futura de la empresa y el empleo, en definitiva, que podía llevar a plantear que los criterios de modulación eran divergentes.

A partir del 18 de junio de 2010 con el RDL 10/2010, como se dijo, se unifican las causas y su regulación imponiéndose a la empresa la acreditación de las mismas y la justificación que de ellas se deduce mínimamente la razonabilidad de los despidos, precisándose de modo conjunto los supuestos en que dicha razonabilidad concurre y suprimiéndose la referencia a la exigencia de «mínimos» a partir de la Ley 35/2010, es decir, del 19 de septiembre de 2010.

En concreto, frente a la exigencia de «acreditar» la necesidad objetiva de amortización y que las medidas «garanticen» la viabilidad futura de la empresa y del empleo (viabilidad amenazada), basta ahora con «justificar» la razonabilidad de la decisión empresarial de extinguir contratos para:

— «contribuir» a «prevenir» una evolución negativa de la empresa

— o «mejorar» la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de los recursos, que «favorezca» su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Nótese, de un lado, la diferencia entre «acreditar» la necesidad objetiva de la amortización del puesto de trabajo anteriormente requerida y la de «justificar», que no es lo mismo que probar, sino simplemente argumentar⁵⁰ o motivar.

Pero también la diferencia entre que las medidas deban «garantizar» la «viabilidad» de la empresa o el empleo como ocurría antes o, como ahora, simplemente «contribuir» (aunque no garanticen) y «prevenir» o «mejorar» la situación de la empresa (aunque no esté en juego por lo tanto la viabilidad), autorizándose así medidas preventivas y anticipatorias a una situación más grave en la que pu-

⁵⁰ MOLINS GARCÍA ATANCE J., «Las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción del despido objetivo y colectivo», op.cit., p. 17.

diera ya estar en juego la viabilidad, es decir, la supervivencia, de la empresa. En la causa económica, por lo demás, la medida se vincula a «preservar», es decir a «conservar», pero también a «favorecer» la posición competitiva de la empresa en el mercado, mientras que en el resto de causas debe justificarse que la medida tiene fines preventivos de situaciones negativas o de mejora de la situación de la empresa (viabilidad mejorable⁵¹). A diferencia de la causa económica, tampoco aquí se hace ninguna referencia al «empleo» o a la «viabilidad» de la empresa.

Finalmente, los despidos (y no los «cambios» en las causas técnicas organizativas o de producción) deben «favorecer» la mejor posición competitiva de la empresa o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Con independencia de los problemas que la dicción presenta en relación con empresas que no ofrecen bienes y servicios en el mercado, como las organizaciones no gubernativas o las Administraciones públicas, lo cierto es que, en lo que ahora interesa, la nueva dicción no exige una mejora efectiva y contrastable de la posición competitiva de la empresa, sino tan sólo que los despidos coadyuven a la misma de modo razonable.

La finalidad de los despidos permitirá a los tribunales realizar un control de la procedencia de la medida extintiva. Las posiciones doctrinales sobre el alcance del control judicial de la decisión empresarial tras las reformas de 2010 son variadas.

Algún autor⁵² mantiene que el empresario debe: 1º acreditar las causas, 2º que las mismas tienen entidad o «trascendencia suficiente» en el sentido de que «los cambios» producidos «pueden contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos», 3º y justificar que de la trascendencia de los cambios se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva (entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna) para «favorecer su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a la exigencias de la demanda», poniendo de manifiesto que, en todo caso, el control

⁵¹ DESDENTADO BONETE A., PUEBLA PINILLA A., «La reforma del despido en la Ley 35/2010», AAVV (Dir. García Perrote y Mercader Uguina) *La reforma del Mercado de Trabajo*, Valladolid (Lexnova), 2010, pp. 86-87.

⁵² SALINAS MOLINA F., «La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: la reformulación de las causas de la extinción del contrato», op. cit., pp. 44-45.

judicial debe basarse en la existencia de derechos e intereses contrapuestos (libertad de empresa, de trabajo, e interés público en el mantenimiento del empleo como señala la STS 24 de noviembre de 2010, rec. 3876/2009) cuyo examen debe hacerse desde el canon de control constitucional propio de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

Otros⁵³ consideran, recogiendo doctrina anterior⁵⁴, que no son los «cambios» los que deben dirigirse a una finalidad predeterminada legalmente, sino los «despidos», los que a partir de las causas acreditadas, deben deducirse razonables para contribuir a prevenir una evolución negativa o mejorar la situación de la empresa que favorezca su posición competitiva, correspondiendo al empresario valorar y decidir la implantación de cambios en su organización y al ordenamiento jurídico determinar los efectos que dichos cambios pueden producir sobre los contratos de trabajos; de este modo el control judicial debería limitarse a comprobar el nexo causal entre los cambios y la extinción del puesto de trabajo del trabajador despedido, pero sin valorar la razonabilidad de las medidas de reorganización empresarial en términos de gestión empresarial pues ello ya supone un control de fondo de la decisión empresarial, pues con ello el juez termina por asumir de nuevo el papel de empresario, debiendo respetarse la mera conveniencia económica. Posición ésta que, no obstante, parece olvidar que estamos ante dos derechos fundamentales en conflicto y que debieran cohonestarse en términos de proporcionalidad y no simple voluntad empresarial de conveniencia.

El TS parece acoger ciertamente un límite al juego de las causas en concreto, el «su consistencia en términos de gestión empresarial»⁵⁵. Baste para ello con reproducir, por su claridad, la STS de 16 de mayo de 2011, RJ 487/2011, que con cita de la Sentencia de Pleno de la Sala Cuarta de 29 de noviembre de 2010, 8837/2010 recuerda que «el control judicial previsto en la ley para determinar si las medidas adoptadas por la empresa para «superar» las dificultades que impidan su buen funcionamiento se ha de limitar en este punto a

⁵³ JURADO SEGOVIA A., «Los despidos objetivos, técnicas, organizativas o productivas y su control judicial tras la última reforma laboral (Ley 35/2010)» *La Ley* 21949/2011.

⁵⁴ PÉREZ DE LOS COBOS F., ROQUETA BUJ R., «Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas», *DL* núm. 51/1997, pp. 42-50.

⁵⁵ DESDENTADO BONETE A., PUEBLA PINILLA A., «La reforma del despido en la Ley 35/2010», p. 95.

comprobar si tales medidas son plausibles o razonables en términos de gestión empresarial, es decir, si se ajustan o no al estándar de conducta del «buen comerciante» (véanse las SSTS 10/05/06 —rcud 725/05—; 31/05/06 —rcud 49/05—; y 02/03/09 —rcud 1605/08—)», pudiendo alegar las dificultades impeditivas del buen funcionamiento de la empresa exclusivamente «con eficacia extintiva cuando tales dificultades no se presentan aceptablemente superables por la empresa; y en tal sentido ha de recordarse nuestro criterio respecto de que la decisión extintiva ha de constituir una «medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial» (SSTS 21 de marzo de 1997, RJ 2615/1997, rcud 3755/96 y 30 de septiembre de 1998, rec. 4489/97), de forma que «en el primer caso la extinción del contrato por causas objetivas ... sería procedente, mientras que en el segundo sería improcedente» (SSTS de 4 de octubre de 2000 —rcud 4098/99— y 03 de octubre de 2000 —rcud 651/00—)». Sin que pueda considerarse razonable amortizar un determinado puesto de trabajo cuando en la empresa existen numerosas vacantes, «sino más bien una interesada —aunque injustificada— decisión de empresarial, que no se ajusta al ya referido requisito de ineluctabilidad del cese por imperativos de la producción o por la adecuada gestión de la empresa» (rectificando la jurisprudencia anterior sobre la inexistencia de una obligación legal de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador⁵⁶).

Precisamente, como señala el propio TS en esta sentencia y en la de Pleno citada, tal conclusión sobre el control de la razonabilidad de la medida a adoptar, resulta la «solución más acorde con el derecho al trabajo que reconoce el art. 35.1 CE, que en su vertiente individual se concreta en el «derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir en el derecho a no ser despedido sin justa causa» (SSTC 22 /1981, de 2/Julio (RTC 1981, 22) , FJ 8; y 192/2003, de 27/Octubre (RTC 2003, 192) , FJ 4)» y la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho (STC 192/2003, de 27/Octubre , FJ 4)» que obligan a acoger «interpretaciones no extensivas en la aplicación del derecho empresarial a amortizar puestos de trabajo por causas objetivas, en tanto que más favorables a la deseable continuidad en el empleo».

⁵⁶ Que mantuviera en SSTS 13/02/02, rec. 1436/01, 19/03/02, rec 1979/01 y 21/07/03, rec 4454/02.

En definitiva, la supresión de la necesidad de amortización no supone tras la reforma una ausencia de control entre la causa acreditada y el puesto de trabajo ocupado por los trabajadores despedidos, de modo que habrá que examinar si la medida empresarial es razonable en términos de un buen comerciante, debiéndose tener en cuenta si hay otros puestos de trabajo vacantes o no, así como la entidad de los cambios introducidos a la hora de verificar la razonabilidad de la decisión extintiva.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en vísperas del cierre de este informe, se ha aprobado el RDL 3/2012, de 10 de febrero, y que con la nueva redacción que proporciona al art. 51 ET, el legislador ha optado por suprimir el control sobre la razonabilidad, desde el punto de vista de la gestión empresarial, de la decisión extintiva. Simplemente se enumeran las causas y los supuestos en que se entiende que concurren, sin más, suprimiendo la necesidad de acreditar su concurrencia y justificar la razonabilidad para la mejora de la situación de la empresa en el mercado. Con ello, a mi juicio, se opta por consagrar la conveniencia económica de la medida extintiva. No obstante, del mismo modo en que la supresión de la necesidad de acreditar la causa no va a suponer que no se tenga que probar la misma, entiendo que la supresión del resto de elementos no puede llevar a prescindir del principio de proporcionalidad entre los derechos fundamentales en juego, por imperativo constitucional; en tal caso, entonces la supresión de la dicción legal resultaría adecuada por confusa la anterior, bastando con demostrar que la extinción del contrato es proporcional a la situación empresarial y al cambio introducido, probablemente debiendo volver a introducirse criterios de graduación entre las medidas de gestión interna (proclamadas de nuevo en la EM del RDL 3/2012) y las extintivas que ahora interesan.

De momento, y en espera de la reforma de un reglamento que modifique el que se consideraba «nuevo» RD 801/2011, el art. 8 de éste al regular la documentación que deben contener todos los expedientes, precisa que el empresario debe «justificar la razonabilidad del número de extinciones en relación con la concurrencia de la causa y la finalidad de contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o de mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda», así como ofrecer una relación nominativa

de los trabajadores afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos y período a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo, lo que permitirá igualmente valorar la razonabilidad de los supuestos acaecidos antes de la entrada en vigor de la reforma de 2012.

El debate doctrinal y judicial sobre el alcance del control de la decisión extintiva, sin embargo, no se hace patente ni en los Expedientes examinados, ni en general en su control por la autoridad laboral ni en los preceptivos informes de la Inspección de Trabajo. De la muestra de EREs examinada puede afirmarse que son muy escasos los Expedientes que se detienen a explicitar, además de las causas alegadas, la conexión funcional entre los despidos y las medidas empresariales adoptadas y escasas asimismo las referencias a la convergencia de dicha conexión en el caso concreto, ya sea por la Inspección o por la propia Administración.

Precisamente por esa «rareza» que supone entrar en algo más que la concurrencia de las causas legales por parte de todos los actores que convergen en un ERE, parece interesante reproducir o hacer referencia a algunos de estos supuestos donde se cuestiona o argumenta sobre la finalidad y la adecuación de las medidas extintivas. Debe decirse que, en general, la finalidad de la medida y la conexión de las extinciones con las causas se alegan en expedientes fundamentados en causas entremezcladas y que, en casi todos ellos, es la garantía de la viabilidad de la empresa, de modo genérico, el elemento básico de argumentación, limitándose a reproducir el tenor literal de la norma.

Así, por ejemplo, en el Exp. 245/2010, de 11 de noviembre 2010, alegando causas económicas, técnicas, productivas y organizativas, la empresa fundamenta el mismo en la importante caída del consumo, con un descenso de ventas que se produce de modo continuado y que desemboca en pérdidas acumuladas, provocando un exceso de la capacidad productiva en todos los departamentos y reduciendo drásticamente los ingresos. La empresa se encuentra en la actualidad con una plantilla claramente dimensionada en relación con la facturación real de la empresa y las expectativas actuales de trabajo y alega para la razonabilidad de la medida adoptada que tiene un plan de medidas de reducción de costes para lograra la viabilidad de la empresa (reducción de retribuciones de administradores

y socios, cierre de centros, reducción de superficies de centros). El Exp. 447/2009, de 3 Febrero 2010, alegando causas organizativas, productivas y económicas, por caída del volumen de negocio con una importante crisis con pérdidas en los últimos ejercicios económicos desde 2007 hasta 2009, disminución de la inversión publicitaria debido a un descenso en la demanda de dichos servicios en los sectores de automoción e inmobiliario que representan un volumen significativo en la inversión global del sector publicitario, pérdida de importantes clientes y, en general, la variación negativa de la facturación con el resto de clientes, previéndose la continuación de la misma tendencia en el año 2010, con el consiguiente desequilibrio de carácter productivo y organizativo al no existir volumen de trabajo suficiente para todos los centros afectados, considera proporcional la medida de extinción por la falta de trabajo suficiente en los centros donde prestan sus servicios los afectados, es decir, conectando exceso de productividad y desequilibrio de mano de obra consiguiente, a modo de conexión de funcionalidad.

De nuevo alegando causas económicas, organizativas y productivas por la «difícil situación del sector» (en una empresa de psicólogos empresariales) el Exp. 425/2009, de 28 de noviembre, suspensivo y de reducción de jornada, alega para justificar la medida que no se propone de modo aislado, sino que se enmarca en un proyecto de viabilidad, más amplio en el que se contempla la renegociación de los alquileres, el ahorro en proveedores y otra serie de medidas. Idénticas causas se alegan también en el Exp. 414/2009, de 14 julio 2010, extintivo y suspensivo, en el que resulta curioso el posicionamiento de la empresa que se limita a recordar a la Administración que no tiene potestad discrecional para verificar y controlar la causa «pudiendo rechazar la solicitud empresarial solo en aquellos supuestos en que se produzcan manifiestos errores de apreciación de las causas alegadas en relación con las circunstancias existentes», en tanto «se reconoce al empresario en el marco de la libertad de empresa la potestad de tomar decisiones que considere oportunas en el ejercicio de la dirección y gestión empresarial que le es propia con el objeto de alcanzar los fines previstos» en la normativa del ET; en opinión de la empresa, «la documentación que se aporta, junto a la solicitud, ponen de manifiesto la existencia en el Grupo de una situación coyuntural de grave desequilibrio económico, financiero y productivo». Lo que ratificará el informe de la Inspección (y la resolución favorable) al entender que las medidas del expediente «son

un mínimo ajuste que se realiza para adecuar la capacidad de organización a la demanda real del producto en estos momentos, y con ello reducir gastos de personal y mejorar la situación económica y financiera de la empresa».

En el Exp. 451/2009, 15 enero 2010, alegando causas económicas, organizativas y productivas, a partir del descenso de volumen de ventas, impagados, necesidad de adecuar la mano de obra como consecuencia, la empresa relata las acciones previas que se han ido adaptando en los años anteriores a su presentación (expediente suspensivo, externalización, mejora de la red logística para reducir el fondo de maniobra, optimización de consumos energéticos, etc.) para adecuar los volúmenes de producción a la menor demanda a fin de destacar la proporcionalidad y racionalidad de la medida. Por las mismas causas, en el Exp. 314/2010, 23 noviembre 2010, también se exponen las medidas realizadas con anterioridad para evitar la presentación de un ERE posterior, finalmente presentado, para intentar adecuar los volúmenes de producción a la menor demanda existente (reducción de turnos de fabricación, EREs suspensivos en alguno de los centros, acciones para eliminar sobrecostes).

En relación con causas económicas y organizativas, en un supuesto suspensivo y de reducción de jornada, en el Exp. 425/2009, de 28 de noviembre, tras alegar la disminución de la facturación desde 2008 y un nivel de pérdidas acumuladas a 30 de septiembre de 2009 de 326.000 euros, que le obliga a una reestructuración de la plantilla y de los puestos de trabajo y a realizar un análisis de la plantilla mínima necesaria para afrontar los proyectos actuales con el nivel de calidad contratado, la empresa considera que podrá recuperarse, de ahí que el Exp. sea sólo temporal, y ofrece un plan de viabilidad basado en la renegociación de alquileres, *renting* ahorro en proveedores, etc para argumentar la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas. Asimismo, en el Exp. 402/2009, se argumenta que desde el año 2000 se sufre una situación de patrimonio negativo, pues las pérdidas han dejado reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, encontrándose en la actualidad en causa legal de disolución. Sostiene la empresa que la situación económica insostenible ha llevado a la mercantil a considerar que la única forma de garantizar su viabilidad futura es su integración en otra empresa, previa reorganización de su plantilla al resultar sobredimensionada y, en relación con la causa organizativa, la necesaria adecuación de la estructura a las necesidades de la actividad

actualmente desarrollada para lograr una mayor capacidad competitiva. Se estima acreditada la causa al considerarse que las alegadas son «legales, objetivas, reales, suficientes y actuales», reforzando tal conclusión el hecho de que la selección de los afectados tenga en cuenta las necesidades reales en atención a criterios objetivos como las cualidades y capacidades de los trabajadores de la empresa

Alegando igualmente causas económicas y productivas, el Exp. 446/2009, de 8 de enero de 2010, suspensivo, se sustenta en el descenso de los pedidos y de las ventas en todos los sectores a los que la empresa dirige su actividad, el importante descenso de los niveles de facturación especialmente acuciante en 2009 donde se aprecia una disminución superior al 30% en la facturación, así como en las expectativas inmediatas o futuras existentes, y en el que se explicita que la finalidad de la medida es «adecuar sus recursos a las necesidades reales de actividad existente así como rebajar costes a fin de situar a la empresa en posición de competitividad que le permita afrontar la situación coyuntural por la que atraviesa»; pese a no haber acuerdo, la autoridad laboral entiende que concurre: «acredita la necesidad de adoptar las medidas solicitadas a fin de superar la situación coyuntural por la que atraviesa a efectos de garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo».

También el Exp. 449/2009, de 30 de diciembre, de reducción de jornada, donde tras exponer los descensos de beneficios y previsibles pérdidas, se argumenta que reducción de empleo adoptada forma parte de un plan o proyecto de recuperar el equilibrio de la empresa y la medida se dirige a mantener la viabilidad empresarial, en tanto permitirá la reducción de la carga de gastos sociales fijos de la estructura empresarial y, al tiempo, el mantenimiento de las relaciones laborales de los afectados, a la espera de que la economía en general y el sector, en particular, se recupere; causa productiva que Inspección entiende acreditada por la fuerte caída de facturación y de ventas a lo largo de los años 2008 y 2009 que ha provocado que la actual estructura de personal de la empresa no responda al vigente volumen de pedidos, al estar diseñada para una facturación que duplica la actual y considera que, en efecto, la medida de la reducción es adecuada para evitar una situación de imposible viabilidad empresarial. Por su parte el Exp. 450/2009, 15 enero 2010 (suspensivo y reducción de jornada), resuelto por la DGT al no alcanzarse un acuerdo, se sustenta en el descenso de ventas coyuntural y se razona como finalidad de la medida empresarial que es «adecuada para

superar la crisis coyuntural actual y para garantizar la viabilidad de la actividad y nivel de empleo existente en las tres delegaciones, a través de una más adecuada organización de los recursos existentes» pues «se reequilibra la actual carga de trabajo y el nivel de trabajadores que se encuentran prestando ser vicios en los centros de trabajo», lo que se admite por la autoridad laboral, considerándola expresamente como «proporcionada» por la falta de trabajo suficiente en los centros donde prestan sus servicios los afectados, cuestión esta que resulta expresamente reconocida por los mismos trabajadores afectados en el acuerdo individual suscrito.

Por su parte, en relación con causas organizativas y técnicas, el Exp. 439/15 de enero 2010, por saturación de una de las fábricas y necesidad de renovación de equipos por su obsolescencia, argumenta la necesidad de resolver problemas estructurales de adaptabilidad y eficiencia que consoliden su viabilidad futura desde el punto de vista de su posicionamiento industrial y su capacidad de respuesta para hacer frente a las nuevas tendencias y requerimientos del mercado siendo necesario, en concreto, llevar a cabo la reestructuración de los servicios generales de los otros dos centros de trabajo afectados, derivado de la repercusión en todas las tareas relacionadas con el plan de inversiones de la fábrica indicada. Se alega como finalidad de la medida principal «modernizar las instalaciones productivas y logísticas de la fábrica que permitan consolidarla como el soporte industrial principal del Grupo para dar respuesta adecuada a los requerimientos del mercado, asegurando su competitividad, resolviendo la problemática de los altos costes operativos y evitar la pérdida de volumen por falta de capacidad de respuesta a los nuevos requerimientos del mercado».

En todo caso, la relajación de la argumentación y del control en torno a la finalidad de la medida extintiva y su razonabilidad en términos de gestión empresarial se ha visto incrementada en los EREs posteriores la reforma. Así, el Exp. 327/2010, 10 diciembre 2010, donde la medida se justifica por el necesario cumplimiento de una circular del Banco de España y en el que el Informe de la Inspección de Trabajo donde se afirma textualmente: «Conforme al Criterio Operativo núm. 71/2009 emitido por la Dirección General de la ITSS el 9 de marzo de 2009, y en base al contenido de los arts. 51.5 ET y 11.1 RD 43/1996, la Inspección de Trabajo no podrá entrar a valorar ni las causas ni la oportunidad de las medidas propuestas por la empresa. Únicamente, si se observan irregularidades que

afecten a la formación de la voluntad en la consecución del acuerdo o bien fraude de ley puede, con suspensión del plazo para resolver por la autoridad laboral, dirigirse a la autoridad judicial para que resuelva sobre la existencia de dichos defectos en el consentimiento o la existencia de fraude de ley. Por tanto, el contenido de este Informe se ceñirá a la existencia o no de las citadas irregularidades», considerando finalmente que no concurren. Del mismo modo, en el Exp. 310/2010, 23 diciembre 2010, razona de modo pormenorizado lo que significa la causa económica tras la reforma de 2010 y señala que a partir de la Ley 35/2010 ya no es necesario que la medida sea razonable para garantizar la viabilidad futura de la empresa, bastando que la medida ayude o favorezca la competitividad de la empresa, a saber, suponga un beneficio para su supervivencia o para su progresión y desarrollo. En suma, con la nueva redacción es suficiente con que «la medida favorezca la empresa para que ésta cumpla con el requisito de razonabilidad» (criterio empresarial)» y, en el caso concreto, se aduce que la «medida contribuirá de modo decisivo para que la empresa pueda preservar su competitividad en el mercado, puesto que implicará una importante reducción anual de coste salarial y de Seguridad Social» y porque «la no reducción de costes que supone la medida provocaría que la viabilidad de la empresa se encontrara gravemente amenazada», lo que en puridad es una contradicción con la defensa realizada de la reforma, al volver a insistir en la viabilidad como supervivencia de la empresa; en relación con las causas productivas, alegadas conectadas con la económica y consecuencia de la misma según se dice, la medida resulta necesaria para una «más razonable reorganización de los recursos».

III

EL PROCEDIMIENTO EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

M^a LUISA MOLERO MARAÑÓN,
*Titular U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social;
Universidad Rey Juan Carlos. Catedrática acreditada*

III.1. LA NATURALEZA MIXTA DEL PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO: LA TRASCENDENCIA DEL PROCESO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA FRENTE AL PROCESO ADMINISTRATIVO

Los expedientes de regulación de empleo han sido el marco jurídico de cobertura principal en el que se han integrado las medidas nucleares que hasta fechas muy recientes se han articulado para hacer frente a los procesos de reestructuración empresarial. En particular, dicho procedimiento ha sido el cauce utilizado cuando la empresa trataba de adoptar medidas relativas al despido colectivo o la suspensión por causas empresariales. En el marco de las relaciones de trabajo, se trata de una figura plenamente asentada en nuestro sistema de relaciones laborales, al haber funcionado prácticamente en la totalidad del período post-constitucional, habiéndose revalorizado en los últimos tiempos su interés por la grave crisis

económica que ha padecido nuestro país que ha llevado a un incremento verdaderamente notable de su utilización respecto a periodos anteriores¹. Consecuentemente, las cifras de expedientes de regulación de empleo han aumentado sustancialmente; no obstante, su rendimiento no ha sido el que correspondía a la grave situación de dificultad empresarial en que se ha visto inmerso nuestro tejido productivo, planteando su articulación serios interrogantes en su aplicación, que han dado lugar a que en el último período dicho procedimiento se ha visto afectado por toda una serie de importantes reformas normativas.

Tal y como indica el título del trabajo, dentro del marco de ordenación normativa de los expedientes de regulación de empleo, el presente capítulo se va a centrar en el estudio del procedimiento, quedando al margen su causalidad, así como las particularidades de las distintas modalidades que lo integran, puesto que dichos aspectos de su régimen jurídico se efectuarán en otros capítulos del estudio. Su análisis se realizará de una forma transversal o, lo que es lo mismo, en la investigación se pretende poner de manifiesto las reglas ordenadoras del procedimiento, sin distinguir, salvo que sea preciso, en función de la naturaleza de la medida tramitada en los expedientes, puesto que en principio, el procedimiento normativo regulado es el mismo con independencia de que la medida sea de reducción temporal, suspensión de contrato o despido colectivo. Por tanto, y salvo las excepciones que se indicarán, el estudio del procedimiento de regulación de empleo es único y global básicamente regulado en sus directrices esenciales en el artículo 51 ET, al que remite la regulación prevista para la suspensión del contrato y la reducción de jornada [arts. 47.1 y 47.2 ET], con determinadas especialidades tasadas, siendo objeto dicha regla estatutaria de un importante desarrollo reglamentario, cuya ordenación ha sido variada de manera sustancial en el último año.

El procedimiento de los expedientes de regulación de empleo reviste una doble naturaleza. En primera instancia, nos encontramos frente a un procedimiento de carácter administrativo, sometido a

¹ Respecto a la intervención preceptiva de la administración laboral, RODRIGUEZ-PIÑERO, M., cifra su origen histórico en el año 1935, fecha en la que se estableció para despidos parciales por falta de trabajo o reducciones de plantilla sin cese total de actividades, habiendo permanecido dicha intervención con distinto alcance y intensidad hasta nuestros días [«Despidos colectivos y autorización administrativa», Relaciones Laborales n° 2, 2009, p. 1].

un régimen de autorización administrativa y por tanto sujeto a toda una serie de reglas que distinguen a esta clase de procedimientos en los que la administración tiene una presencia e intervención decisiva, debiendo velar por toda una serie de intereses generales que subyacen a su tramitación. Ahora bien, la mayor particularidad que presentan es que en su seno se desarrollan auténticos *procesos de negociación colectiva* a través de la preceptiva tramitación del período de consultas, al que obliga la solicitud de autorización a la autoridad laboral competente [art. 51.2 ET]. A este respecto, resulta comúnmente admitido que las consultas que preceptivamente han de ventilarse en estos procedimientos revisten la naturaleza de un genuino proceso negociador que, además, a la vista de la experiencia práctica culmina en la mayoría de las ocasiones en un acuerdo colectivo². De este modo, el ordenamiento jurídico español transpone la previsión contenida en el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE que exige al empresario que tenga intención de efectuar despidos colectivos, la consulta a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo, a la vez que establece un contenido mínimo a dicha obligación consistente en el objeto de las consultas y en la obligación de proporcionar información a dichos representantes.

En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que dicha doble secuencia se produce en un mismo espacio temporal: «el procedimiento se inicia mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes» [art. 51.2 ET]. Por tanto, en el marco de los EREs se mezclan e interrelacionan las normas reguladoras de un procedimiento propiamente administrativo con las normas propias de un proceso de negociación colectiva, sin poder obviar para su estudio ninguna de estas dos facetas. Con el transcurso del tiempo, y a la vista de los expedientes desarrollados en el último bienio que son objeto de este estudio, se puede afirmar que el proceso de negociación colectiva que se desenvuelve en el marco administrativo ha alcanzado una trascendencia decisiva, al culminar la mayoría de los EREs, según las estadísticas, en un acuerdo pactado entre los agentes negociadores³. Como se sabe, dicho pacto colectivo determina

² Vid. por todos, BLASCO PELLICER, A., *Los procedimientos de regulación de empleo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 102-103.

³ La tendencia a la presentación del ERE pactado es general dentro de las estadísticas; ahora bien, en los tres últimos años dicha realidad es innegable: en el año 2008, de los 6.823 EREs presentados, 5.583 fueron con pacto; en 2009, de los

de manera decisiva la suerte y destino que correrá la solicitud de autorización administrativa, puesto el logro del acuerdo implica de forma sistemática una resolución estimatoria por la que se concederá la autorización de la medida solicitada, debilitándose sustancialmente el control público que se ejerce sobre la medida empresarial de extinción.

En suma, aunque en una primera aproximación parezca que el régimen de autorización administrativa produce un intenso encorsetamiento en las iniciativas empresariales relativas a la reducción, suspensión o extinción colectiva, la experiencia práctica demuestra que la adopción y articulación de dichas decisiones empresariales dependen, al fin y a la postre, del resultado positivo que implique el desarrollo del período de consultas entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores. Por tanto, la tramitación de dicho periodo de consultas, que resulta ser un auténtico proceso de negociación colectiva, se convierte en la pieza esencial de todo el procedimiento de regulación de empleo. Y, consecuentemente, la adopción final de la decisión empresarial de la medida solicitada dependerá, más que de la autorización administrativa, del logro de un acuerdo en el proceso de negociación colectiva. La presencia del pacto excluye un margen de decisión heterónomo y reduce sensiblemente el protagonismo de la autoridad laboral, al encontrarse vinculada en su resolución por su contenido⁴. En consecuencia, la aparente rigidez que confiere el régimen de autorización administrativa a la adopción de las medidas empresariales se difumina en atención al favor que se confiere a la autonomía colectiva. De este modo, dentro de esa naturaleza mixta que caracteriza a dichos procedimientos vence sin duda por su relevancia el procedimiento que caracteriza a la negociación colectiva que se desarrolla en su ámbito, frente al que distingue al procedimiento administrativo de regulación de empleo.

Consiguientemente, dentro de este estudio relativo al «procedimiento» de regulación de empleo, no vamos a tratar de realizar un estudio exhaustivo del régimen jurídico del procedimiento por entero, sino que a partir de la muestra de EREs examinada durante el período 2009-2010, vamos a detenernos en las principales difi-

20.757 EREs presentados, 17.532 son con pacto y en 2010, de los 18425, 15.636 se presentaron con pacto [Estadísticas www.mtin.es, 5 diciembre 2011].

⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO, M., «Despidos colectivos y autorización...», *cit.*, p. 5.

cultades que suscita su aplicación práctica, fijándonos en las reglas principales de ambos procedimientos que se integran y entrecruzan, y teniendo en cuenta que en la muestra seleccionada la integridad de los EREs han sido respaldados por pacto colectivo. Además, por el título de la investigación en que se integra este trabajo —«La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo»— y sobre todo por su trascendencia práctica, centraremos nuestro análisis en las particularidades que presenta el desarrollo del proceso de negociación colectiva que se desenvuelve en el marco de los expedientes de regulación de empleo. De este modo, quedan en un segundo plano las especialidades administrativas del procedimiento que, bien se abordan en otros capítulos de la obra, como la documentación requerida para su tramitación integrado en el capítulo de la causa, al estar estrechamente ligada a la misma, o el plan de acompañamiento social que se examinará desde una perspectiva muy concreta relativa al control de su contenido, dejando al margen sus concretos contenidos que igualmente se tratan en otras partes del estudio de forma exhaustiva.

III.2. EL INTENSO PROCESO NORMATIVO DE CAMBIO DEL PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Reseñadas las coordenadas del estudio, sí se quiere dejar sentado una segunda pauta que recorre y marca el informe, por las fechas en que se ha realizado, y es que dicho procedimiento está inmerso en el cuadro de todo un proceso de reformas normativas que tiene una repercusión directa en el ámbito de los EREs. De este modo, el período de análisis que cubre la muestra de EREs transcurre en el año 2009 y 2010, culminando el presente estudio en el año 2011. Pues bien, cada uno de los años relacionados se ha visto afectado por una modificación normativa, no de tono menor, sino nuclear para los expedientes de regulación de empleo. En ese sentido, si el estudio de los EREs del año 2009 nos muestra la dinámica ordinaria de su tramitación durante un largo período de ordenación estable de los procedimientos de regulación de empleo, marcados por la regulación de los artículos 51 y 47 ET y su norma de desarrollo, —el Real Decreto 43/1996—, el año 2010 se ve afectado por la trascendente reforma de la Ley 35/2010.

Dicha última ordenación legal, al margen de un estudio más de detalle, efectúa una modificación en profundidad de los expedientes de regulación de empleo, ampliando, en primer término, su campo de extensión a través de la inclusión de la medida relativa a la reducción de jornada temporal, incidiendo de modo esencial en su dimensión causal, pero también repercutiendo en su dimensión procedimental. A este respecto, y dicho muy someramente, uno de los objetivos de la Ley 35/2010 es agilizar el procedimiento de consultas, dotarle de «una mayor agilidad y eficacia». Dicho objetivo, preconizado para las medidas de flexibilidad interna, se deja sentir finalmente en todas las medidas que integran un proceso de reestructuración empresarial, incluidos los expedientes de regulación de empleo. La reforma de 2010 introduce dentro del marco del procedimiento una serie de reglas esenciales que van dirigidas a la reducción de plazos para su tramitación, a solventar el problema de interlocución en las empresas en las que no exista representación de los trabajadores y, finalmente, potencia la utilización de los medios extrajudiciales de solución de discrepancias frente a situaciones de bloqueo en la negociación. De otra parte, se inicia el proceso normativo que comienza a dar una mayor relevancia al papel del plan de acompañamiento social en el ámbito de los expedientes de regulación de empleo⁵.

Ahora bien, dicha reforma va a dar lugar a la aprobación de una norma esencial dentro del campo de los expedientes de regulación de empleo en el año 2011. Por mandato de la Disposición Final Tercera de la propia Ley 35/2010, se da nueva redacción al Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobándose el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, que lejos de llevar a cabo una mera adaptación de la reforma de la Ley 35/2010, lleva a cabo una nueva ordenación de los expedientes de regulación de empleo que afecta esencialmente al procedimiento. Desde esta perspectiva, y tal y como reza en su preámbulo, la aprobación de la nueva norma reglamentaria inclu-

⁵ Sobre el contenido de la reforma de 2010 en este ámbito, se puede consultar entre otros, DESDENTADO BONETE, A., «La reforma del despido en el Real Decreto-Ley 10/2010», en GARCÍA-PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J., *La reforma laboral 2010*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 71 y ss; GOERLICH PESET, J. M^a., «La reforma de la extinción del contrato de trabajo», *Temas Laborales*, n^o 107, 2010, pp. 265 y ss y DEL REY GUANTER, S., «El despido por causas empresariales en la Ley 35/2010: los nuevos arts. 51 y 52 c) del ET», *Relaciones Laborales*, n^o 21-22, 2010, pp. 111 y ss.

ye «una regulación completa y total del procedimiento administrativo de regulación de empleo», justificada en base a razones de seguridad jurídica y adecuada técnica normativa. En efecto, dicho reglamento va a servir para elevar a categoría de norma toda una serie de experiencias observadas en la tramitación de los expedientes de regulación en virtud de la aplicación práctica del Real Decreto 43/1996. Esta última norma había servido para la ordenación de los EREs durante quince años, habiéndose consolidado criterios en su aplicación que, finalmente, se incorporan en la ordenación reglamentaria.

De otro lado, en el año 2011 se aprueba también el RDL 7/2011, de 10 de junio, «de medidas urgentes sobre reforma de la negociación colectiva» que va a incidir en las reglas de legitimación negociadora, repercutiendo en los sujetos legitimados para negociar los procedimientos de regulación de empleo, al fijar por primera vez desde el texto legal una regla de prioridad en caso de concurrencia de representaciones negociadoras. Finalmente, no se puede finalizar sin reseñar los dos cambios habidos en este último año que, de seguro, van tener una incidencia bien relevante en el marco de actuación de los EREs.

A este respecto, cabe destacar la instauración por entero del control judicial de los expedientes de regulación de empleo por la jurisdicción social, con la aprobación de la Ley 36/2011, «Reguladora de la Jurisdicción social», dejando atrás la concurrencia de jurisdicciones contencioso-administrativa y social, que tantos problemas había traído en la delimitación de competencias en función de la naturaleza de la pretensión en tiempos pasados⁶. Con la aprobación de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción social, se implanta una modalidad procesal denominada «Procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales» que dentro de su contenido, dedica una regla específica dedicada a la impugnación de los expedientes de regulación de empleo [art. 151.11 LRJS]⁷. A buen seguro, resulta predecible que su aprobación tendrá una repercusión directa

⁶ Como ya advertiera en su momento, DESDENTADO BONETE, A., «Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por fuerza mayor», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 100, 2000, pp. 1003; también, en detalle, BLASCO PELLICER, A., *Los procedimientos de regulación...*, *cit.*, pp. 274 a 313.

⁷ *Vid.* al respecto la derogación que lleva a cabo de dicha regla el artículo 20.8 del RDL 3/2012, de 10 de febrero, «de Medidas urgentes para la reforma del merca-

en la propia tramitación de los EREs, aún cuando sea sólo por la celeridad y agilidad procesal que tiene dicha jurisdicción frente a la contencioso-administrativa, que conducirá a un control judicial sobre la integridad del procedimiento de regulación de empleo mucho más eficaz que el establecido con la legislación precedente.

De otro lado, no se puede tampoco desdeñar la aprobación de la Ley 38/2011, de «Reforma de la Ley Concursal», que de una forma más limitada ha llevado a cabo modificaciones en el procedimiento concursal de regulación de empleo, precisamente para evitar conflictos con los expedientes de regulación de empleo tramitados ante la autoridad laboral, otorgando una mayor claridad y seguridad jurídica a los efectos de la declaración del concurso sobre los expedientes de regulación de empleo en trámite, así como los ya resueltos por la autoridad laboral competente.

En cualquier caso, la mera enumeración de dichas normas pone al descubierto que los expedientes de regulación de empleo en estos dos últimos años se ha visto inmerso en un proceso de reformas normativas especialmente intenso. Consecuentemente, nuestra investigación se ha visto ciertamente dificultada, al tener como trasfondo una normativa que ha sido sucesivamente modificada en todos sus aspectos nucleares y, en particular, a los efectos que ahora interesa, ha repercutido seriamente en el procedimiento de ordenación de los expedientes de regulación de empleo ante la autoridad laboral competente [art. 51 ET], viéndonos obligados en cada caso a poner de relieve, al menos, el contenido de las reformas operadas.

Con carácter general, las reformas normativas que se han llevado a cabo obligan, sin duda, a una revisión y replanteamiento del estudio del procedimiento, que, a nuestro juicio, y desde una visión general, avanza significativamente en su actualización y puesta al día. De este modo, se incorporan no sólo nuevas medidas y contenidos en el ámbito de los EREs, por el protagonismo otorgado al plan de acompañamiento social, sino también nuevos sujetos intervinientes en función de la diversidad que presentan nuestras estructuras empresariales, ganando el procedimiento en complejidad y riqueza en su tramitación. Ahora bien, el éxito u óptimo rendimiento del mismo en su resultado quedará subordinado, no sólo a la habilidad

do laboral», aprobándose una modalidad procesal específica para la impugnación de los despidos colectivos en el artículo 124 LRJS.

y capacidad de innovación de los agentes negociadores en incorporar las nuevas medidas y contenidos al marco de la negociación, sino también a la naturaleza del control público que se ejerza sobre su tramitación, que no solamente dependerá de la autoridad administrativa, sino también de la judicial que deberá desempeñar una función muy relevante en la interpretación de las nuevas exigencias legales.

Dicho esto, y en el momento inmediatamente anterior al cierre de la edición de este trabajo, se ha aprobado el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de «Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», que en el terreno objeto de estudio efectúa una modificación esencial que incide de manera directa en el procedimiento de regulación de empleo. En concreto, dicha reforma recoge aquellas voces que reclamaban la desaparición de la autorización administrativa que representaba una singularidad dentro del panorama comunitario europeo, estableciendo un nuevo régimen del despido colectivo, suspensión y reducción de jornada, en el que se suprime la necesidad de autorización. Como no podía ser de otro modo de acuerdo a la Directiva 98/59/CE, se mantiene la obligación de negociar el período de consultas, disminuyendo de manera frontal el papel que cumple la administración laboral en el procedimiento, que pasa a velar por la regularidad del procedimiento de consultas. De otro lado, se refuerza el control judicial a través de la configuración de una modalidad procesal específica para la impugnación de las decisiones empresariales de despido colectivo [art. 124 LRJS]. Ahora bien, es preciso advertir, desde un principio, que nuestro estudio ha sido realizado en base a la normativa anterior, no siendo objeto de análisis la reforma recientemente aprobada en 2012, que en relación al procedimiento efectúa un cambio decisivo que no puede ser tenido en cuenta por el momento en que culmina la elaboración de este capítulo.

III.3. LA COMPETENCIA DE LA AUTORIDAD LABORAL

El procedimiento se inicia mediante la solicitud a la autoridad laboral competente, secuencia temporal que coincide con la apertura del período de consultas con los representantes de los trabajadores [art. 51.2 ET]. La determinación de la administración a quien ha de solicitarse la autorización de las medidas viene directamente fijada por el centro de trabajo o centros de trabajo en los que presten sus

servicios los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo presentado. En el antiguo reglamento, la competencia a la Dirección General de Trabajo se atribuía, cuando la autorización afectara a los centros de trabajo o a trabajadores radicados en dos o más Comunidades Autónomas, o cuando sin rebasar el ámbito de la Comunidad Autónoma, no se haya producido el traspaso de competencias en materia de regulación de empleo, o cuando la resolución del ERE pueda afectar a más de 200 trabajadores o la medida tenga especial trascendencia social, podrá recabar la competencia [art. 2.1 b) y c) RD 43/1996]. Por el contrario, la competencia quedaba en la Dirección Provincial de Trabajo, cuando la medida no afectará a más de 200 trabajadores en el ámbito de su provincia [art. 2.1 a) RD 43/1996]. En cualquier caso, es preciso hacer notar que en el año 1996 la regulación venía marcada por la situación existente en esa fecha por la diversidad que se producía entre las distintas Comunidades Autónomas con respecto a la transferencia de competencias del Estado. A este respecto, la Comunidad Autónoma ejercía la competencia de autorización, siempre que la misma hubiera asumido el traspaso de funciones y servicios en materia de regulación de empleo.

En la terminología del reglamento vigente, y dado que el traspaso de competencias se ha completado en todas las Comunidades Autónomas, la nueva redacción indica que la determinación de la autoridad competente se efectúa «según las especificaciones incluidas en los reales decretos sobre traspaso de funciones y servicios en materia de regulación de empleo de la Administración General del Estado a las Comunidades Autónomas». El aspecto central para determinar la competencia continua siendo la ubicación geográfica en la que se encuentren los centros de trabajo en los que los trabajadores «afectados» «desarrollen su actividad o que se encuentren adscritos» [art. 2 RD 801/2011]. Por tanto, el elemento crucial para la fijación de la autoridad competente se encuentra determinado por el ámbito geográfico en que se encuentren radicados el centro o centros de trabajo donde presten servicios los trabajadores frente a los que se proyecta el expediente. De este modo, se desplaza la noción de empresa por el de centro de trabajo, por una parte, y la de plantilla de la misma, por la de trabajadores potencialmente afectados por el expediente, por otra.

Correlativamente, al solicitante del expediente se le impone la carga de justificar la vinculación entre las causas invocadas y las

medidas que vayan a adoptarse en todos los centros de trabajo afectados [art. 2.4 RD 801/2011]. En suma, con dicha carga se trata de que la empresa o, en su caso la representación de los trabajadores, razone, fundamente y acredite la conexión entre la causa alegada y los centros de trabajo escogidos para llevar a efecto la medida, sin que dicha decisión pueda ser una decisión arbitraria o caprichosa. Dicha elección no sólo es relevante, porque servirá para amparar la razonabilidad de la medida tramitada a través del expediente, sino porque a los efectos que ahora interesa, condiciona de modo directo la competencia de la autoridad laboral, no pudiendo el legitimado seleccionarla a su libre arbitrio, pudiendo elegir la que considere más favorable a sus intereses.

Dicho esto, la competencia corresponderá al órgano de la Comunidad Autónoma correspondiente, cuando dichos centros estén radicados en su totalidad dentro de dicho territorio, siempre que se vean afectados por el expediente. No obstan, por tanto, a esta competencia autonómica el hecho de que la empresa tenga centros de trabajo en el territorio de otras Comunidades Autónomas, siempre que el expediente no incluya a trabajadores de esos centros⁸. En todo caso, en estos últimos supuestos la autoridad laboral de la Comunidad Autónoma competente deberá recabar de las Comunidades Autónomas donde radiquen el resto de los centros de trabajo, informe preceptivo referido a los posibles efectos que el expediente pueda provocar en ellos [art. 12.4 y 6 RD 801/2011].

Por el contrario, la competencia se atribuirá a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración —actual Ministerio de Empleo— [art. 2.2 RD 801/2011], cuando los trabajadores afectados por el procedimiento de regulación de empleo presten sus servicios o se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en el territorio de dos o más Comunidades Autónomas. También. Se prevé también la competencia estatal, cuando los expedientes en las empresas o centros de trabajo afectados estén relacionados con créditos extraordinarios o avales acordados por el Gobierno, con empresas pertenecientes al patrimonio del Estado, con sociedades mercantiles estatales, con empresas relacionadas con defensa nacional u otras cuya producción sea declarada por norma legal de

⁸ Cfr. DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Procedimientos de regulación de empleo: adaptaciones, ajustes e intervención de la Administración», *Relaciones Laborales*, nº 18, 2011, p. 2.

importancia estratégica nacional. En estos casos, quiebra el criterio general que determina la competencia en función de la ubicación geográfica de los centros de trabajo donde presten sus servicios los trabajadores afectados, decantándose por la competencia a favor de la Administración General del Estado en razón de la naturaleza pública de la empresa o de su interés nacional.

Ahora bien, la ubicación del centro o centros afectados sí resulta vital para determinar la autoridad competente. Si el expediente de regulación de empleo afecta a centros de trabajo en el ámbito de una provincia, la competencia corresponderá a la Delegación del Gobierno si la Comunidad Autónoma es uniprovincial o a la Subdelegación del Gobierno de la provincia, si la Comunidad tiene varias provincias. De otro lado, se atribuye siempre a la Delegación del Gobierno en las ciudades de Ceuta y Melilla respectivamente, cuando los trabajadores afectados por el expediente desarrollen su actividad o se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en dichas ciudades. Por último, cabe mencionar que en estos dos últimos supuestos se prevé la posibilidad de que la Dirección General de Trabajo avoque la competencia para resolver y tramitar el procedimiento, cuando la resolución que haya que dictarse «pueda afectar a más de doscientos trabajadores o la medida tenga especial trascendencia social» [art. 2.2 d) RD 801/2011]. Se trata de una posibilidad que no afecta en ningún caso a la competencia autonómica, pues sólo puede ejercerse respecto de otros órganos estatales⁹.

Como excepción a dicha regla general, se atribuye la competencia en el nuevo reglamento —previsión inexistente en el anterior— a la autoridad laboral competente de la Comunidad Autónoma, cuando el expediente, aun afectando a trabajadores que desarrollan su actividad en dos o más territorios autonómicos, el 85 por ciento, como mínimo de la plantilla de la empresa radique en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma y existan trabajadores afectados en la misma [art. 2.3 RD 801/2011]. Por tanto, en este caso se combinan dos criterios, el común relativo a la presencia de trabajadores afectados en el territorio autonómico que asume la competencia, bastando que hubiera un asalariado afectado por el ERE, al no exigir un mínimo, y el criterio de la localización geográfica de la gran

⁹ *Vid.* respecto a la noción de avocación y sus exigencias, el estudio de PUEBLA PINILLA, A., «Procedimientos de regulación de empleo...», *cit.*, p. 3.

mayoría de la plantilla de la empresa que es el que prima para determinar la competencia autonómica.

No obstante, se ha de llamar la atención de que la atribución de dicha competencia no es plena, puesto que la competencia resolutoria del expediente continúa residenciada en la Dirección General de Trabajo, formulando la autoridad autonómica «una propuesta de resolución», pero siendo el órgano estatal el que decidirá sobre la solicitud de autorización del expediente de regulación de empleo. A este respecto, el reglamento dispone que la Dirección General de Trabajo dictará resolución «cuyo contenido se limitará a aceptar o rechazar de plano la propuesta de resolución, debiendo especificarse en el segundo supuesto los motivos de rechazo» [arts. 14.7 y 15.4 RD 801/2011]. Por tanto, la competencia estatal se revela bien limitada, dejando bien claro que la instrucción y ordenación del procedimiento se atribuye a la autoridad autonómica, y que a la estatal se le reconoce una competencia muy restringida.

En el caso de que haya acuerdo, ambas administraciones, como se verá, tienen un escaso margen de actuación, limitándose en la mayoría absoluta de las ocasiones a dictar una resolución que convalida el acuerdo. Sólo en el supuesto de falta de pacto, la autoridad laboral asume una función más relevante en la que ambas administraciones pueden o no compartir el mismo criterio de resolución. En cualquier caso, tal y como advierte la regla, la estatal en caso de que rechace la propuesta de resolución deberá fijar los motivos de su oposición y al tener la facultad resolutoria, se entiende que, además, de especificar los motivos de su rechazo, deberá dictar resolución resolviendo el expediente, accediendo o denegando la solicitud de autorización.

Una vez analizadas las reglas legales vigentes, la aplicación práctica del RD 43/1996, reglamento al que se someten los expedientes consultados, tal y como se observa en la muestra, plantea una serie de problemas que pasamos a analizar, poniendo de manifiesto que en su mayoría han sido corregidos por las últimas reformas normativas.

III.3.1. Autoridad laboral competente y cambios en la competencia inicial

El primero y más relevante, se trata de que la fijación de la autoridad laboral competente se ha de determinar, como se ha expuesto,

desde el momento temporal de inicio, y su concreción, como indica la norma, no se fija en función de los trabajadores de la plantilla de la empresa sin más, y con independencia de si son o no afectados por el ERE. El factor clave incide en los trabajadores que finalmente son objeto de las medidas solicitadas en el marco del procedimiento de regulación de empleo. Por tanto, la autoridad competente queda determinada por el contenido de la solicitud inicial, momento temporal en el que se ha de comunicar simultáneamente a la representación de los trabajadores, la apertura del período de consultas. La cuestión que se suscita es que en muchas ocasiones dicho componente del procedimiento no se encuentra perfectamente perfilado al inicio del período de consultas, sino que precisamente es uno de los contenidos sobre los que va a versar la negociación.

Como indica la ordenación normativa, uno de los contenidos esenciales sobre el que versará la consulta es «la posibilidad de evitar o reducir sus efectos» [art. 51.4 ET], entrando de lleno en la negociación el número de afectados por la medida. Indudablemente, la fijación del número de afectados y los criterios para su elección resultan ser una de las materias negociales típicas dentro del marco de los EREs. En consecuencia, cuando finaliza el período de negociación y el empresario comunica a la autoridad laboral competente el resultado del período de consultas, incluye la solicitud final que realiza y las condiciones del mismo, resultando plenamente admisible la variación de las medidas contenidas en la solicitud inicial. De este modo, resulta un supuesto no infrecuente que el expediente haya dejado de afectar a trabajadores de dos Comunidades Autónomas, para incidir sólo en una de ellas, pudiéndose producir el efecto de que la autoridad competente deba dejar de ser la Dirección General de Trabajo para pasar a ser la autoridad autonómica. Frente a dichos cambios, la antigua norma reglamentaria no establecía previsión alguna, produciéndose resultados disfuncionales en la tramitación del procedimiento, al tener que traspasar la competencia a un órgano administrativo distinto que tenía que asumir *ex novo* la resolución del ERE, con las demoras y perjuicios que ello conlleva [Exp. 452/2009].

Pues bien, el nuevo reglamento contempla dicha posibilidad, indicando que si como resultado del período de consultas, se reduce el número de trabajadores o de centros de trabajo afectados, dichos cambios no alterarán la competencia para resolver el procedimiento, «que vendrá determinada por la solicitud iniciadora del procedi-

miento» [art. 17.1 RD 801/2011]. Por tanto, a efectos de determinar la autoridad laboral competente solamente se tendrá en cuenta el número de afectados y la localización que se haya fijado en la solicitud inicial normalmente presentada por el sujeto empresarial.

Indudablemente, dicha solución, por una parte, favorece la agilidad y celeridad en la tramitación del procedimiento, al no sufrir cambios la competencia fijada inicialmente, pero, por otro lado, puede ser utilizada para fines no adecuados o estratégicos por el empresario que es quien mayoritariamente presenta el ERE y determina, por tanto, la autoridad laboral competente. Para evitar dicha utilización desviada, se ha de tener en cuenta que, como se ha indicado, el solicitante tendrá que justificar en la solicitud inicial las razones de la elección de los centros afectados, así como del número de trabajadores, sin que dicha decisión empresarial esté liberada de control administrativo. En conclusión, a nuestro juicio, si se demuestra una decisión empresarial arbitraria y carente de fundamento en la delimitación del expediente, cuyo resultado puede provocar el cambio de la autoridad laboral competente, dicha infracción podría provocar la anulación del expediente por haber sido resuelto por una autoridad incompetente [art. 20.1 Ley 30/1992].

III.3.2. Autoridad laboral competente y grupo de empresas

Desde una perspectiva distinta, se ha planteado también un problema aplicativo en el caso de los EREs que tienen una proyección sobre un grupo de empresas, puesto que el tratamiento de la noción de despido colectivo cambia sustancialmente, dependiendo de si se concibe el grupo como una única estructura empresarial, a si se considera que nos encontramos ante empresas independientes. En el primer caso, el tratamiento que se otorga considera a las empresas del grupo, como si fueran centros de trabajo de la misma empresa, efectuando un cómputo global, atendiendo al conjunto total de la plantilla de todas las sociedades que la integran. Por el contrario, en el segundo supuesto si cada una de las empresas mantiene su individualidad, se efectuaría un cómputo por cada una de las sociedades, atendiendo estrictamente a la plantilla de las empresas de forma independiente, pudiéndose modificar la calificación del despido, pasando a considerarse en el caso de que no alcance los umbrales mínimos como un despido objetivo. De este modo, en la primera

hipótesis nos encontraríamos con la tramitación de un ERE único que afecta a un grupo de empresas, y en el segundo, habría que tramitar tantos EREs como sociedades integran el grupo, en el caso de que las medidas instadas vayan a afectar a trabajadores de todas las empresas integrantes.

Ante el vacío legal que no ha sido solventado por la últimas reformas, aludiendo a la posibilidad del ERE de grupo, refiriéndose en todo caso al empresario y a la unidad empresarial como el ámbito relevante, el tratamiento que le ha otorgado la administración laboral en la muestra contemplada es considerar al grupo como una empresa única, de conformidad, por otra parte, con la propia solicitud del ERE que se presenta a instancias del grupo de empresas. Dicho tratamiento es el que resulta más adecuado, atendiendo a la situación global del grupo, valorando la realidad económica del conjunto empresarial, en particular, si se invoca la causa económica y no de cada una de las compañías independientemente. En suma, se habrá de contemplar la causa invocada en el seno de la realidad grupal, siempre eso sí que se trate de un ERE que va a incidir de forma simultánea en trabajadores de distintas empresas.

En cualquier caso, dicha alternativa no implica que una empresa del grupo pueda presentar de forma independiente un ERE individual, si la causa y, por tanto, la medida sólo incide en su estructura empresarial. Ahora bien, dicha solicitud independiente no debe ser preceptiva en todo caso, sino que dependerá de las características individualizadoras o grupales del ERE en cuestión, frente a cuya valoración habrá de tenerse en cuenta preceptivamente la independencia funcional de la empresa en el grupo y de sus trabajadores en particular. De esta forma, resultarán factores claves para valorar la repercusión del grupo en el procedimiento de regulación de empleo, la causa invocada para justificar el despido y su ámbito de afectación, de una parte, y de otra, la propia independencia y autonomía de la empresa en su funcionamiento con respecto al grupo en el que se integra.

Al margen de lo anterior, se ha de reseñar que el nuevo reglamento sí alude a diferencia del anterior al grupo de empresas, pero con un objetivo muy limitado, que es el relativo a la presentación de la documentación complementaria en el caso de tratarse de un ERE por causa económica [art. 6.4 RD 801/2011]. Desde esta perspectiva, y sin ánimo exhaustivo al tratarse en otro capítulo del estudio,

si la empresa solicitante forma parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas, además de su documentación, deberá acompañar la de la sociedad dominante del grupo, y en el caso de que no haya obligación de formular cuentas consolidadas, junto a la documentación económica de la empresa solicitante deberá adjuntarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas [art. 6.4 RD 801/11]. En ambos supuestos, no obstante, se supedita el cumplimiento de dicha obligación adicional a que «en el grupo existan empresas que realicen la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y que existan saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo».

Por tanto, la referencia al grupo de empresas no es para abrir un nuevo ámbito de actuación del ERE que contemple dicha estructura empresarial, sino que el objetivo es bien restringido dirigido a justificar la causa económica que ampara el procedimiento de regulación, teniendo en cuenta no solo la situación de la empresa solicitante, sino la del grupo en el que esta integrado siempre que se den todo el conjunto de condiciones más arriba indicadas. Ahora bien, dicha valoración no incide, ni en el ámbito del ERE, ni en las consecuencias que despliega el mismo, sino sólo en su valoración causal. En suma, las previsiones que contemplan el grupo de empresas no alteran el ámbito de aplicación del procedimiento que continúa sin rebasar el ámbito de la empresa.

Pese a lo anterior, dichas previsiones no implican una prohibición de que el ERE sea presentado por el grupo de empresas como tal, sino que simplemente establecen unas obligaciones adicionales para las empresas que formen parte de un grupo y soliciten el procedimiento de regulación de manera independiente y por causa económica. En conclusión, tanto con la disciplina anterior, como con la vigente, es posible e, incluso, razonable, que el grupo de empresas pueda presentar de forma conjunta el ERE, formulando una solicitud inicial que tenga dicha dimensión, no viéndose obligado a presentar EREs por cada una de las sociedades que lo integran. En dicho supuesto, se configurará para la propia noción de despido colectivo, así como para determinar la autoridad laboral competente, el grupo de empresas como si fuera una unidad empresarial, dándole el tratamiento jurídico que indicamos con anterioridad.

III.3.3. Autoridad laboral competente y juez del concurso

En relación a la competencia de la autoridad laboral resulta importante mencionar la reforma llevada a cabo en el marco concursal para evitar conflictos de competencia entre el juez del concurso y la autoridad laboral, que había sido en parte anticipada por el nuevo reglamento de los procedimientos de regulación de empleo. En este sentido, se había declarado que si durante la instrucción del ERE, y antes de dictar resolución por la autoridad laboral, la empresa es declarada en situación del concurso, la autoridad laboral procederá al archivo de las actuaciones, dando traslado del mismo a los interesados —empresa y representación de los trabajadores— y al Juez del concurso [art. 17.2 RD 801/2011]. Frente a dicha previsión, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley concursal, da una nueva redacción al artículo 64.1 LC, fijando la competencia de juez del concurso en función de la fase de tramitación en la que se encuentre el expediente de regulación de empleo, estableciendo una disciplina más completa.

En particular, si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un ERE, se otorga primacía a la competencia del Juez del concurso, puesto que se ordena que «la autoridad laboral remita lo actuado al juez del concurso», conservando en todo caso validez en el procedimiento concursal las actuaciones practicadas en el ERE hasta esa fecha. Dicha regla regirá hasta tanto el procedimiento de regulación de empleo no haya sido resuelto por la autoridad laboral competente, reproduciendo lo dispuesto en el reglamento.

En el caso de que la administración laboral ya hubiera dictado resolución que autorice o estime la solicitud, corresponderá a la administración concursal la ejecución de la resolución administrativa. En cualquier caso, la declaración de concurso tiene que ser comunicada a la autoridad laboral por la incidencia directa que tiene sobre el ERE que, como se ha indicado, si está en fase de tramitación puede llegar a neutralizar la competencia de la autoridad laboral, debiendo trasladar las actuaciones al Juez concursal y, si está resuelto por la administración, la competencia ejecutiva también se traslada al ámbito concursal, quedando la posible impugnación de la resolución radicada en la jurisdicción social.

III.4. LA COMPLEJIDAD DE LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN NEGOCIADORA EN EL PERIODO DE CONSULTAS

Como se ha indicado, la mayoría absoluta de los expedientes de regulación de empleo que se resuelven por la autoridad laboral vienen respaldados por el pacto entre los negociadores del periodo de consultas. Consecuentemente, el proceso negociador que se lleva a cabo adquiere una importancia crucial dentro de la tramitación del procedimiento. Indudablemente, y una vez analizada en la muestra el conjunto de los expedientes, se puede concluir que uno de los aspectos esenciales del procedimiento se refiere a la constitución de los sujetos negociadores.

En especial, por la parte social, puesto que por la parte empresarial la determinación del órgano negociador apenas plantea problemas. Con carácter general, coincide con el empresario, salvo que se trate de un *grupo de empresas*, cuya realidad productiva, como se ha expuesto, no es ajena en la muestra, pese a que el legislador cuando contempla dichos expedientes alude en toda su ordenación a la unidad empresarial, como si se tratará de una empresa única. Quedan al margen, tanto en la antigua como en la nueva regulación, cualquier otra realidad productiva que no se refiera a la empresa y al empresario, como como contraparte del proceso negociador. No obstante, lo cierto es que dentro de los procedimientos de regulación de empleo nos encontramos con expedientes que no afectan exclusivamente a la empresa, sino al grupo. A este respecto, llama la atención frente al vacío legal cómo son admitidos sin resquicio de duda por la administración competente, tratando a efectos procedimentales al grupo de empresas, como si fuera una única estructura empresarial, convocando en la negociación a la plenitud de las representaciones de los trabajadores, así como a la representación de las empresas para la negociación del proceso de reestructuración [entre otros, Exp. 414/2009, 263/2010, 310/2010].

En este sentido, resulta excepcional dentro de la muestra, el procedimiento de regulación que esta impugnado en vía administrativa, precisamente, por el tratamiento dado a un ERE de grupo de empresas, como si de una empresa única se tratara, «cuando realmente es un grupo constituido por 5 sociedades que han de ser tratadas independientemente». Dicha calificación incide directamente en la calificación del despido como «colectivo», puesto que si el cómputo

de trabajadores se realizara en cada sociedad se trataría de un despido objetivo, resultando la autoridad laboral incompetente para tramitar el procedimiento de regulación de empleo [Exp. 319/10].

De otro lado, si se atiende a la representación de los trabajadores, se habrá de distinguir con claridad dentro de la muestra de los expedientes analizados, los comprendidos en 2009 y hasta que la reforma de 2010 tiene lugar por la aprobación de la Ley 35/2010, y los que ya se ven afectados por la reforma de 2010, valorándose, finalmente, las novedades que incorpora el nuevo reglamento de regulación de empleo de 2011, con el fin de determinar la continuidad de las reglas que rigen la legitimación negocial, así como los posibles cambios habidos en este concreto ámbito.

III.4.1. Reglas de legitimación anteriores a las reformas 2010-2011

III.4.1.1. La designación de la representación de los trabajadores por centro de trabajo en la negociación de ámbito empresarial

En este primer periodo 2009-2010, se puede indicar que hay una doble realidad clara entre los expedientes: las empresas o centros de trabajo que cuentan con una representación de trabajadores estables que plantean muy escasos problemas en la determinación del interlocutor adecuado, y las que, por el contrario, no tienen ninguna estructura representativa con la que pueda el empresario negociar. A este respecto, es preciso tener en cuenta que el prototipo común del ámbito de aplicación del expediente de regulación de empleo se proyecta sobre empresas pluricelulares, resultando un supuesto absolutamente excepcional en la muestra el que se integra por una empresa con un único centro de trabajo. Además, con carácter general el procedimiento de regulación de empleo se concibe con una dimensión que integra a la empresa en su conjunto y no en función de los centros de trabajo afectados, salvo determinadas excepciones en que el ERE puede estar muy focalizado por razones geográficas o productivas. En este sentido, de la experiencia práctica se deduce que en el período de consultas hay que dar intervención a una representación de *todos* los centros de trabajo que compone la empresa, puesto que de una u otra forma se pueden ver afectados —en ocasiones, no por la medida, pero sí por las acciones del plan social—,

no marginando, con carácter general, a las representaciones de los centros de trabajo que no resultan afectados.

Partiendo de ambos presupuestos, lo primero que se ha de llamar la atención es que la atribución de legitimación negociadora de la representación de los trabajadores en un primer nivel no se concibe en el ámbito de la empresa en su conjunto, sino que la selección de la representación tiene un ámbito de aplicación bien limitado, circunscrito al centro de trabajo, que, como se sabe, es la unidad electoral donde se eligen a las representaciones unitarias o electivas en el Derecho español. Por tanto, el problema de elegir una estructura representativa se plantea con una importante frecuencia, puesto que el presupuesto relevante no es que la unidad empresarial no cuente con representación de los trabajadores sin más, sino que en el proceso negociador han de estar representados por algún tipo de fórmula representativa todos y cada uno de los centros de trabajo en los que se reparte la empresa. Basta que un centro de trabajo no tenga representación para que se tenga que iniciar el proceso de designación de alguna fórmula representativa.

De este modo, se puede concluir que para determinar el interlocutor social adecuado no se distingue en función del ámbito en que se proyecta la medida solicitada y la causa invocada, sino que la regla general extiende la negociación a la totalidad de la empresa y, consecuentemente, a la integridad de los centros de trabajo que la componen. Por tanto, la empresa tiene el deber u obligación de convocar a la negociación a todas y cada una de las representaciones de los trabajadores de cada uno de los centros de trabajo en que se reparte la empresa, y en caso de que en el centro de trabajo no haya representación tiene que comunicar a los trabajadores sobre la posibilidad de su designación. Consecuentemente, el supuesto más habitual es que la negociación del ERE se lleve a cabo con una pluralidad de representaciones de muy distinta naturaleza, debiendo negociar la dirección de la empresa con todas y cada una de ellas en la medida en que representan a los trabajadores de sus centros de trabajo.

En conclusión, la hipótesis común es que el proceso de negociación colectiva se desenvuelva con una diversidad de órganos constituido por representaciones unitarias, sindicales y comisiones «ad hoc» a un tiempo, incluyéndose, incluso, en la comisión de la negociación del acuerdo, y de conformidad con la normativa del RD

43/1996, a trabajadores individuales. Ahora bien, la ordenación jurídica no establece ningún tipo de regla de fijación sobre el modo de composición de la representación negociadora del ERE, pese a su complejidad, y pese al requisito de la consecución del acuerdo por la regla de la mayoría de cada parte negociadora [art. 51.4 ET]. Por tanto, su aplicación dependerá de los acuerdos que adopten entre las distintas representaciones que comparezcan con el fin de determinar el modo de su composición y la cuantificación del régimen de mayoría.

A este respecto, como se verá, dicho vacío normativo ha sido suplido en parte por el nuevo reglamento de 2011, norma en que se contempla que la negociación se pueda llevar a cabo en cada uno de los centros de trabajo o, por el contrario, de forma global en el conjunto de la empresa, fijando algunas reglas para la constitución de las comisiones respectivas.

III.4.1.2. *Reglas de legitimación negociadora en las empresas con representaciones estables*

En primera instancia, si el centro de trabajo cuenta con una representación de los trabajadores, ya sea unitaria o sindical, dicha representación colectiva tiene derecho a que se la convoque a la negociación del período de consultas del proceso de reestructuración empresarial. En efecto, en el caso de las sindicales, la convocatoria empresarial a la negociación no es, como se verá, sin condiciones.

A la vista de la muestra de EREs analizada en los años 2009-2010, antes de que entre en vigor la reforma de la Ley 35/2010, se puede indicar que en el caso de las representaciones unitarias se encuentran expedientes de regulación negociados, tanto por el Comité de Empresa, como por Delegados de Personal, o ambos de forma simultánea, en la medida en que se han constituido en centros de trabajo distintos.

Pese al silencio legal, también cuenta con legitimación negociadora el Comité Intercentros, cuando se encuentra constituido en una empresa con una pluralidad de centros; de *facto*, la realidad demuestra que dentro de los EREs examinados existe un número muy relevante de supuestos en los que la negociación del procedimiento se lleva a cabo por dicho órgano que aglutina los intereses

del conjunto de los trabajadores de la empresa [entre otros, Exps. 17/09, 30/09, 129/09, 131/09, 186/09, 421/09, 451/09]. Por tanto, la experiencia práctica demuestra que la atribución de legitimación se decanta por dicho órgano representativo, cuando esta constituido en la empresa y se le ha otorgado dicha competencia. Ahora bien, la presencia del Comité Intercentros no impide o excluye que comparezca en la negociación las representaciones sindicales, ya sea el Delegado o Delegados Sindicales constituido en la empresa [Exps. 267/09, 421/09], ya sean las secciones sindicales de empresa [Exps. 191/09, 251/10, 417/09, 458/09]. No se puede olvidar que aunque la elegida para la negociación fuera la representación unitaria, al Delegado Sindical se le atribuye por la LOLS el derecho de audiencia al tratarse de medidas de carácter colectivo que afectan a los trabajadores en general [art. 10.3.3° LOLS]. Por tanto, su intervención siempre esta asegurada, al tener la empresa que consultar dichas medidas con el representante sindical, siendo dicha previsión especialmente relevante, cuando el sindicato en cuestión no controla o tiene escasa presencia en el comité de empresa.

A este respecto, aunque se aprecia dentro de la muestra en menor medida, también las secciones sindicales tienen legitimación negociadora, siempre eso sí que dichas representaciones cuenten con el requisito o condición de que representen en su conjunto a la mayoría de las representaciones unitarias del centro de trabajo en cuestión [Exps. 60/09, 449/09, 235/10]. En dichos supuestos, se constituye una denominada Comisión sindical en la que están presentes las secciones sindicales que representan a la mayoría de la representación unitaria de los trabajadores [Exp. 60/09]. Por tanto, y aunque, en principio, dicha condición de legitimidad no es exigida por la Ley para la convocatoria de las representaciones sindicales a la negociación del período de consultas, dado que el acuerdo solo puede ser adoptado por las sindicales cuando representen a la mayoría de las unitarias, resulta obligado que la representación sindical reúna dicha condición desde el inicio para que se le atribuya legitimación negociadora.

Finalmente, se ha de indicar que ambos órganos de representación, unitario y sindical, son concebidos como representaciones alternativas o excluyentes y no acumulativas, de tal forma que la selección de una de ellas margina a la excluida. En la práctica de los EREs la dinámica más común es la negociación por una representación exclusiva; ahora bien, no resulta inusual la presencia de ambas

clases de representaciones, sin que en la totalidad de la muestra se haya invocado un conflicto de concurrencia entre representaciones que hubiera de resolverse¹⁰. Como se sabe, dicho eventual conflicto ha sido resuelto por la reforma de 2011 estableciendo una regla legal de preferencia que no deja resquicios de duda en la elección del interlocutor adecuado.

III. 4.1.3. *Especial referencia a las alternativas previstas para los centros de trabajo sin representación antes de la reforma 2010*

Con anterioridad a la reforma de 2010, los centros de trabajo que no tienen representación alguna de trabajadores que son una realidad de nuestro tejido productivo muy abundante dentro de la muestra, se les daba una triple opción. En primera instancia, la designación de una comisión «ad hoc» que permite la elección, según el artículo 4 del RD 43/1996, de una comisión integrada por un número máximo de cinco representantes, siempre que la plantilla del centro esté formada por un número igual o superior a diez trabajadores con los que la autoridad laboral entenderá las sucesivas actuaciones [Exps. 31/09, 34/09, 142/09, 224/10, 425/09, 240/10]. En este sentido, resulta claro que se trata de una representación «ad hoc», «al ser elegida por la plantilla de la empresa específicamente para la negociación del ERE» [Exp. 86/09]. Desde esta perspectiva, la norma reglamentaria dispone la participación directa de los trabajadores en el procedimiento, aplicándose la regla de forma variable, apreciándose que la comisión puede estar formada, desde cuatro miembros [Exp. 31/09], hasta un miembro en cada centro de trabajo [Exp. 315/10], o hasta el fijado reglamentariamente [Exp. 31/09], eligiéndose en todo caso por la plantilla del centro de una manera claramente informal.

En segundo lugar, resulta también práctica relativamente habitual dentro de la muestra la designación por los trabajadores del centro de una representación unitaria que se encuentre constituida en otro centro de trabajo. En esta dirección, no siempre, pero sí en algunos casos a través de una asamblea convocada al efecto [art. 77

¹⁰ *Vid.* sobre las distintas soluciones o criterios para resolver el posible conflicto, BLASCO PELLICER, A., *Los procedimientos de regulación...*, *cit.*, pp. 109 a 112.

ET], o a través de la delegación expresa formulada por escrito [Exp. 89/09]. Bajo cualquiera de dichas fórmulas, los trabajadores de un centro de trabajo adoptan la decisión de delegar su representación en un órgano electivo elegido en otro centro de trabajo [Exps. 98/09, 416/09, 455/09, 207/10, 232/10, 242/10, 243/10, 467/09]. Por tanto, la atribución de legitimación negociadora de la representación unitaria elegida en un centro de trabajo se extiende a otros centros de trabajo, porque así lo deciden por acuerdo mayoritario los trabajadores carentes de cualquier estructura representativa.

Finalmente, como se ha indicado, la última opción es que los trabajadores del centro de trabajo, pese a darles las opciones anteriores, prefieran negociar de manera individualizada con el empresario [ERE 12/09, 260/10, 403/09, 453/09, 466/09]. En este sentido, la norma reglamentaria dispone que en el caso de no existir representación de los trabajadores en el centro, «éstos podrán intervenir en la tramitación del procedimiento» [art. 4 RD 43/1996]. No obstante, se ha discutido la naturaleza de su intervención y, en particular, si podían ser susceptibles de la titularidad del derecho de consulta por ellos mismos o través de la designación de una comisión «ad hoc»¹¹. A este respecto, se puede indicar que a dichos trabajadores no se les niega, ni por la administración, ni por el empresario afectado, en ningún momento la posibilidad de negociar en el marco del expediente; ahora bien, lo que sí es cierto es que asumirán una posición distinta en el proceso negociador, compareciendo en nombre propio, bien porque no alcanzan el número mínimo requerido por la norma reglamentaria para la designación de la comisión, o bien porque simplemente han preferido una negociación individual.

En cualquiera de los supuestos, la consecución del acuerdo requiere la conformidad de la mayoría de las representaciones negociadoras al efecto [art. 51.4 ET]. No obstante, es preciso llamar la atención sobre cómo la autoridad laboral competente —en nuestro caso, la Dirección General de Trabajo— no considera que el pacto alcanzado, tanto con los trabajadores individuales, como con las comisiones *ad hoc*, tenga la naturaleza de un pacto colectivo, «al ser

¹¹ A este respecto, MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., consideran que conforme al artículo 6 de la Directiva 98/59/CE, es preceptivo la necesidad de celebrar un período de consultas, ya sea con la representación o con los propios trabajadores [*El despido colectivo en el Derecho Español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 167-169].

éste el celebrado con las representaciones legales o sindicales mayoritarias de éstas» [Exps. 260/10, 429/09, 446/09, 450/09]. Dichos acuerdos logrados con la totalidad de los trabajadores individuales o con las propias comisiones *ad hoc* tienen el mero valor de «un elemento de convicción», que se añade al resto de los medios de prueba que aporta la empresa para justificar la causa frente a la autoridad laboral competente.

En el caso particular de que la negociación se lleve a cabo por una comisión *ad hoc*, resulta también práctica habitual que el acuerdo final «sea ratificado en asamblea de trabajadores» [Exps. 255/10, 402/09, 447/09]. Sin embargo, su aprobación por la plantilla de la empresa no implica cambio alguno en la consideración del valor jurídico que ha de atribuirse al pacto negociado. Desde esta óptica, se puede afirmar con rotundidad, que la Dirección General de Trabajo sólo considera como acuerdo o pacto colectivo que culmina la negociación del período de consultas, al que se lleva a cabo entre la empresa y la representación unitaria o sindical de los trabajadores, quedando al margen de esta calificación cualquier otro pacto o acuerdo negociado entre sujetos distintos. A este respecto, el valor de pacto individual o plural, cuando se trata de un acuerdo adoptado por la empresa y todos y cada uno de los trabajadores individuales no resulta discutible [Exps. 257/10 y 453/09]. No obstante, en el caso de que la culminación del acuerdo se lleve a cabo por la comisión «ad hoc», la respuesta de la naturaleza jurídica de la comisión resulta más controvertida, tal y como se verá, con la nueva doble comisión prevista en la reforma de la Ley 35/2010 [art. 41.4 ET], que ha provocado un cambio radical de posición en la nueva norma reglamentaria que desarrolla el texto legal que la califica como acuerdo colectivo [art. 14.3 RD 801/2011].

Ahora bien, la conclusión que debe quedar clara es que bajo la disciplina prevista por el antiguo reglamento de regulación de empleo, las comisiones «ad hoc» elegidas en los centros de trabajo sin representación no eran consideradas como una representación de «naturaleza colectiva» por la Dirección General de Trabajo. Consecuentemente, sus acuerdos no tenían el valor de ser considerados como acuerdos colectivos, fruto de un proceso de negociación colectiva, al no estar articulados por ninguno de los sujetos que constituyen el doble canal de representación de los trabajadores. Por tanto, la autoridad laboral administrativa consideraba que el ERE había sido culminado sin el acuerdo que garantiza o asegura la con-

cesión de la autorización administrativa, entrando a resolver sobre el fondo en su resolución administrativa, sin perjuicio de advertir que el acuerdo individual de los trabajadores revestía una especial trascendencia por la autoridad laboral a la hora de adoptar su decisión. Resulta plenamente inusual que la resolución administrativa fuera desestimatoria de la solicitud, pese a la ausencia formal de pacto colectivo, si los trabajadores individuales habían prestado su conformidad a la propuesta empresarial.

III.4.2. Incidencia de la reforma de la Ley 35/2010 sobre las reglas de legitimación negociadora: La aplicación del artículo 41.4 ET en el ámbito de los EREs

Como ya se ha indicado, la Ley 35/2010 efectuó una modificación en profundidad del régimen jurídico del procedimiento de regulación de empleo [art. 51 ET]. En lo que se refiere a la legitimación, la reforma más relevante es la relativa a la inauguración desde el texto estatutario de la doble comisión en el caso de las empresas o centros de trabajo que carezcan de estructuras representativas [art. 41.4 ET]. Resulta comúnmente admitido que dicha doble comisión encuentra su antecedente directo en la comisión «ad hoc» prevista en el artículo 4 RD 43/1996.

La trascendencia del mandato contenido en la regla estatutaria es vital, puesto que se erige en una pieza normativa esencial para la articulación del conjunto de medidas de reorganización productiva que se pueden activar en las organizaciones empresariales. Pese a que su disciplina está contenida dentro del régimen de modificaciones colectivas [art. 41.4 ET], su aplicación es transversal, actuando para todas las medidas que pueden integrar un proceso de reestructuración empresarial, incluida la tramitación de los expedientes de regulación de empleo, ya sea de despido colectivo [art. 51 ET], como de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada [art. 47 ET]. En todos los casos, se establece una norma de remisión al artículo 41.4 ET, siendo el presupuesto verdaderamente relevante la cobertura del vacío de interlocución negocial que se produce en las empresas que carecen de representación de los trabajadores.

Una vez que se cumple dicho presupuesto de partida, la regla estatutaria posibilita a los trabajadores optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, bien a una comisión de

un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente, o bien a una comisión de igual número de componentes, pero designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación de la misma [art. 41.4 ET]. Dicha doble fórmula provoca toda una serie de interrogantes en su articulación que se han dejado sentir en la muestra de EREs analizada, poniendo de manifiesto en este informe las principales conclusiones obtenidas del estudio de los EREs, en los que los trabajadores se han valido de dicha doble alternativa.

La primera pregunta que se plantea se refiere al alcance que ha de darse al presupuesto que activa su ordenación. Determinar el sentido completo que ha de atribuirse a «la inexistencia de representación legal de los trabajadores en la empresa», cuya presencia es el punto de arranque para la constitución de la doble comisión prevista. Bajo la dicción literal de la regla estatutaria, se plantean al menos las siguientes cuestiones: basta la ausencia de representaciones unitarias para su activación, o, si hay representaciones sindicales, éstas podrán cubrir el vacío de interlocución negocial. Pues bien, a la vista de la muestra de expedientes analizada se puede contestar que en el ámbito de los EREs para que se active el procedimiento, el presupuesto verdaderamente necesario es que no esté constituida ninguna representación electiva en el centro de trabajo. Las representaciones sindicales no pueden suplir dicho vacío, puesto que, como se ha expuesto, para que tengan legitimación negociadora en el período de consultas y puedan suscribir el acuerdo, se exige que tengan presencia mayoritaria en los órganos de representación unitaria. En consecuencia, su constitución por sí misma no impedirá la activación del procedimiento para la designación de la doble comisión.

De otro lado, a la vista de la experiencia de los EREs resulta incuestionable, siguiendo el criterio aplicado con respecto a su antecedente inmediato [art. 4 RD 43/1996], que dicho procedimiento de designación se habrá de activar sin necesidad de reclamarse una ausencia plena de representaciones electivas en la empresa, tal y como reza en el texto estatutario, sino que bastara que un centro de trabajo carezca de representación para que se active dicho procedimiento. En suma, el presupuesto genuinamente relevante para la aplicación

del artículo 41.4 ET en el marco de los EREs resultara ser la carencia de representación en uno de los centros de trabajo que conforman la empresa. En este sentido, la aplicación de la regla estatutaria sigue la tendencia marcada por la disciplina precedente que ha concebido la representación colectiva de los trabajadores, como una representación por centros de trabajo, convocando a la negociación del período de consultas a todas y cada una de las representaciones constituidas en cada centro de trabajo. Se ha concebido escrupulosamente en la dinámica de los EREs el campo de acción limitado de las representaciones unitarias en nuestro Derecho, proyectando su acción colectiva de forma exclusiva en el marco en el que han sido elegidas o, lo que es lo mismo, en el centro de trabajo. Por tanto, en las empresas pluricelulares se está activando dicho procedimiento y exigiendo por la administración su tramitación en los centros dónde no hay representación unitaria, aunque sí se encuentre constituida en otros centros de trabajo, al restringirse su acción representativa a ese concreto ámbito, no al de la empresa en su totalidad.

La segunda cuestión que se plantea es quien decide cuál de las dos opciones que posibilita la Ley se va a llevar a cabo, cuando se produzca el vacío de representación. Para responder a este interrogante, hay que partir del principio claro de que el ET atribuye el derecho de elección a los trabajadores del centro de trabajo en cuestión. Son ellos los que han de adoptar la decisión bajo el principio democrático, decidiendo quien quiere que les represente: bien una comisión elegida de entre los asalariados del centro o, bien, una comisión que sea designada por los sindicatos más representativos y representativos del sector. El problema de dicho derecho de elección es que el legislador no establece procedimiento alguno para la adopción de esa trascendental decisión, obviando la importante intervención de la empresa que es la que adopta la iniciativa y solicita la autorización, abriendo el proceso de negociación. Dicha indeterminación normativa se agudiza en sus efectos, si además se tiene en cuenta el plazo excesivamente reducido para su constitución de cinco días que no paraliza el período de consultas, cuya duración también ha sido limitada en la reforma, fijando un término máximo que sin duda beneficia al empresario que podrá dar por concluido el período de consultas, adoptando la decisión empresarial que corresponda.

En cualquier caso, todo lo anterior quiere poner de relieve en relación al derecho de elección que son los asalariados del centro

de trabajo los que decidirán, pero la empresa será la que pone en marcha la iniciativa de adoptar una medida colectiva y es la que en la práctica impulsa el procedimiento ante su propósito, teniendo un deber de comunicar la iniciativa a todos los trabajadores con el fin de que comiencen a articular la opción legal. Pues bien, a este respecto, lo primero que hay que llamar la atención es que pese a que la Ley establece la doble fórmula, sin dar preferencia legal a ninguna de las dos opciones, la práctica habitual que se observa en los EREs confirma que la empresa se suele dirigir a los trabajadores del centro, informando del derecho que tienen de elegir a un máximo de tres asalariados para que los represente en la negociación. Es decir, las empresas en la dinámica de los EREs promueven la constitución de una comisión extrasindical o directa, obviando la posibilidad de la comisión sindical.

Con respecto al procedimiento para adoptar la decisión, ante la ausencia de regulación legal se está imponiendo un procedimiento claramente informal, sin tan siquiera exigir una reunión convocada al efecto, ni mucho menos el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 77 ET. El único requisito o condición exigida por la administración laboral es la acreditación documental, por razones de seguridad jurídica, de que la fórmula legal escogida ha sido adoptada por la «mayoría» de los trabajadores del centro. De este modo, se indica en alguna resolución que «la designación se realiza en algunos centros por votación de los trabajadores que suscriben el acta de nombramiento y en otros casos se envía por los trabajadores e-mails, manifestando su adhesión al representante *ad hoc* elegido» [Exp. 320/10], o «con un acta en el que figura la firma de todos los trabajadores del centro que la suscriben, procediendo a su designación» [Exps. 313/10, 315/10 y 312/10], o «se aportan actas firmadas por los trabajadores reunidos en asamblea para elegir la representación *ad hoc*» [Exp. 321/10].

Finalmente, una última pregunta plantea su articulación y es qué ocurre si los trabajadores no eligen ninguna de las fórmulas previstas, apostando por no delegar en una instancia representativa la defensa de sus intereses. Pues bien, frente a dicha falta de designación, el legislador simplemente establece «la no paralización del período de consultas» [art. 41.4 ET], con el fin de que no quede al arbitrio de los trabajadores la adopción de la medida empresarial. Por tanto, y siempre que la empresa ha cumplido su deber de información a los trabajadores del centro y son los asalariados los responsables de

dicha decisión de no designación, la tramitación del procedimiento de regulación sigue adelante con el resto de representaciones, compareciendo normalmente los trabajadores a título individual en el proceso negociador [Exps. 317/10, 311/10, 329/10].

Como conclusión, con respecto a esta nueva fórmula prevista en la Ley 35/2010, se puede confirmar que en el ámbito de los EREs se está imponiendo ante la falta de representación en el centro, la comisión extrasindical, quedando en consecuencia la participación sindical en esta clase de organizaciones empresariales ciertamente vacía de contenido, con el respaldo implícito de los trabajadores que parecen tener menos resistencia para elegir a asalariados del centro para constituir la comisión negociadora del ERE, que a delegar su composición en las organizaciones sindicales.

En cualquier caso, es preciso reseñar la debilidad con la que nacen estas comisiones directas, asamblearias o extrasindicales, puesto que son elegidas en cinco días, con un número variable en sus miembros que no respeta necesariamente la cifra de tres miembros [5 miembros en los Exps. 321/10 y 312/10, 1 trabajadora en el Exp. 326/10 o 6 trabajadores forman la comisión *ad hoc* elegida por varios centros de trabajo conjuntamente en el ERE 328/10], y que de un día para otro se encuentran inmersas en el proceso de negociación que conlleva un ERE, del que, en primera instancia, se han de informar y documentar en un plazo muy reducido, y a continuación habrán de negociar las medidas más adecuadas propuestas por la empresa en un período muy reducido. En el caso del despido colectivo, la duración del período de consultas no podrá ser superior a quince días en las empresas de menos de cincuenta trabajadores o de treinta días naturales en el caso de que rebasen dicha cifra [art. 51.4 ET]; plazos que se reducirán a la mitad en el caso de los EREs de suspensión o reducción [art. 47.1.b) ET].

Y es que la fórmula actual nace carente de competencias [art. 64 ET], al margen de la concreta legitimación negociadora en las consultas, y lo que es peor de las garantías que fortalecen a las representaciones de los trabajadores en la negociación [art. 68 ET]. Como se ha expuesto, se conciben como una representación *ad hoc* que ha de ser elegida en cinco días y que tendrá que negociar, si todo va bien, en plazos muy reducidos todo un proceso de reestructuración empresarial, sin contar con toda la información y documentación en la que se suelen apoyar las estructuras representativas de forma previa,

y sin contar también con la experiencia negocial que aportan las organizaciones sindicales en estos procesos, puesto que a contrario de lo que sucede en el modelo español del doble canal, la presencia sindical se ha querido desconectar de dichas comisiones. De otro lado, y con consecuencias más graves todavía, tampoco, se atribuye a los trabajadores que la integran, ni una especial protección jurídica por la función negociadora que van a desempeñar frente a la empresa, ni el conjunto de prerrogativas legales que faciliten su actuación [art. 68 ET].

Todo ello comporta una manifiesta debilidad en la posición negociadora que ocupan estas estructuras representativas, provocando que dentro del ámbito de la microempresa resulten especialmente vulnerables ante la proximidad de los sujetos negociadores frente a posibles presiones o manipulaciones por parte de la empresa para la consecución de un acuerdo que resulta vital para la concesión a la empresa de la autorización administrativa. En suma, dichas consultas podrán desembocar, al fin y a la postre, en un acuerdo que realmente esté dando amparo a unas medidas impuestas unilateralmente por el empresario¹². Consecuentemente, dicha opción del texto legal puede conducir y conduce a un reforzamiento de los poderes empresariales que, desde luego, no se produce cuando la elección se decanta por una comisión sindicalizada o, en su caso, por una representación unitaria.

En conclusión, los pactos alcanzados entre la empresa y dichas comisiones *ad hoc* pueden estar dando cobertura a una decisión empresarial unilateral, en lugar de a un producto de la autonomía colectiva libremente consentido, siempre eso sí que se considere que las comisiones así constituidas se pueden calificar como una representación colectiva *strictu sensu* y sus acuerdos revestir la naturaleza de pactos colectivos¹³.

¹² *Vid.* al respecto, ALFONSO MELLADO, C.A., «Las actuaciones para incrementar la flexibilidad...», *cit.*, p. 112.

¹³ Su consideración como representación colectiva ha sido intensamente debatida, siendo varios los autores que defienden que deben ser considerados como unos meros portavoces: Calificación que ya defendí en su momento, en el estudio sobre «Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, en *La reforma del mercado de trabajo 2010*, Reus, Madrid, 2011, pp. 328-329 y que ya había postulado ALFONSO MELLADO, C.A., «Las actuaciones para incrementar...», *cit.*, p. 127.

III.4.3. Incidencia de las reformas de 2011

III.4.3.1. Incidencia en las reglas de legitimación negociadora

Con respecto a la ordenación de las reglas de legitimación se han de contemplar las dos reformas que repercuten directamente en dicho ámbito. De una parte, la aprobación del RD 7/2011, de 10 de junio, de «Reforma de negociación colectiva», que introduce una modificación relevante al fijar una regla de prioridad entre las posibles representaciones negociadoras y, de otro lado, la redacción del nuevo reglamento de los EREs aprobado por el RD 801/2011, de 10 de junio, que dispone de toda un conjunto de disposiciones que afectan directamente a la legitimación.

En primera instancia, la reforma de la negociación colectiva ordena de forma taxativa dentro del ámbito de los EREs una regla de primacía de negociación en el ámbito empresarial a favor de las representaciones sindicales, que se plasma en todas las reglas estatutarias relativas a los procesos negociadores que se lleven a cabo en el marco de la empresa. De esta forma, quedan desplazadas las representaciones unitarias, como sujeto legitimado para negociar, frente a las secciones sindicales que actúen en la empresa, sujeta eso sí dicha primacía a una única y exclusiva condición: «que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal» [arts. 51.2 y por remisión 47 ET]. Por tanto, siempre que las secciones sindicales así lo decidan y cumplan el requisito de mayoría prescrito podrán imponerse frente a la empresa, como el interlocutor adecuado para la negociación del período de consultas. Dicha regla de primacía también se ha producido en el marco de la negociación del convenio de empresa o ámbito inferior [art. 87.1 ET], recordando implícitamente a los sujetos negociadores que el período de consultas no es más que el reflejo de un proceso de negociación colectiva en el ámbito empresarial.

En relación al nuevo RD 801/2011, se establece una norma que expresamente lleva por título «Legitimación» para intervenir en los procedimientos de regulación de empleo [art. 4 RD 801/11]. Con respecto a las previsiones más novedosas que inciden directamente en el ámbito objeto de estudio, es preciso mencionar, al menos, las siguientes.

La primera se refiere a la inclusión como sujeto negociador del ERE, al Comité Intercentros u al órgano de naturaleza similar crea-

do por la negociación colectiva, en las empresas pluricelulares. En este último sentido, se abre la posibilidad de que por pacto, acuerdo o convenio se haya establecido una fórmula representativa que se extienda al ámbito de la empresa, y no de forma individualizada a sus centros de trabajo, con el fin de que coordine y agrupe la defensa de los intereses de los trabajadores en su globalidad y no de manera parcelada, al modo del Comité Intercentros. En cualquier caso, se remite a la negociación colectiva, tanto su constitución, como la atribución de legitimación negociadora en el ámbito de los EREs. Por tanto, la norma reglamentaria no contiene un mandato de aplicación directa, sino que dependerá en su aplicación de lo dispuesto por la negociación colectiva. Ahora bien, dicha previsión al igual que la negociación por el Comité Intercentros se establece como legitimado preferente frente a las otras alternativas: «cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el expediente intervendrá, de manera preferente, el Comité Intercentros o el órgano de naturaleza similar» [art. 4.1 RD 801/2011].

De la lectura de esta regla, llama la atención la falta de coordinación o armonía entre el contenido del reglamento y la reforma estatutaria operada por el RDL 7/2011, que apuesta con contundencia por la primacía de la gestión sindical en la negociación de los EREs, previsión que resulta desconocida en el nuevo reglamento de expedientes de regulación de empleo. Una adecuada integración entre ambas normas inclina a considerar que la regla legal que prima a las secciones sindicales en la negociación del procedimiento de regulación de empleo debe primar frente a la fijada por la norma reglamentaria, que se impondrá en caso de que el conflicto de concurrencia en la negociación fuera entre los comités de centro y el comité intercentro, pero no si se produce entre las secciones sindicales frente a este último órgano. A nuestro entender, y por la propia naturaleza de las normas reguladoras en juego, si las secciones sindicales deciden consensuadamente, y siempre que cumplan el requisito de la mayoría, negociar el expediente, su decisión deberá prevalecer frente a la empresa sobre la opción reglamentaria que atribuye la legitimación preferente al Comité Intercentros¹⁴.

De otro lado, el RD 801/2011 fija una serie de disposiciones para la articulación de la doble comisión, recogiendo en lo esencial lo

¹⁴ Cfr. CRUZ VILLALÓN, J., «El nuevo reglamento de los procedimientos de regulación de empleo», *Temas Laborales* n° 111, 2011, p. 43.

dispuesto por la reforma de 2010 en el texto estatutario que ya ha sido analizado en el apartado anterior. No obstante, cabe destacar una serie de reglas que son plenamente novedosas con respecto al texto legal que desarrolla, pese a ser una norma reglamentaria, pudiendo, incluso, cuestionarse en algunos casos si el poder ejecutivo se ha excedido en su función de desarrollo de la norma legal.

Fundamentalmente, dichas novedades ausentes de las reglas estatutarias se refieren, en primera instancia, a la regla recogida de la experiencia de los EREs que abre una tercera vía o alternativa ante la ausencia de representación de los trabajadores, que se distancia de forma significativa de la doble fórmula prevista en este supuesto por la regla estatutaria [art. 41.4 ET]. Y es la de que los trabajadores del centro decidan democráticamente designar como representantes propios a la representación constituida en otro centro de trabajo. Pese a que el texto legal, se refiere a los «representantes legales» de los trabajadores se habrá de entender que la designación posible, tanto se podrá conceder a la representaciones unitarias o electivas, como a las secciones sindicales, siempre que cuenten con el requisito de mayoría en la representación unitaria exigido para las mismas. A nuestro juicio, dicha tesis interpretativa es la que debe defenderse, si se considera la apuesta que ha realizado el texto estatutario en favor de las representaciones sindicales que no puede ser ahora obviado por la norma reglamentaria para el ámbito de los EREs.

En cualquier caso, la articulación de una tercera opción por parte del reglamento que eleva a la categoría de norma jurídica una práctica habitual en la mecánica de los EREs no puede dejar de manifestarse su dudas de legalidad, puesto que la fórmula de la doble comisión prevista en el artículo 41. 4 ET parece que se establece como mandato imperativo y no disponible por otras fuentes normativas. Máxime, si se trata de la norma reglamentaria de desarrollo que incorpora una tercera fórmula representativa. No obstante, la admisión de la fórmula legal en favor de una representación ya constituida de otro centro de trabajo en una primera aproximación parece una alternativa legítima regida por los principios democráticos que rigen las representaciones electivas. En todo caso, la previsión de dicha alternativa ofrece unas mayores garantías en su constitución y en el ejercicio de sus competencias, superando el conjunto de limitaciones indicadas para la comisión extrasindical o directa.

Finalmente, con respecto a la constitución de la doble comisión prevista en el artículo 41.4 ET es importante también destacar como la disposición reglamentaria establece dos previsiones relevantes. La primera es la que configura la posibilidad de que la comisión «ad hoc» se haya constituido «antes» del inicio del período de consultas, no siendo preceptivo que se constituya en el plazo de cinco días a contar desde el inicio del período de consultas. La segunda es la que prescribe como obligación y deber empresarial, el de «comunicar a los trabajadores la posibilidad de su designación» [art. 4.3 RD 801/2011]. En este sentido, resulta de suma trascendencia la exigencia del cumplimiento por el empresario de acompañar junto a la solicitud que inicia el proceso: «la información sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora del expediente de regulación de empleo, (...). Asimismo, información sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y escrito de comunicación a que se refiere el artículo 4.3 o, en su caso, actas relativas a la atribución de la representación a la comisión mencionada en dicho artículo» [art. 8 RD 801/2011]. Dicha obligación empresarial que en la práctica de los EREs ya se exigía por la administración, se le otorga rango normativo reforzando su exigencia a la empresa, que es la que tendrá que determinar ante la autoridad laboral competente todos y cada uno de los órganos que integran la comisión negociadora del ERE. De esta forma, se involucra al empresario en la regularidad de su composición, tanto en los centros con representación, como en los que carecen de la misma.

III.4.3.2. *Incidencia en el ámbito de negociación de los EREs y en las reglas de adopción de acuerdos*

Una de las novedades más significativas que establece el nuevo reglamento de los EREs es la posibilidad de articular procedimientos de regulación de empleo cuya negociación se desarrolle sobre la totalidad de la empresa, pero también sobre parte de la empresa o, lo que es lo mismo, que solo afecten a uno o varios centros de trabajo. Como se ha expuesto, con la ordenación precedente se daba por sobreentendido que la destinataria de sus mandatos era única y exclusivamente la empresa, obviando otras alternativas posibles, como es el procedimiento presentado por un grupo de empresa o el formulado, no para la totalidad de la empresa, sino para uno

o varios centros de trabajo de los que la componen. Como se ha indicado, la hipótesis más habitual dentro de la muestra es la que afecta a una empresa que desarrolla su actividad a través de varios centros de trabajo, formulándose el procedimiento de regulación de empleo para la totalidad del ámbito empresarial. Pues bien, el nuevo reglamento, con acierto prevé que en el caso de que la empresa esté compuesta por varios centros, habrá de especificarse, «si la negociación se realiza a nivel global o diferenciada por centros de trabajo» [arts. 8 d) y 11.2 RD 801/2011]. Paralelamente, se prevé que las comisiones negociadoras de los procedimientos de regulación de empleo deberán establecer en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones.

No obstante, el problema que plantea la norma es que no se especifica con claridad quien determina el modo de la negociación. A nuestro entender, la selección de una u otra opción se verá muy condicionada por el contenido de la solicitud inicial que es donde se ha de fijar la proyección de la causa invocada y las medidas propuestas, que tendrán una repercusión directa sobre los sujetos legitimados para la negociación. Y, en principio, ambos componentes del procedimiento son fijados por lo común por el empresario que es el sujeto que habitualmente presenta el ERE, fijándolos en su solicitud inicial, condicionando el carácter de la negociación que se va a llevar a cabo por la representación de los trabajadores. En buena lógica, si el expediente es presentado centro por centro de trabajo, parece claro que las consultas se llevarán a cabo de forma individualizada en cada uno de los centros. El conflicto se producirá cuando la empresa lo presente para la totalidad o varios centros de la misma, en cuyo caso se podrá suscitar el interrogante con la nueva ordenación de si la negociación se va a llevar a cabo de forma global o por cada centro de trabajo.

Pese a la decisiva intervención de la empresa que en su solicitud implícitamente fija los términos de la consulta, parece claro que los trabajadores también deberán poder intervenir en la fijación del ámbito de la negociación¹⁵. Por tanto, los trabajadores, bien a través de

¹⁵ Incluso para algunos autores, la elección por una u otra fórmula corresponderá a los propios trabajadores o a sus representantes [Cfr. DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Procedimientos de regulación de empleo...», *cit.*, p. 5] o de forma compartida entre ambos, se pronuncia CRUZ VILLALON, J., «El nuevo reglamento de los procedimientos...», *cit.*, p. 44.

sus representantes, bien a través de las comisiones por ellos designadas, deberán acordar junto con la empresa los términos de la negociación en este terreno, en el caso de que se presente el procedimiento para la totalidad o varios centros de la misma. El vacío normativo en este terreno puede suscitar conflictos, al no haber criterio alguno que permita fijar en caso de desacuerdo entre las partes, cuál es la decisión que ha de prevalecer; máxime si se considera que según el ámbito elegido se fijan reglas distintas para la adopción de los acuerdos.

Como se ha expuesto, bajo nuestro punto de vista sólo en el caso de que el ERE este muy focalizado, bien en unos determinados centros de trabajo o en un concreto ámbito geográfico, se optará por una negociación individualizada o por centros, siendo lo más común la negociación global que integre a la totalidad de la empresa, sin cerrar o restringir las posibilidades de los contenidos de la negociación que *a priori* podrán afectar así a cualquier centro de trabajo de la empresa. No obstante, con el nuevo reglamento seguramente se constituirá en uno de los posibles contenidos susceptible de negociación en las consultas que se lleven a cabo.

En cualquier caso, si se opta por la fórmula de la negociación por centro se excluirá como sujeto legitimado al Comité Intercentros u órgano similar, teniendo derecho a negociar, bien la representación unitaria del centro, bien las secciones sindicales constituidas o, en su caso, a elegir a alguna de las fórmulas previstas para la ausencia de representación con la reglas de preferencia más arriba indicadas.

Ahora bien, el último de los aspectos que resultará esencial para escoger una negociación global o por centros de trabajo resultará a buen seguro el régimen instaurado para la adopción de acuerdos en cada caso. Con carácter general, «las decisiones se adoptarán por mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados por el expediente» [art. 11.2 RD 801/2011]. Por tanto, el régimen es más estricto que el previsto en el ET que, como se sabe, se limita a prever que dicho acuerdo se adopte con 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 [art. 51.2 ET].

En el caso de que se opte por una negociación que afecte a la totalidad de la empresa, se constituirá una única comisión integrada

por las distintas representaciones de los centros que representará a la totalidad de los trabajadores de los centros. Con respecto al régimen de acuerdos, el reglamento no establece una regla cerrada para la atribución de la mayoría en la adopción de sus decisiones. Por el contrario, la norma otorga libertad a la propia comisión para la atribución de la mayoría, aplicándose «lo que decida la propia comisión negociadora» [art. 11.2 RD 801/2011]. En el caso de no existir una decisión al respecto, la norma establece que deberá entonces tenerse en cuenta el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de los integrantes.

En contraposición, en el caso de que la negociación se realice por centros de trabajo, se constituirán tantas comisiones negociadoras como centros de trabajo existan, debiéndose en cada centro adoptar la decisión que vote la mayoría de los miembros de la comisión constituida en cada uno de ellos [art. 11 RD 801/2011], requiriéndose para la presentación del expediente con acuerdo que «se hubiera alcanzado acuerdo en todas ellas» [art. 14.4 RD 801/2011]. Por tanto, todas las comisiones constituidas a nivel de centro habrán de haber logrado la mayoría para que el procedimiento se pueda entender finalizado con el acuerdo que asegurará la autorización administrativa de la medida.

Desde luego, dicho régimen en la adopción de la mayoría resulta más estricto que el que se puede adoptar en la negociación global, puesto que bastará que dicha mayoría no se logre en un centro de trabajo para que se frustre la posibilidad del pacto en el procedimiento de regulación de empleo. Consecuentemente, parece que la alternativa más favorable a la consecución del pacto colectivo conducirá a que la hipótesis más previsible continúe siendo la que se decanta por una negociación global que abarca la totalidad de la empresa. En cualquier caso, el reglamento abre un sinfín de posibilidades que no se encontraban en la regulación anterior y que habrá que estar a su aplicación práctica para determinar cuál es su efectividad real.

III.5. LA PRÁCTICA CONSOLIDADA DEL REQUISITO DE RATIFICACIÓN POR ASAMBLEA DEL ACUERDO ADOPTADO

Con independencia de la medida, resulta práctica habitual en los EREs que el acuerdo alcanzado o, denominado en las resoluciones

administrativas, preacuerdo, sea ratificado en asamblea por el conjunto de la plantilla de los centros de trabajo, dependiendo de esta última exigencia que el expediente de regulación pueda ser presentado con acuerdo [Exps. 29/09, 416/09, 451/09]. En este sentido, se refleja en numerosas resoluciones administrativas que «el acuerdo se ratifica por los representantes de los trabajadores, una vez aprobados los términos del preacuerdo por la asamblea de trabajadores convocada al efecto» [entre otros, Exps. 416/09 y 314/10], o, en los mismos términos, «el preacuerdo es sometido a aprobación por el conjunto de las plantillas afectadas» [Exp. 410/10]. En la misma dirección, se puede leer en algunas resoluciones lo siguiente: «De forma previa a la conclusión del acuerdo final, se ha convocado asambleas en la totalidad de los centros de trabajo afectados por el ERE con el objetivo de ratificar el Acta del preacuerdo» [Exp. 451/09].

La alusión a dicha exigencia cabe destacar que se produce, tanto cuando el proceso negociador se ha sostenido con una representación unitaria, como con una sindical, como cuando la representación está constituida por una comisión «ad hoc». De este modo, resulta requisito esencial que conlleva que el preacuerdo inicialmente alcanzado no pueda transformarse en acuerdo, al no haber refrendo de la mayoría de las plantillas de los trabajadores [Exp. 419/09], o que se excluya del expediente a los trabajadores del centro que no han ratificado el acuerdo alcanzado en el período de consultas [Exp. 21/09]. Por tanto, del contenido de las resoluciones administrativas se desprende cómo exigencia insoslayable para el buen fin de la negociación, que el acuerdo negociado por la representación deba ser aprobado por la asamblea de trabajadores de los centros de trabajo, para que el ERE pueda ser presentado con pacto.

Dicha exigencia resulta bien llamativa, puesto que se ha de tener en cuenta que no se contempla en ningún lugar de la ordenación normativa, dicho requisito de aprobación del pacto colectivo; ni con la anterior regulación, ni con la nueva que como se sabe ha incorporado prácticas arraigadas en la negociación de los expedientes. La regla legal sólo reclama el requisito de la conformidad de la mayoría de los sujetos negociadores que debería bastar por la naturaleza de las representaciones para finalizar el procedimiento con pacto. El refrendo por parte de los trabajadores de la plantilla supone un plus de confirmación de legitimidad del acuerdo alcanzado por sus representaciones que se desprende de la experiencia negocial. A nuestro juicio, dicho requisito que confirma el principio

democrático que rige para las representaciones electivas no debería elevarse a categoría de exigencia inexcusable para la consecución del acuerdo en el caso de que se negocie por la representación unitaria o sindical, puesto que su constitución en el primer caso y su legitimación en el segundo ampara su acción representativa, incluyendo su plena legitimación negociadora que incluye su capacidad para la adopción de acuerdos colectivos de eficacia general. Por el contrario, en el resto de supuestos, o, lo que es lo mismo, en el caso de que el centro de trabajo no cuente con una representación elegida, optándose por cualquiera de las fórmulas referenciadas, sí consideramos que la ratificación del acuerdo por parte de la plantilla debería ser exigida en la medida en que la estructura representativa elegida no cuenta con las garantías en su constitución que sí tiene el doble canal de representación.

Por último, es preciso llamar la atención que aunque el ERE se presente sin acuerdo por no haber sido ratificado por la plantilla de la empresa o de algunos de sus centros de trabajo, la realidad demuestra que en dichos procedimientos, la autoridad laboral competente dicta resolución administrativa en la que se estima la solicitud de autorización de las medidas en los términos del preacuerdo [Exp. 419/09].

III.6. LA REDUCCIÓN DE LOS PLAZOS Y SU APLICACIÓN DESVIRTUADA

La reforma de 2010 modificó los plazos de tramitación del procedimiento de regulación de empleo, tanto los relativos a la duración del período de consultas, como los que se refieren al plazo para que la administración laboral dicte la resolución correspondiente. De este modo, en el marco del despido colectivo los periodos de tiempo en los que se habrá de negociar no varían, pero si se ven reducidos por el cambio de su naturaleza, distinguiendo dos reglas de duración en función de si la empresa tiene menos de cincuenta trabajadores o una cifra superior. En el primer caso, tanto con la disciplina precedente como con la actual, permanece la regla que prescribe una duración de quince días y en el segundo de treinta días, ambos naturales [art. 51.2 ET]; si el procedimiento de regulación de empleo tiene por objeto una reducción de jornada o una suspensión de contrato, los plazos se reducen a la mitad, es decir, a quince días o

a ocho, ambos naturales, en el último caso para empresas de menos de cincuenta trabajadores [art. 47.1 b) ET]. En cualquier caso, y por si hubiera alguna duda, el reglamento especifica que en todos los supuestos los días son naturales y no hábiles con la reducción que ello supone [arts. 11.1 y 22 b) RD 801/2011].

Ahora bien, como se ha expuesto, la genuina novedad se refiere no tanto al período de duración que permanece, sino a la propia naturaleza de los plazos, puesto que su redacción deja de establecer una duración «no inferior a treinta días» [antigua redacción del artículo 51.4 ET], a fijarse una nueva regulación en la que se ordena que la tramitación del ERE tendrá una «duración no superior a treinta días». Por tanto, la reforma cambia sustancialmente la naturaleza del precepto, al reglamentar un máximo de derecho necesario relativo que fija un tope o máximo legal, en lugar de un mínimo que podía ser ampliado sin restricción alguna. Pese a dicha previsión legal, nadie duda de que superados dichos plazos ambas partes puedan continuar negociando con el fin de alcanzar un acuerdo, sin que la regla legal lo impida.

No obstante, dicha aceptación sin cortapisas de la validez del proceso negociador más allá de los términos legales parece quedar neutralizada a la vista de la previsión del nuevo reglamento, cuando indica que el empresario tendrá que comunicar a la autoridad laboral competente, en el plazo de cinco días, la solicitud final de la medida que realiza y las condiciones del mismo, junto con el resultado del período de consultas, y el contenido definitivo del plan de acompañamiento social [art. 11.4 RD 801/2011]. Sin embargo, la novedad de la norma se refiere a los efectos que provoca el incumplimiento de dichos plazos por parte del empresario que conduce a «la terminación del procedimiento por desistimiento del empresario», procediendo la autoridad laboral sin más trámite a declararlo así. Consecuentemente, si con la reforma de 2010 se admitió que con dicha previsión legal se legitimaba al empresario a clausurar el período de consultas, una vez transcurridos los términos legales, adoptando dicha decisión sin que la representación de los trabajadores pueda exigir la continuidad del período negociador, con el reglamento de 2011 parece forzarse dicha solución legal. A la luz de la redacción de la norma referenciada, el empresario deberá comunicar el resultado de las consultas, respetando los plazos legales, puesto que en su defecto se le tendrá que dar por desistido. Por tanto, si existe voluntad de continuar negociando y posibilidad de

acuerdo, la innovación reglamentaria obligará a dar por concluido el procedimiento y en caso de que se logre el pacto, se tendrá que volver a tramitar un nuevo procedimiento de regulación de empleo con las disfuncionalidades que ello supone por querer imponer desde la norma una solución tan cerrada, en lugar de dejar a la voluntad de los negociadores la conclusión del período de consultas.

Junto a dicha previsión legal, también la nueva ordenación de los EREs ha reducido en caso de que el período de consultas concluya con acuerdo, el plazo para dictar la resolución administrativa a siete días naturales, en lugar de a quince días como tenía la disciplina precedente, estableciendo una divergencia en los plazos de resolución en función de si el ERE está presentado con acuerdo o sin él. Si el período de consultas concluye sin acuerdo, la autoridad laboral tendrá un plazo de quince días para pronunciarse, estimando o desestimando la solicitud empresarial. A nuestro juicio, dicha distinción en los plazos en función de si ha habido pacto colectivo o no guarda plena coherencia con la mayor o menor complejidad de la resolución por parte de la autoridad laboral competente, puesto que el margen de decisión de la administración en caso de acuerdo se ve reducido sustancialmente, al concederse por sistema la autorización de la medida en los términos del pacto. Como se verá, sólo en el caso de que no haya acuerdo entre los negociadores es cuando la autoridad laboral competente asumirá una competencia decisoria sobre la solicitud empresarial; por tanto, en buena lógica reclamará un mayor plazo para su resolución.

Ahora bien, en cualquiera de ambos casos la finalidad de la nueva reordenación de los plazos es «dotar al procedimiento de mayor agilidad y eficacia» [E.M. Ley 35/2010]. No obstante, como se ha hecho notar con razón, la brevedad de los plazos estipulados en la pequeña y mediana empresa —menos de cincuenta trabajadores— puede dificultar seriamente el proceso negociador y la posibilidad de acuerdo. Máxime, cuando con ocasión del desarrollo del período de consultas haya de designarse comisiones «ad hoc», realidad ciertamente habitual dentro de la muestra de EREs, que no suspende la duración del período de consultas. Como se ha indicado, si ambas partes negociadoras pretenden continuar negociando, la norma legal no debe impedirselo, no pudiendo admitirse que la administración pueda requerir el cierre del proceso negociador. Una interpretación distinta que exigiera en todo caso la clausura del período de consultas, una vez alcanzado el término legal, haya habido o no

acuerdo, y estén o no conformes las partes, considerando que la regla estatutaria establece una norma de carácter indisponible, conduciría a soluciones poco recomendables, como que el empresario desistiera del ERE, y solicitara con posterioridad uno nuevo con el fin de lograr un acuerdo, o la solución más simple de llevar a cabo una negociación informal antes de que comience estrictamente el período de consultas, con el fin de adelantar previamente los términos de la negociación.

Pues bien, dicho esto cabe destacar dentro de la muestra de EREs que no resulta inusual que la duración del período de consultas sea mínima, comprendiendo la negociación un plazo reducidísimo, hasta tal punto que desde aquí se duda seriamente de que durante la tramitación del período de consultas se haya llevado a cabo un auténtico proceso negociador. De este modo, dentro de la práctica comercial nos encontramos con procedimientos de regulación en los que se inicia el período de consultas un día y transcurridos cuatro o a lo sumo cinco días se suscribe el pacto con una sola reunión [Exp. 450/09], o con dos reuniones y en la segunda se suscribe el pacto [Exp. 453/09], o se inicia el período de consultas el 17 de noviembre y el 19 de noviembre se adopta el acuerdo final, habiendo tenido una sola reunión [Exp. 320/10], o en la misma dirección, en la propia resolución administrativa, y ante la brevedad del plazo transcurrido, se declara expresamente la existencia de reuniones informales con la representación social anteriores al ERE [ERE 439/09].

En suma, a la vista de los expedientes referenciados que son solo un exponente significativo de lo que se produce en numerosos EREs, se ha de poner de manifiesto que la duración de los plazos no tiene excesiva importancia en la práctica, puesto que da la impresión de que la empresa y la representación de los trabajadores en muchos casos, cuando van a solicitar el ERE e iniciar el período de consultas, ya tienen efectivamente negociado el pacto que queda formalmente plasmado en un acuerdo, una vez iniciado el procedimiento ante la autoridad laboral competente. De este modo, ambas partes evitan la presión del plazo y el control de la administración laboral, negociando de una forma más libre, y presentando el ERE, cuando ya saben con certeza que efectivamente han alcanzado el pacto. Lógicamente, dicha aplicación práctica de las reglas desvirtúa la naturaleza del período de consultas formalmente considerado, para llevarse a cabo un proceso negociador al margen de la administración laboral. O desde otra perspectiva, dicha experien-

cia convencional está poniendo al descubierto la inutilidad de la imposición de unas reglas de duración tan estrictas o rígidas que, finalmente, conducen a que la negociación se realice al margen de las mismas, desarrollándose la negociación extramuros del proceso administrativo.

III.7. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN LOS ERES PACTADOS: ESPECIAL REFERENCIA AL INFORME DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO

La intervención de la administración laboral se concibe de modo general con la finalidad de evitar que los despidos colectivos, suspensiones o reducciones de jornada se produzcan sin un mecanismo de control previo de carácter público en defensa de los intereses generales que puedan resultar afectados¹⁶. No obstante, se ha de llamar la atención sobre la función que asume la autoridad laboral competente, cuando el período de consultas finaliza con acuerdo, que es no sólo el objeto de la muestra integrada exclusivamente por procedimientos pactados, sino la hipótesis habitual que conforma la tramitación de los EREs¹⁷.

Pues bien, en este terreno, tanto antes de las reformas de 2010-2011, como con posterioridad, la administración laboral asume una función de control de regularidad del procedimiento fijado, verificando el mero cumplimiento formal de las obligaciones prescritas en la ordenación legal y reglamentaria por parte del empresario, que es el sujeto que insta de manera mayoritaria el ERE. De este modo, la autoridad laboral vigila y supervisa que el empresario acompañe a su solicitud todo el conjunto de documentación prescrita en el reglamento, para acreditar las causas invocadas y la justificación de

¹⁶ *Vid.* sobre la naturaleza de la intervención de la administración y el interés que la justifica, VALDÉS DAL-RE, F., «Intervención administrativa y despidos económicos: funciones, disfunciones y tónica», *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1994, pp. 21 y ss; DESDENTADO DAROCA, E., «La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento», *Relaciones Laborales*, nº 8, 1996, pp. 2-4 y MONEREO PÉREZ, J. L. FERNÁNDEZ AVILÉS, *El despido colectivo...*, *cit.*, pp. 264 y ss.

¹⁷ *Vid.* Anuario de Estadísticas Laborales 2008, 2009 y 2010 publicado por el Ministerio de Empleo donde queda claramente puesto de manifiesto dicha experiencia práctica mencionadas en la nota 4. Tendencia que queda confirmada en las estadísticas del año 2011.

las medidas adoptadas en los términos fijados en la norma reglamentaria, abriéndose, en su caso, tramite de subsanación [art. 6.2 RD 43/1996 y 5.2 RD 801/11].

De forma simultánea, la autoridad laboral tendrá que recabar con carácter preceptivo el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la que dará traslado del inicio del procedimiento, junto con la documentación que obra en su poder, dando también traslado de dicha documentación a la entidad gestora de la prestación por desempleo a efectos de una posible emisión de informe [art. 9 RD 43/1996]. La reforma de 2011 modifica dicha regulación, ampliando el catálogo de informes preceptivos y posibles, incrementando nuevos deberes de comunicación a cargo de la autoridad que instruye el procedimiento y detallando el contenido de alguno de estos informes. En el caso de que el ERE incluya a centros de trabajo afectados en dos o más comunidades autónomas, la autoridad laboral competente deberá instruir el procedimiento, solicitando informe a las autoridades laborales de cada comunidad donde haya centro de trabajo afectado [art. 12.4 RD 801/2011]. De otro lado, la autoridad laboral podrá solicitar otros informes que considere necesarios, fundamentando la conveniencia de reclamarlos.

No obstante, dicho esto en la práctica de los EREs el documento que ha resultado esencial hasta las últimas reformas, en cuanto al control de fondo de la regularidad del ERE es, sin duda, el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De este modo, y tal y como prescribía el antiguo reglamento, la Inspección de Trabajo debía en su informe dictaminar sobre la existencia y consistencia de la causa motivadora del ERE en los términos del antiguo artículo 51.1 ET, 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 en el expediente [art. 9.2 RD 43/96]. Se trata de un informe preceptivo en todo caso, que la administración está obligada a solicitar y la Inspección a emitir con independencia del resultado de las consultas. Indudablemente, del contenido de la muestra de EREs analizada en su primera etapa se observa con claridad que dentro del procedimiento es el informe de la Inspección de Trabajo el que entra a valorar la causa invocada a la vista de la documentación aportada, así como la idoneidad de las medidas solicitadas, teniendo en cuenta que su contenido no resulta vinculante para la

decisión que adopte la autoridad laboral administrativa en la resolución del expediente.

Dicho esto, se ha de llamar la atención cómo con el paso del tiempo se produce un cambio bien relevante en el contenido del informe, motivado por el criterio operativo número 71/2009 emitido por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 9 de marzo de 2009, del que podemos tener conocimiento a través de la resolución del ERE 327/10. A este respecto, en dicho procedimiento se indica que el contenido del artículo 51.5 ET y el art. 11.1 RD 43/1996, ha de interpretarse del siguiente modo: «La Inspección de Trabajo no podrá entrar a valorar, ni las causas, ni la oportunidad de las medidas propuestas por la empresa. Únicamente, si se observan irregularidades que afecten a la formación de voluntad en la consecución del acuerdo o bien fraude de ley, puede con suspensión de plazo para resolver por la autoridad laboral, dirigirse a la autoridad judicial para que resuelva sobre la existencia de dichos defectos en el consentimiento o en la existencia de fraude de ley. Por tanto, el contenido de este Informe se ceñirá a la existencia o no de las citadas irregularidades».

De este modo, se observa que la función de control causal que había asumido la Inspección de Trabajo deja de realizarse para transformarse en una función de verificación de la regularidad del procedimiento, sin entrar a valorar el contenido de las causas en conexión con las medidas solicitadas. En suma, de conformidad a este criterio operativo la función de la Inspección de Trabajo se equipara a la competencia asumida por la autoridad laboral administrativa en caso de acuerdo [art. 51.5 ET]. Como se sabe, el texto legal indica que cuando el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la administración laboral procede a dictar resolución «autorizando» la medida instada, salvo que apreciase de oficio o a instancia de parte «fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo», en cuyo caso suspenderá el plazo para dictar resolución, siendo la autoridad judicial la que resolvería la nulidad del acuerdo [art. 51.5 ET].

Dicha falta de evaluación causal del ERE por parte de la Inspección se ha visto reforzada con la reforma de 2010, y, en particular, con la aprobación del nuevo reglamento de EREs en los que sin timidez alguna se eleva a norma, la práctica administrativa relacionada, pese a que formalmente se amplía sustancialmente el conte-

nido del informe de la Inspección de Trabajo. En este sentido, con el nuevo reglamento su contenido, no sólo habrá de versar sobre las causas motivadoras del expediente, «sino de cualesquiera otras materias que resulten necesarias para resolver fundadamente». A estos efectos, se considera que el informe de la Inspección deberá informar no sólo sobre la concurrencia de las causas que motivan la solicitud, sino también sobre las medidas adoptadas o previstas por la empresa para evitar o reducir los efectos de la regulación de empleo, así como para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, informando asimismo sobre la relación de las medidas extintivas con la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. De otro lado, también deberá informar sobre el contenido del plan de acompañamiento social [art. 12.2 RD 801/2011]. Pues bien, pese a la ampliación del contenido del informe, el reglamento, a nuestro entender, autoriza a la Inspección a no pronunciarse sobre la causa y sobre las medidas evitadoras y compensadoras, así como del contenido del plan de acompañamiento, cuando con anterioridad a su emisión, tenga conocimiento de que las consultas han concluido con acuerdo.

Como se sabe, si el período de consultas concluye con acuerdo, la autoridad laboral se encontrará «vinculada» por el pacto colectivo, reforzando el carácter automático de la autorización administrativa en caso de acuerdo o, dicho de otra forma, la falta de margen de apreciación en ese supuesto. De este modo, la nueva ordenación reglamentaria prescribe, que el acuerdo entre las partes «vincula a la autoridad laboral, que se limitará a examinar si se ha observado el procedimiento y a apreciar que no ha habido fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión» [art. 14.1 RD 801/2011]. En consecuencia, se puede indicar que la actuación de la autoridad laboral en caso de haberse alcanzado el pacto colectivo responde a un principio de mínima intervención, no pudiendo entrar a analizar la concurrencia de las causas alegadas, ni tampoco su razonabilidad o proporcionalidad.

De forma correlativa, se altera el contenido del informe de la Inspección de Trabajo en caso de pacto entre los negociadores, puesto que si dicha autoridad tiene conocimiento de que las partes han alcanzado un acuerdo durante el período de consultas, su función se reduce drásticamente y en lugar de informar sobre la causa motivadora del ERE y sobre el conjunto de medidas previstas, incluyendo el contenido del plan de acompañamiento social, «se limitará

a examinar que se ha observado el procedimiento y a comprobar que no concurre fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, así como que éste no tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores» [art. 12.2 RD 801/2011].

En la práctica, dichas reglas jurídicas cierran un control de fondo de la administración laboral sobre las causas invocadas, sobre las medidas acordadas, así como sobre la adecuación del contenido del plan social negociado, que, como se sabe, ha querido ser revalorizado en las últimas reformas, cuando las partes logran consensuar un acuerdo. En definitiva, el legislador favorece la gestión colectiva de los procedimientos de regulación de empleo y reduce en dichas hipótesis, que son mayoría en la práctica, el control de la administración pública a un control meramente formal o externo, que entra simplemente a verificar la regularidad del procedimiento, respetando la autonomía colectiva, y sin entrar a evaluar la adecuación o idoneidad de las medidas en el cumplimiento de los objetivos legales. Ni tan siquiera la Inspección de Trabajo tendrá que entrar preceptivamente a valorar dichos contenidos, como con la regulación precedente, —sin perjuicio de su carácter no vinculante—, cumpliendo, a nuestro entender, una importante función que queda claramente devaluada con la nueva ordenación reglamentaria, en caso de acuerdo, que debería haber permanecido al menos para verificar la adecuación del contenido del plan de acompañamiento social a los objetivos legales¹⁸.

En conclusión, la autoridad laboral administrativa no efectúa en caso de pacto, ni un control sobre la presencia de la causa invocada, ni de la adecuación de las medidas o del contenido del plan de acompañamiento social, limitándose a respetar escrupulosamente el acuerdo alcanzado entre las partes, que quedará incorporado como anexo a la resolución dictada por la autoridad laboral, en la que se concede la autorización solicitada para adoptar las medidas de despido, suspensión o reducción. En particular, la resolución administrativa deberá autorizar la medida en los términos y durante el período fijados en el acuerdo y declarará la aplicación de las medidas acordadas en el plan de acompañamiento social [art. 14.5 RD 801/2011].

¹⁸ *Vid.* al respecto SERRANO GARCÍA, J. M^a., «Primeras reflexiones en torno al plan social en el RD 801/2011, de 10 de junio», *Relaciones Laborales*, 2011, pp. 14 a 16.

IV MEDIDAS SOCIALES

IV.1. EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO EXTINTIVOS

NATIVIDAD MENDOZA NAVAS,
*Titular U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social;
Universidad Castilla-La Mancha.*

IV.1.1. Marco legal

Nuestro ordenamiento jurídico laboral ha experimentado importantes reformas en los últimos años que han afectado a la figura del despido colectivo. Se han modificado el procedimiento de despido colectivo, las causas que justifican esta decisión y, en lo que concierne al presente estudio, las medidas sociales que van asociadas a estos procesos extintivos. De este modo, para llevar a cabo el análisis de los Expedientes de Regulación de Empleo (ERE) de los años 2009 a 2011 ha sido necesario tener en consideración los diversos procesos de reforma que han acaecido a lo largo de este período, en particular las disposiciones que afectan a las medidas sociales y al plan social que debía acompañar a las extinciones que se realizan en empresas que ocupen cincuenta o más trabajadores.

En este orden, se pueden distinguir dos etapas. Por un lado, la normativa reguladora del despido colectivo tras Ley 11/94, 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 y, por otro, las disposiciones previstas al respecto a partir de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

En primer término, ha resultado de aplicación el artículo 51 del 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 (ET), en la redacción dada por la Ley 11/94, de 19 de mayo. En este sentido, el artículo 51.4 ET únicamente disponía que «la consulta con los representantes legales de los trabajadores, (...), 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». Estas medidas, tratándose de empresas de cincuenta o más trabajadores, deberían incluirse en un plan social que formará parte de la documentación iniciadora del expediente, si bien no se especifica qué medidas son susceptibles de discutirse en el período de consultas y de conformar el plan social.

El Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprobaba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos (vigente hasta 15 de junio de 2011), concretaba dicha materia. Pues su artículo 6.1.c) indicará los contenidos del plan social, al ordenar que en empresas de cincuenta o más trabajadores el ERE debía incluir un «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»¹.

¹ Entre las obras que estudian el plan social en este período destaca el estudio de SERRANO GARCÍA, J. M., *El plan social en los despidos colectivos*, Valladolid, Lex

Posteriormente, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, retoca el artículo 51.4 ET y matiza las medidas sociales a debatir en el período de consultas y que deberán formar parte del plan social en las empresas que tengan cincuenta o más trabajadores. Conforme dicta este precepto, para evitar o reducir los efectos del ERE y para atenuar las consecuencias del mismo, deberán observarse «medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial»².

Mas adelante, el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, deroga el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, y puntualiza cómo deberá expresarse el plan social en las empresas que cuenten con cincuenta o más trabajadores. De acuerdo con el artículo 9 de la norma citada, «en las empresas de cincuenta o más trabajadores, el empresario deberá acompañar en todo caso a la documentación iniciadora del procedimiento de regulación de empleo un plan de acompañamiento social que contemple, con concreción y detalle, las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir sus efectos, las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, así como las medidas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial»³.

«Entre las medidas dirigidas a evitar o reducir los efectos del expediente podrán considerarse, entre otras, las siguientes:

- a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte.
- b) Movilidad funcional de los trabajadores, que se aplicarán conforme a lo establecido en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.

Nova, 2002. De la misma autora, más reciente, «El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables», *Temas Laborales*, núm. 99 (2009), págs. 205 a 236.

² Artículo 2.3 de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

³ Consultar SERRANO GARCÍA, J. M., «Primeras reflexiones en torno al Plan Social en el RD 801/2011, de 10 de junio», *Relaciones Laborales*, núms. 15 y 16 (2011), en en <http://laleylaboral.laley.es>.

- c) Movilidad geográfica de los trabajadores, que se aplicarán conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores.
- d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de los trabajadores, que se aplicarán conforme a lo dispuesto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.
- e) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial.
- f) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.

Entre las medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados, podrán considerarse, entre otras, las siguientes:

- a) Recolocación externa de los mismos, que podrá ser realizada a través de empresas de recolocación autorizadas. En el caso de que se consideren estas medidas, deberá incluirse en la documentación del procedimiento, además de la concreción y detalle de las mismas, la identificación de la empresa de recolocación autorizada para llevarlas a cabo.
- b) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores.
- c) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social.
- d) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica.
- e) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

Entre las medidas para hacer posible la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, podrán considerarse, entre otras, las siguientes:

- a) Medidas económicas, financieras, industriales o de otra índole para preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado.
- b) Medidas técnicas, organizativas o de producción para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar su situación a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda».

El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁴, elimina la autorización administrativa en los despidos colectivos y el plan social en empresas de cincuenta o más trabajadores⁵. De aquí en adelante, según advierte ahora el artículo 51.2 ET, las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, se abordarán únicamente en la consulta con los representantes legales de los trabajadores. En este momento sólo se ha reconocido un plan de recolocación externa, a través de empresas de recolocación, para las empresas que se propongan efectuar un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores. Este plan de recolocación, que estará activo durante un período mínimo de 6 meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo.

Sobre estas premisas, debe ponerse de relieve que las diversas reformas apenas han tenido reflejo práctico, ya que no se ven diferencias entre los ERE presentados en 2009 y los ERE que se tramitan en 2010, tras la Ley 35/2010, o en 2011, tras el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio⁶. Pues aunque la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, habla de recolocación a través de empresas autorizadas y de acciones formativas, tales medidas ya aparecen en los ERE autorizados con anterioridad⁷. De idéntico modo, los ERE pactados a partir del

⁴ Convalidado por Resolución de 8 de marzo de 2012 (BOE 13 marzo 2012). La ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, confirmará las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero.

⁵ Artículo 18. 3 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.

⁶ Aunque algunos ERE reproducen el esquema que propone el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio. Por ejemplo: Exp. 249/11, de 26 de julio (construcción), Exp. 250/11, de 28 de julio (construcción), Exp. 371/11, de 18 de noviembre (ingeniería civil).

⁷ Con recolocación de trabajadores a través de programas de outplacement en los siguientes ERE: Exp. 17/09, de 5 de marzo (equipamiento de hogar), Exp. 31/09, de 23 de febrero (servicios financieros), Exp. 42/09, de 18 de marzo (edición de libros), Exp. 79/09, de 4 de junio (fabricación de lentes), Exp. 99/09, de 17 de abril (comercio de material eléctrico), Exp. 402/09, de 13 de noviembre (venta material de oficina), Exp. 416/09, de 21 de enero de 2010 (consultora y estudio), Exp. 417/09, 30 noviembre de 2009 (telecomunicaciones), Exp. 456/11, de 5 de enero de 2012 (fabricación de productos farmacéuticos). Entre los ERE adoptados antes de la Ley 35/2010 con acciones formativas cabe citar los siguientes: Exp. 96/09, de 21

Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, no suelen presentar el plan social siguiendo la estructura de esta norma⁸. En general, las medidas sociales de los ERE tratan de atenuar las consecuencias de la extinción de los contratos de trabajo con derechos económicos, que se traducen en indemnizaciones por terminación del contrato de trabajo y en planes de prejubilación que facilitan la desvinculación del trabajador de la empresa, y programas de recolocación externa de los trabajadores afectados por el ERE. Excepcionalmente, algunos ERE contienen otras medidas alternativas tales como movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo o acciones formativas, en ocasiones con la idea de contribuir a evitar o reducir los efectos del ERE, o para atenuar las consecuencias del mismo en los trabajadores afectados, y en otros casos para hacer posible la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

IV.1.2. Expedientes de regulación de empleo extintivos autorizados en 2009, 2010 y 2011

IV.1.2.1. Número de expedientes de regulación de empleo

En el año 2009 se autorizaban 409 ERE de los cuales 212 determinan medidas de extinción de las relaciones laborales. 181 ERE son de extinción, 27 ERE son de extinción y suspensión, 3 ERE combinan la extinción con la reducción de la jornada de trabajo y 1 ERE integra medidas extintivas, suspensivas y de reducción de jornada (Tabla 1).

De esta manera, los ERE de extinción autorizados en 2009 se corresponden con el 51,82% del total de ERE autorizados en el año 2009. El 44,25% son ERE de extinción, el 6,60% son ERE de extinción y suspensión, el 0,73% son ERE de extinción y reducción de jornada, y el 0,24 % de los ERE de 2009 son de extinción, suspensión y reducción de jornada (Tabla 1).

de mayo (fabricación de pintura), Exp. 191/09, de 29 de julio (industria química), Exp. 324/09, de 24 de agosto (fabricación de material eléctrico), Exp. 416/09, de 21 de enero de 2010 (consultora y estudio).

⁸ Ciertos ERE si presentan las medidas de acompañamiento social siguiendo el esquema del Real Decreto 801/2011. Por ejemplo: Exp. 249/11, de 26 de julio (construcción), Exp. 250/11, de 28 de julio (construcción), Exp. 371/11, de 18 de noviembre (ingeniería civil).

ERE EXTINTIVOS AUTORIZADOS EN 2009		
	Nº ERE	%
ERE extinción	181	44,25%
ERE extinción y suspensión	27	6,60%
ERE extinción y reducción de jornada	3	0,73%
ERE extinción, suspensión y reducción de jornada	1	0,24 %
Total ERE extintivos autorizados en 2009	212	51,82%

Tabla 1. ERE extintivos autorizados en 2009. (Elaboración propia a partir de los datos de la DGT).

El año 2010 mantiene esta tendencia ya que a lo largo del mismo se autorizan 346 ERE. 167 ERE comprenden únicamente medidas extintivas, 27 ERE son de extinción y suspensión y 1 ERE introduce, además, reducción de la jornada de trabajo (Tabla 2).

Por tanto, los ERE de extinción autorizados en 2010 suponen el 56,35% del total de ERE autorizados en el año 2010. El 48,26% son ERE de extinción, el 7,80% son ERE de extinción y suspensión y el 0,28% son ERE de extinción y reducción de jornada (Tabla 2).

ERE EXTINTIVOS AUTORIZADOS EN 2010		
	Nº ERE	%
ERE extinción	167	48,26%
ERE extinción y suspensión	27	7,80%
ERE extinción y reducción de jornada	1	0,28%
Total ERE extintivos autorizados en 2010	195	56,35%

Tabla 2. ERE extintivos autorizados en 2010. (Elaboración propia a partir de los datos de la DGT).

Por último, en 2011 se autorizan 396 ERE y aumenta el número de ERE de extinción autorizados hasta 248. De estos, 202 son ERE de extinción de las relaciones laborales, 28 ERE son de extinción y suspensión, 9 ERE disponen extinción y reducción de la jornada de trabajo y 9 ERE prevén medidas extintivas, de suspensión y de reducción de la jornada de trabajo (Tabla 3).

Los ERE de extinción autorizados en 2011 representan el 62,62% del total de ERE autorizados en el año 2011. El 51,01% son ERE

se extinción, el 7,07% son ERE de extinción y suspensión, el 2,72% son ERE de extinción y reducción de jornada y el 2,72% ERE presenta medidas extintivas con suspensión y reducción de jornada de trabajo (Tabla 3).

ERE EXTINTIVOS AUTORIZADOS EN 2011		
	Nº ERE	%
ERE extinción	202	51,01%
ERE extinción y suspensión	28	7,07%
ERE extinción y reducción de jornada	9	2,72%
ERE extinción, suspensión y reducción de jornada	9	2,72%
Total ERE extintivos autorizados en 2011	248	62,62%

Tabla 3. ERE extintivos autorizados en 2011. (Elaboración propia a partir de los datos de la DGT).

Los ERE extintivos han ido aumentando a lo largo del período de referencia hasta alcanzar en 2011 el 51,01% del total de ERE autorizados. Los ERE de extinción y suspensión se han mantenido, y también han experimentado un aumento notable los ERE extintivos que incluyen reducción de jornada y los que combinan extinción, suspensión y reducción de jornada, pues pasan del 0,73% y 0,24% respectivamente al 2,72% del conjunto de ERE autorizados en 2011(Tabla 4)⁹.

ERE EXTINTIVOS AUTORIZADOS EN 2009-2010-2011								
	Extinción		Extinción-Suspensión		Extinción-Reducción		Extinción-Suspensión-Reducción	
	Total	%	Total	%	Total	%	Total	%
2009	181	44,25%	27	6,60%	3	0,73%	1	0,24 %
2010	167	48,26%	27	7,80%	1	0,28%	-	-
2011	202	51,01%	28	7,07%	9	2,72%	9	2,72%

Tabla 4. ERE extintivos autorizados en 2009-2010-2011. (Elaboración propia a partir de los datos de la DGT).

⁹ Más detalles sobre la evolución cuantitativa de los ERE en ARAGÓN MEDINA, J.- ROCHA SÁNCHEZ, F.- DE LA FUENTE SANZ, L., *Los planes sociales en los procesos de reestructuración de empresas en España*, Madrid, MTIN, 20010, págs. 57 a 81.

IV.1.2.2. *Periodo a lo largo del cual se efectúan las extinciones*

El artículo 6.1.b) del Real Decreto 43/1996 y el artículo 8.c) del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, coinciden en señalar que la solicitud de iniciación del ERE se formalizaría aportando, entre otros, los datos acerca del período a lo largo del cual está pensado efectuar las extinciones de los contratos de trabajo.

Así, en general, los ERE extintivos disponen la terminación de las relaciones de trabajo a lo largo de un cierto espacio de tiempo. A veces se proyecta la extinción de los contratos de trabajo de forma sucesiva, en función de las necesidades de producción¹⁰ o, en su caso, la finalización de las relaciones de trabajo en un período concreto de tiempo.

Entre los ERE que realizan las extinciones a lo largo de un espacio de tiempo determinado se encuentran los siguientes:

— Exp. 371/11, de 18 de noviembre (ingeniería civil): extinción de 25 contratos de trabajo, de un total de 132, en cuatro meses.

— Exp. 384/11, de 20 de diciembre (construcción): extinción de 11 contratos de trabajo, de un total de 22, en cinco meses¹¹.

— 456/11, de 9 de enero de 2012 (fabricación de productos farmacéuticos): extinción de 125 contratos de trabajo, de un total de 682, en cinco meses¹².

— Exp. 265/10, de 29 de noviembre (servicios informáticos): extinción de 80 contratos de trabajo, de un total de 762, en seis meses.

— Exp. 370/11, de 23 de noviembre (restauración): extinción de 138¹³ contratos de trabajo, de un total de 669, en un año¹⁴.

— Exp. 449/11, de 30 de enero de 2012 (distribución de productos higiénicos): extinción de 115 contratos de trabajo, de un total de 756, en un año¹⁵.

— Exp. 338/11, de 9 de diciembre (fabricación de aislamientos): extinción de 35 contratos de trabajo, de un total de 1418, en dos años¹⁶.

¹⁰ Exp. 261/2010, de 20 de octubre 2010.

¹¹ Hasta 31 de mayo de 2012.

¹² Hasta 31 de mayo de 2012.

¹³ 130 fijos y 8 temporales.

¹⁴ Hasta 31 de diciembre de 2012.

¹⁵ Hasta 31 de diciembre de 2012.

¹⁶ De 31 de enero de 2012 a 31 de diciembre de 2013.

— Exp. 59/09, de 31 de marzo (compra y venta de vehículos): extinción de 50 contratos de trabajo, de un total de 1833, en tres años.

Por su parte, el Exp. 261/10, de 20 de octubre (materiales de construcción), decide el despido de 14 trabajadores, de un total de 80, de forma sucesiva, en función de las necesidades de la producción.

IV.1.2.3. *Número de trabajadores afectados por los expedientes de regulación de empleo*

Tanto el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero (artículo 6.1.b), como el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio (artículo 8.a), advierten que la solicitud de iniciación del ERE debe contener, como mínimo, el número de los trabajadores que vayan a quedar incluidos en el ERE.

Los ERE extintivos pueden afectar a la totalidad de la plantilla de la empresa o únicamente a algunos de los trabajadores ocupados en la misma.

Con respecto a los ERE que afectan a toda la plantilla, en gran medida se trata de empresas de pequeñas y medianas dimensiones que ocupan entre 10 y 50 trabajadores, aunque también se observan algunos ERE que pretenden la terminación de todos los contratos de trabajo en empresas de inferiores y superiores dimensiones.

Entre los ERE que plantean el despido de la plantilla completa en empresas que ocupan entre 10 y 50 trabajadores están los siguientes: Exp. 65/09, de 4 de mayo (comercio de electrodomésticos) (22), Exp. 66/09, de 4 de mayo (comercio de electrodomésticos) (17), Exp. 69/09, de 3 de abril (venta de material fotográfico) (12), Exp. 73/09, de 2 de abril (reparación de telefonía móvil) (21), Exp. 87/09, de 8 de mayo (agencia de viajes) (12), Exp. 90/09, de 24 de abril (fabricación de armarios) (67), Exp. 118/09, de 15 de abril (comercio de informática) (33), Exp. 128/09, de 2 de mayo (fabricación de frenos) (27), Exp. 136/09, de 22 de mayo (publicidad) (22), Exp. 221/09, de 29 de junio (fabricación de equipos eléctricos) (10), Exp. 297/09, de 4 de agosto (fabricación de muebles) (48), Exp. 320/09, de 9 de septiembre (materiales de oficina) (31), Exp. 331/09, de 9 de octubre (maquinaria de construcción) (12), Exp. 364/09, de 26 de octubre (textil) (12), Exp. 394/09, de 15 de enero 2010 (construcción) (21), Exp. 396/09,

de 18 de diciembre (servicios de empleo) (17), Exp. 427/09, de 16 de diciembre (transporte por carretera) (10), Exp. 2/10, de 22 de enero (fabricación maquinaria hostelería (48), Exp. 18/10, de 29 de enero (contabilidad y asesoría) (79), Exp. 23/10, de 27 de abril (agencia de viajes) (87), Exp. 28/10, de 22 de febrero (transporte) (13), Exp. 52/10, de 19 de mayo (transporte mercancías) (12), Exp. 53/10, de 17 de marzo (transporte mercancías) (20), Exp. 69/10, de 31 de marzo (fabricación de mamparas) (23), Exp. 95/10, de 29 de abril (fabricación hormigoneras) (23), Exp. 123/10, de 11 de junio (comercio pinturas) (11), Exp. 130/10, de 31 de mayo, (servicios financiación) (46), Exp. 140/10, de 11 de agosto (gestoría de seguros) (38), Exp. 162/10, de 9 d agosto (fabricación pinturas) (11), Exp. 197/10, de 19 de agosto (confección textil) (49), Exp. 225/10, de 6 de octubre (comercio de naves) (12), Exp. 234/10, de 3 de septiembre (comercio metal) (30), Exp. 320/10, de 30 de noviembre (servicios de extinción de incendios) (50), Exp. 365/10, de 21 de diciembre (montaje andamios (46), Exp. 57/11, de 14 de marzo (informática) (17), Exp. 74/11, de 12 de mayo (venta cosméticos) (27), Exp. 112/11, de 20 de mayo (transportes) (21), Exp. 137/11, de 21 de julio (venta y reparación de vehículos) (21), Exp. 151/11, de 3 de junio (hostelería) (12), Exp. 209/11, de 6 de julio (construcción) (24), Exp. 363/11 (publicidad) (41), Exp. 462/11 (transporte carretera) (17).

En cuanto a los ERE que disponen la extinción de todos los contratos de trabajo en empresas que ocupan hasta 10 trabajadores cabe citar: Exp. 15/10, de 24 de febrero (comercio metal) (8), Exp. 201/10, de 3 de agosto (comercio de maquinaria) (4), Exp. 211/10, de 17 de agosto (edición de prensa) (8), Exp. 350/10, de 22 diciembre (construcción) (8), Exp. 119/11, de 6 de abril (consultora informática) (6), Exp. 132/11, de 18 de abril (servicio técnico) (7), Exp. 349/11 (productos aluminio) (7).

Otros ERE acuerdan el despido de todos los trabajadores en empresas que cuentan con más de 50 personas. Así: Exp. 74/09, de 27 de abril (transporte de mercancías) (62), Exp. 432/09, de 30 de diciembre (venta de electrodomésticos) (60), Exp. 438/09, de 23 de diciembre (prevención de riesgos laborales) (60), Exp. 116/10, de 24 de mayo (productos congelados) (115), Exp. 321/10, de 17 de diciembre (movimiento de tierras) (80), Exp. 332/10, de 9 de diciembre (informática) (86), Exp. 355/10, de 14 de febrero (comercio material construcción) (59), Exp. 5/11, de 4 de febrero (fabricación vidrio) (51), Exp. 46/11, de 17 de febrero (equipos frigoríficos) (328), Exp.

55/11, de 25 de febrero (industria cárnica) (55), Exp. 114/11, de 20 de mayo (construcción) (72), Exp. 148/11, de 17 de mayo (venta de informática) (1.223), Exp. 215/11, de 4 de julio (comercio productos farmacéuticos) (120), Exp. 235/11, de 9 de agosto (ingeniería civil) (110), Exp. 258/11, de 13 de septiembre (seguridad privada) (54), Exp. 266/11 (importación venta productos eléctricos) (59), Exp. 279/11, (venta plataformas aéreas) (66), Exp. 404/11 (fabricación hormigón) (87), Exp. 448/11 (comercio productos cosméticos) (100).

En relación con los ERE que no proponen el despido de la totalidad de la plantilla decir que existen porcentajes muy variados. En algunos casos las medidas extintivas afectan casi a la totalidad de la plantilla, pues alcanzan estos límites: 76,35%¹⁷, 82,85%¹⁸, 83,16%¹⁹, 84%²⁰, 86,66%²¹, 90,90%²², 92,85%²³, 94,48%²⁴ o 98,79%²⁵.

De cualquier modo, destacan ciertos ERE por el número de trabajadores que se ven afectados por el despido colectivo: Por ejemplo:

— Exp. 309/11, de 25 de octubre (actividades jurídicas): 130 trabajadores²⁶.

— Exp. 278/10, de 21 de enero de 2011 (productos farmacéuticos): 156 trabajadores²⁷.

¹⁷ Exp. 18/09, de 25 de febrero (comercio de electrodomésticos): despido de 42 trabajadores en una empresa con 55 empleados.

¹⁸ Exp. 7/09, de 19 de febrero (instalaciones eléctricas): extinción de 29 contratos de trabajo en una plantilla de 35 trabajadores.

¹⁹ Exp. 37/09, de 5 de marzo (transporte de mercancías): tramita el despido de 400 trabajadores, de los 481 empleados en la empresa.

²⁰ Exp. 312/09, de 29 de septiembre (recursos humanos): despide a 21 trabajadores de una total de 25.

²¹ Exp. 224/10, de 25 de octubre (organización convenciones): afecta a 13 trabajadores, de un total de 15.

²² Exp. 230/10, de 2 de septiembre (servicio tecnología ingeniería): despido de 10 trabajadores en una plantilla de 11 empleados.

²³ Exp. 229/11, de 28 de julio (fabricación de tejas y ladrillos): afecta a 13 trabajadores en una empresa que ocupa a 14 personas.

²⁴ Exp. 257/11, de 6 de septiembre (informes técnicos y de calidad): 120 personas en una plantilla que se compone de 127 trabajadores.

²⁵ Exp. 27/09, de 24 febrero (sector prensa diaria): extinción de 82 trabajadores en una plantilla de 83 empleados.

²⁶ En una plantilla de 208 trabajadores. Por causas técnicas, organizativas y de producción.

²⁷ En una plantilla de 1.471 trabajadores. Por causas organizativas y de producción.

— Exp. 57/10, de 23 de abril (transporte aéreo): 197 trabajadores²⁸.

— Exp. 39/10, de 30 de marzo (industria farmacéutica): 202 trabajadores²⁹.

— Exp. 105/10, de 11 de junio (telecomunicaciones): 225 trabajadores³⁰.

— Exp. 32/10, de 19 de febrero (construcción): 254 trabajadores. EP.

— Exp. 258/10, de 15 de octubre (cajas de ahorros): 290 trabajadores³¹.

— Exp. 31/11, de 1 de marzo (confección textil): 322 trabajadores³².

— Exp. 37/09, de 5 de marzo (transporte mercancías): 400 trabajadores³³.

— Exp. 1/09, de 25 de marzo (publicaciones): 442 trabajadores³⁴.

— Exp. 128/11, de 1 de agosto (comercio productos alimentación): 451 trabajadores³⁵.

— Exp. 401/09, de 21 de diciembre (fabricación de automóviles): 500 trabajadores³⁶.

— Exp. 188/11, de 17 de junio (servicio bancario): 698 trabajadores³⁷.

— Exp. 228/10, de 8 de septiembre (telemarketing): 819 trabajadores³⁸.

²⁸ En una plantilla de 2.757 trabajadores. Por causas organizativas y de producción.

²⁹ En una plantilla de 889 trabajadores. Por causas organizativas y de producción.

³⁰ En una plantilla de 751 trabajadores. Por causas económicas, organizativas y de producción.

³¹ En una plantilla de 2.775 trabajadores. Por causas económicas, organizativas y de producción.

³² En una plantilla de 581 trabajadores. Por causas económicas y de producción.

³³ En una plantilla de 481 trabajadores. Por causas económicas.

³⁴ En una plantilla de 2.212 trabajadores. Por causas económicas.

³⁵ En una plantilla de 949 trabajadores. Por causas técnicas, organizativas y de producción.

³⁶ En una plantilla de 9328 trabajadores. Por causas técnicas, organizativas y de producción.

³⁷ En una plantilla de 4.095 trabajadores. Por causas técnicas, organizativas y de producción.

³⁸ En una plantilla de 1.193 trabajadores. Por causas económicas.

— Exp. 309/10, de 14 diciembre (cajas de ahorros): 1.230 trabajadores³⁹.

— Exp. 391/10, de 24 de enero de 2011 (cajas de ahorros): 2.200 trabajadores⁴⁰.

— Exp. 177/11, de 14 de julio (telecomunicaciones): 6.500 trabajadores⁴¹.

IV.1.2.4. *Selección de los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo*

Crterios para seleccionar a los trabajadores afectados por el Expediente de Regulación de Empleo

El artículo 51 ET no se pronunciaba acerca de los elementos a considerar a la hora de hacer la selección de los trabajadores que se verían afectados por el ERE. El Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, tampoco entraba a valorar dicha cuestión aunque si mencionaba la necesidad de que los ERE precisaran los criterios que se han seguido para elegir a las personas afectadas por el ERE. Así lo declaraba el artículo 6.1.b) del Real Decreto 43/1996 al afirmar que la solicitud de iniciación del ERE se formalizaría aportando, entre otros, número y categorías de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año, así como de los trabajadores que vayan a ser afectados por el ERE y criterios tenidos en cuenta en su designación.

El Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, presenta algunas diferencias con la normativa anterior que no cambian sustancialmente el marco normativo precedente. Según establece el artículo 8.c) de esta disposición, cualquiera que sea la causa alegada para los despidos colectivos, el empresario deberá acompañar su solicitud, entre otros, de la «relación nominativa de los trabajadores afectados o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos». El Real Decreto 801/2011 facilita este trámite

³⁹ En una plantilla de 7.969 trabajadores. Por causas organizativas y de producción.

⁴⁰ En una plantilla de 14.319 trabajadores. Por causas organizativas y de producción.

⁴¹ En una plantilla de 27.935 trabajadores. Por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

porque la empresa puede aportar los principios seguidos para seleccionar a los trabajadores o, en su caso, puede superar este requisito entregando una lista nominativa de los trabajadores afectados. De cualquier manera, ahora tampoco se aclaran qué criterios deben distinguirse al respecto⁴².

Con independencia de la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes de los trabajadores⁴³, predomina el factor de la edad y así lo demuestra el elevado número de ERE que resuelven la desvinculación de los trabajadores de la empresa a través de programas de prejubilación dirigidos, en esencia, a trabajadores con edades cercanas a la edad de jubilación⁴⁴.

Los ERE que explican los criterios de selección combinan razones relacionadas con el puesto de trabajo con motivos ligados a la capacitación, antigüedad o a la edad del trabajador. Entre ellos se encuentran: Exp. 42/09, de 18 de marzo (edición de libros), Exp. 417/09, 30 noviembre 2009 (telecomunicaciones), Exp. 448/09, de 13 de enero de 2010 (fabricación de remolques), Exp. 321/10, de 20 de diciembre (movimiento de tierras), Exp. 249/11, de 26 julio 2011 (construcción), Exp. 250/11, de 28 de julio (construcción), Exp. 338/11, de 5 diciembre 2011 (fabricación aislamientos), Exp. 449/11, de 30 de enero de 2012 (distribución de productos higiénicos).

⁴² Ver DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Procedimientos de regulación de empleo: adaptaciones, ajustes e intervención de la Administración (Comentario al RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos)», *Relaciones Laborales*, núm. 18 (2011), en <http://laleylaboral.laley.es>.

⁴³ El Exp. 21/09, de 9 de marzo (materiales de construcción), aporta un informe desfavorable de la Inspección de Trabajo que afirma que no se respeta el derecho a la preferencia o permanencia de los representantes de los trabajadores.

⁴⁴ Además, ciertos ERE asocian medidas de recolocación externa a través de outplacement a trabajadores que alcancen cierta edad. Es el caso del Exp. 99/09, de 17 de abril (comercio de material eléctrico), que destina este servicio a trabajadores que tengan entre 40 y 50 años en la fecha de causar baja en la empresa, aunque también pueden hacer uso de este servicio los trabajadores mayores de 51 años siempre que no tengan diez años de antigüedad ni treinta años cotizados en el momento de producirse su jubilación. Lo mismo sucede en el Exp. 267/10, de 26 de noviembre (fabricación de pinturas), pues ofrece el servicio de outplacement a los trabajadores menores de 58 años afectados por el ERE. Y también cabe citar el Exp. 417/09, de 30 de noviembre (telecomunicaciones), que dispone de un servicio de outplacement para los nacidos con posterioridad a 31 diciembre de 1962, siempre que lo soliciten.

El Exp. 42/09, de 18 de marzo (edición de libros), declara que para realizar la elección de trabajadores que se verían afectados por el ERE se han tenido en cuenta tres premisas: el puesto de trabajo desempeñado, la antigüedad y la edad del trabajador.

El Exp. 448/09, de 13 de enero de 2010 (fabricación de remolques), selecciona a los trabajadores que no se verán afectados por el ERE atendiendo a la polivalencia y movilidad funcional de los mismos, a las posibilidades de reubicación y a la mayor especialización y capacitación técnica.

El Exp. 417/09, 30 noviembre 2009 (telecomunicaciones), considera estos elementos:

— Desaparición de la función o puesto de trabajo, incluidas las reasignaciones, acumulaciones y concentraciones de actividades y funciones en otros puestos de trabajo.

— Terminación, abandono o disminución operativa de líneas de producto o programas.

— Falta o previsible falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas y necesarias en los puestos de trabajo o que se vayan a operar en un futuro próximo.

— Características de mayor polivalencia e idoneidad para la ocupación de los puestos de trabajo, teniendo en cuenta su formación integral.

— Trabajadores cuya actividad vaya a ser externalizada.

— Trabajadores que tengan una mayor posibilidad laboral.

— Trabajadores que cumplan las condiciones para que su indemnización se instrumente mediante planes de rentas.

— Cualquier otro criterio que la Comisión de Seguimiento marque y acuerde durante la aplicación de las medidas acordadas.

El Exp. 449/11, de 30 de enero de 2012 (distribución de productos higiénicos), apunta estas cuestiones:

— Necesidades objetivas de las diversas áreas de negocio.

— Pertenencia a los puestos de trabajo excedentes por innecesarios en la nueva organización.

— Ubicación territorial, cualificación, profesional y experiencia del conjunto de trabajadores susceptible de estar afectados por el nuevo modelo organizativo.

— Imposibilidad de reubicación en otro puesto excedente.

— Margen de productividad por territorio.

Los Exp. 321/10, de 20 de diciembre (movimiento de tierras), 249/11 26 julio 2011 (construcción) y 250/11, de 28 de julio (construcción), basan la elección del trabajador en criterios objetivos y toman como referencia el puesto de trabajo ocupado y la producción existente y prevista.

El Exp. 338/11, de 5 diciembre 2011 (fabricación aislamientos), tiene en cuenta la edad y el perfil de algunos trabajadores de difícil empleabilidad.

Elección por el propio trabajador

Algunos ERE ofrecen la posibilidad de que los trabajadores entren voluntariamente en el ERE. En la práctica se dan estas opciones:

- Adscripción voluntaria directa.
- Adscripción voluntaria condicionada.
- Permuta.

A) *Adscripción voluntaria directa*

Se trata de ERE que proponen la entrada voluntaria de los trabajadores en el ERE sin imponer ninguna condición. Entre ellos están el Exp.79/09, de 4 de junio (fabricantes de lentes), el Exp. 426/09, de 30 de noviembre (servicios médicos) y el Exp. 338/11, de 5 diciembre (fabricación aislamientos).

Los Exp.79/09, de 4 de junio (fabricantes de lentes) y 338/11, de 5 de diciembre 2011 (fabricación aislamientos), admiten que un trabajador no afectado por el ERE puede solicitar voluntariamente su inclusión en la relación nominal de personal afectado. El Exp. 426/09, de 30 de noviembre (servicios médicos), dice que los representantes de los trabajadores se encargarán de elaborar una lista con los trabajadores que libre y voluntariamente accedan a verse afectados por el ERE.

B) *Adhesión voluntaria condicionada*

Otros ERE contemplan la posibilidad de que los trabajadores se incorporen voluntariamente al ERE aunque imponen algunas con-

diciones al respecto. A veces depende de la edad del trabajador y en otros casos la decisión final se deja en manos de la empresa.

El Exp. 258/10, de 10 de octubre (cajas de ahorros), dispone que los trabajadores podrán adherirse libremente al ERE, pero reserva esta decisión a los trabajadores que cumplan cierta edad y que tengan una determinada antigüedad en la empresa. Se trata de personas que hayan nacido en el año 1955, o en años anteriores, y que tengan una antigüedad de diez años en la empresa⁴⁵.

También se contempla este derecho en el Exp. 171/09, de 15 de junio de 2009 (comercio de hierro y acero), si bien ahora la empresa se reserva el derecho a elaborar la lista final de trabajadores afectados.

El Exp. 99/09, de 17 de abril (comercio de material eléctrico), admite la adscripción voluntaria al ERE, en particular al programa de prejubilaciones, a los trabajadores de la empresa con contrato fijo que reúnan las condiciones exigidas en el acuerdo. Finalmente, la aceptación de voluntarios es potestad de la empresa.

C) *Permuta*

Los trabajadores podrán incorporarse voluntariamente al ERE al admitirse su permuta por otro trabajador afectado inicialmente por la medida extintiva.

En el Exp. 42/09, de 18 de marzo (edición de libros), es posible que trabajadores que inicialmente no se han visto afectados por el ERE puedan formar parte del mismo si se cambian por otros trabajadores que si han sido incluidos en el ERE. En este caso, según indica el Exp. 42/09, ello no podrá suponer a la empresa un coste superior al 15% y también debe observarse que no sea necesario suscribir un nuevo contrato de trabajo para cubrir su puesto.

El Exp. 23/09, de 30 de marzo (industria farmacéutica), también ordena que se podría sustituir a algún trabajador afectado por el

⁴⁵ Se tendrán en cuenta los años de servicio en la empresa, o en empresas del grupo, en fundaciones y los años de excedencia con compromiso de retorno. También computan los años en la empresa actual y los trabajados en anteriores empresas en supuestos de fusiones o cesiones. La empresa planea la extinción de 290 contratos de trabajo de un total de 2.775 trabajadores, es decir, el 10,45% de la plantilla. Se alegan causas económicas, organizativas y de producción.

ERE por otro que decida voluntariamente incorporarse al mismo, aunque la decisión última pertenece a la dirección de la empresa.

IV.1.3. Medidas sociales y plan de acompañamiento social en los expedientes extintivos

IV.1.3.1. Medidas de carácter económico

Indemnizaciones por terminación del contrato de trabajo

En los ERE de carácter extintivo dominan las medidas económicas, en especial las indemnizaciones por terminación de la relación laboral, las cuales, en su gran mayoría, suelen mejorar los límites que se recogían en el artículo 51.8 ET.

Así, pese a que el artículo 51.8 ET señalaba que «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 inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades», la gran parte de los ERE analizados tienen indemnizaciones que superan esta cantidad. Y ello tanto en lo que respecta a los días de salario por año que percibirá el trabajador, como en lo que afecta al tope de mensualidades que componen la indemnización.

La casi totalidad de los ERE extintivos que se han autorizado en los últimos años han venido precedidos de un acuerdo con la representación de la plantilla⁴⁶, siendo esta circunstancia lo que justifica

⁴⁶ Son excepcionales los ERE extintivos que se han autorizado sin acuerdo previo entre empresa y representación de la plantilla de 2009 a 2011. Se trata de: Exp. 50/09, de 2 de abril (perfiles aluminio), Exp. 71/09, de 27 de mayo (comercio de muebles), 83/09, de 15 de abril (prefabricados de hormigón), Exp. 422/09, de 12 de febrero (servicio transitario), Exp. 51/10, de 6 de mayo (aerogenerador), Exp. 52/10, de 19 de mayo (transporte mercancías), Exp. 62/10, de 30 de abril (telemarketing), Exp. 77/10, de 7 de mayo (seguridad privada), Exp. 78/10, de 28 de abril (construcción), Exp. 182/10, de 20 de septiembre (transporte de vehículos), 202/10, de 9 de septiembre (transferencia de dinero), Exp. 217/10, de 15 de septiembre (mantenimiento de jardinería), Exp. 225/10, de 6 de octubre (comercio de naves), Exp. 245/10, de 11 de noviembre (equitación de laboratorio), Exp. 266/10, de 24 de noviembre (transformación de plástico), Exp. 349/10, de 17 de febrero de 2011 (fabricación productos metálicos), Exp. 351/10, de 25 de febrero de 2011

que se hayan firmado ERE con indemnizaciones que exceden sobradamente la cantidad legal, ya que, en la práctica, el citado acuerdo se ha hecho depender de las condiciones económicas pactadas entre trabajadores y empresa, más que de las posibles medidas destinadas a evitar o reducir los despidos colectivos y a atenuar sus consecuencias.

Ciertamente, dadas las condiciones actuales, la desaparición del trámite de la autorización administrativa reducirá la capacidad de la representación de la plantilla para llegar a acuerdos con las empresas que confirmen indemnizaciones elevadas, de manera que, en el futuro, las indemnizaciones por extinción del vínculo contractual adoptadas en el marco de despidos colectivos se acomodarán a lo estipulado en el artículo 53.1.c) ET. Pues a este precepto se remite ahora el artículo 51.4 ET⁴⁷ al dictar que el empresario notificará los despidos individualmente a los trabajadores afectados en los términos establecidos en el artículo 53.1 ET, que apunta expresamente que el empresario deberá «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».

Poner de relieve que las indemnizaciones fijadas en los ERE son muy diferentes unas de otras, de ahí que no resulte fácil trazar una tendencia común en este sentido. No obstante esto, las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo contenidas en los ERE se pueden agrupar en torno a las distintas indemnizaciones existentes en nuestro ordenamiento jurídico en caso de terminación del vínculo laboral. Pueden distinguirse estas tres categorías:

— ERE con indemnizaciones en torno a veinte días de salario por año... hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

(construcción y montaje frío), Exp. 75/11, de 7 de abril (fabricación maquinaria frío industrial), Exp. 100/11, de 6 de mayo (ferias y congresos), Exp. 198/11, de 15 de junio (fabricación de pinturas y barnices), Exp. 258/11, de 13 de septiembre (seguridad privada), Exp. 285/11, de 21 de septiembre (instalaciones telefónicas), Exp. 295/11, de 14 de noviembre (agencia de viajes), Exp. 297/11, de 26 de octubre (seguridad privada), Exp. 300/11, de 15 de noviembre (programas informáticos), Exp. 363/11, de 13 de diciembre (publicidad).

⁴⁷ Redacción dada por el artículo 18.3 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.

— ERE con indemnizaciones en torno a treinta y tres días de salario por año... hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

— ERE con indemnizaciones en torno a cuarenta y cinco días de salario por año... hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

A) *En torno a veinte días de salario por año... con un máximo de doce mensualidades*

Algunos ERE disponen indemnizaciones que giran en torno a la cantidad legal que se contenía en el artículo 51.8 ET, ahora en el artículo 53.1.c) ET, según el cual el trabajador afectado por la extinción percibirá veinte días de salario por año trabajado con un máximo de doce mensualidades.

Si bien son escasos los ERE que mantienen la indemnización legal que establecía el artículo 51.8 ET, ciertos ERE se ajustan a tal disposición y estipulan que los trabajadores afectados por el ERE tendrán derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades. Entre ellos se encuentran los siguientes (Tabla 5):

- Exp. 5/09, de 16 de enero (publicaciones).
- Exp. 7/09, de 19 de febrero (instalaciones eléctricas)⁴⁸.
- Exp. 54/09, de 14 de abril (fabricación de armas)⁴⁹.
- Exp. 111/09, de 11 de mayo (actividades inmobiliarias)⁵⁰: con un calendario de pagos para completar la entrega de la indemnización descrita, así como también para satisfacer los salarios adeudados al trabajador. Según el Exp. 111/09, los pagos seguirán el siguiente proceso: en primer lugar se abonarán los salarios debidos al trabajador, en segundo término se entregará el cincuenta por ciento de la indemnización y en tercer lugar el trabajador recibirá el resto

⁴⁸ El ERE afecta al 82,85% de la plantilla, 29 trabajadores de un total de 35. La empresa aduce causas productivas.

⁴⁹ Se extinguen los contratos de 18 personas de un total de 99. El 18,18% de la plantilla se ve afectada por el ERE. Tales medidas se deben a causas económicas, organizativas y de producción.

⁵⁰ La empresa alega causas económicas y organizativas y plantea la extinción de 21 puestos de trabajo, de un total de 54, lo cual se corresponde con el 38,88% de la plantilla.

de la indemnización, hasta completar los veinte días de salario por año hasta el máximo de doce mensualidades. De este modo, si la empresa no respeta los plazos acordados en el ERE el trabajador podrá reclamar el cobro de la indemnización completa.

- Exp. 141/09, de 30 de abril (industria química)⁵¹.
- Exp. 191/09, de 29 de julio (fabricación de herramientas)⁵².
- Exp. 426/09, de 30 de noviembre (servicios médicos).
- Exp. 439/09, de 15 enero 2010 (fabricación de cerveza).
- Exp. 207/10, de 20 de octubre (alquiler vehículos)⁵³.
- Exp. 248/10, de 13 de octubre (fabricación de productos químicos)⁵⁴.
- Exp. 321/10, de 20 de diciembre (movimiento de tierras): la indemnización se abonará mediante transferencia bancaria en tres pagos iguales⁵⁵.

El Exp. 257/11, de 6 de septiembre (informes técnicos y de calidad), dispone veinte días de salario por año trabajado sin topes mensuales.

⁵¹ Se extinguen 9 contratos de trabajo, de un total de 21 trabajadores, lo que representa el 42,85% de la plantilla. El ERE se debe a causas productivas.

⁵² No se tendrán en consideración las horas extraordinarias que se hayan percibido en los doce meses anteriores a la fecha de extinción del contrato. Aunque inicialmente se plantea la extinción de 271 contratos de trabajo finalmente se acuerda que sean 195 los trabajadores afectados por esta decisión, de un total de 1.793. Esto equivale al 10,87% de la plantilla. La empresa alega causas económicas, organizativas y de producción.

⁵³ El ERE afecta a 58 trabajadores de una plantilla de 177 y se debe a causas económicas, organizativas y productivas.

⁵⁴ Se podrá percibir la indemnización legal o el trabajador podrá optar por las cantidades siguientes. Una cantidad alzada comprensiva de los siguientes conceptos: complemento de las prestaciones brutas por desempleo hasta el 87% del total de las percepciones salariales brutas del trabajador desde la fecha de baja hasta alcanzar la edad de 65 años (reales o teóricos). A esa base se le aplicará un incremento anual del 3%, así como los devengos de antigüedad a los que el trabajador tuviera derecho de continuar en activo. Posteriormente aplicará una tasa de descuento anual del 4%. A la cantidad resultante se sumará el coste del convenio especial de cotización a la Seguridad Social por el número de años que medien entre la finalización de la prestación por desempleo y la edad de 65 años (reales o teóricos), así como el 100% de los beneficios sociales. A tales efectos, se consideran percepciones salariales brutas los conceptos retributivos devengados por el trabajador en el mes inmediatamente anterior a la fecha de baja, calculados con la misma proporción teórica que les hubiera correspondido de estar en activo; y se consideran excluidos los conceptos que retribuyen prolongación o exceso de jornada y subvención de comida.

⁵⁵ Se da una garantía de pago de las indemnizaciones con la presentación de un aval consistente en una excavadora hidráulica.

Otros ERE superan la indemnización legal, tanto en días por año trabajado, como en topes mensuales. Se pactan indemnizaciones de veintidós, veinticuatro, veinticinco, veintisiete o veintiocho días por año trabajado. A veces con límites mensuales y en otros momentos si topes finales. En dicha franja destacan estos ERE (Tabla 5).

Veintidós días de salario por año trabajado:

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 427/09, de 16 diciembre (transporte por carretera): veintidós días de salario por año trabajado con el límite de doce mensualidades, que se abonarán en dos plazos⁵⁶.
- Exp. 319/10, 23 de noviembre (comercio textil)⁵⁷: veintidós días de salario por año trabajado con el límite de doce mensualidades.

Veinticuatro días de salario por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- Exp. 224/10, de 25 de octubre (organización de convenciones): veinticuatro días de salario por año trabajado sin topes mensuales⁵⁸.

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 242/10, de 6 de octubre (consultora de recursos humanos): veinticuatro días de salario por año trabajado con un máximo de doce mensualidades⁵⁹.

⁵⁶ El ERE se debe a causas económicas, organizativas y productivas y afecta a 10 trabajadores que suponen la totalidad de la plantilla. En el salario se computará la actual retribución bruta anual fija, el importe de la retribución variable del último año y las pagas extraordinarias.

⁵⁷ La empresa alega causas económicas y afecta al 16,12% de la plantilla. En total, 15 trabajadores de 93.

⁵⁸ Dada la falta de liquidez de la empresa, los trabajadores solicitarán directamente del FOGASA el 40% de la indemnización correspondiente (8 días por año de servicio). En este caso, aunque se anuncian estas dificultades económicas de la empresa, ésta promete, además, una indemnización fija para todos los afectados por el ERE de 1.538 €.

⁵⁹ Esta indemnización se prevé para los trabajadores que se hayan visto afectados por una reducción salarial, pues el resto de la plantilla recibe la indemnización legal.

Veinticinco días de salario por año trabajado:

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 246/10, de 29 de octubre (transporte y mensajería): veinticinco días por año trabajado con el tope de doce mensualidades⁶⁰.
- Exp. 249/11, de 26 de Julio (construcción): veinticinco días por año trabajado con el tope de catorce mensualidades.
- Exp. 250/11, de 28 de julio (construcción): veinticinco días por año trabajado con el tope de catorce mensualidades.

Veintisiete días de salario por año trabajado:

— Sin límite mensual:

- Exp. 307/09, de 7 de agosto (promoción inmobiliaria).
- Exp. 311/09, de 11 de agosto (promoción inmobiliaria)⁶¹.

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 35/09, de 3 de abril (instalaciones de gas): veintisiete días de salario por año con un máximo de doce mensualidades⁶².

Veintiocho días de salario por año trabajado:

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 463/09, de 1 de febrero de 2010 (tratamiento de residuos): veintiocho días de salario bruto⁶³ por año de servi-

⁶⁰ En este caso, tres trabajadores, cuya indemnización está topada con 360 días, percibirán una indemnización adicional de 3.821 €, 2.607 € y 1.983 €. A un trabajador en situación de jubilación parcial la empresa le abonará en concepto de indemnización la cuantía del salario equivalente al 15% de la jornada que viene disfrutando, hasta los 65 años, renunciando a la indemnización fijada para el resto de trabajadores. La empresa hará frente al convenio con la Seguridad Social, con el límite del 15% de su cotización, hasta cumplir los 65. El Exp. 246/10, se compromete a mantener el nivel de empleo de la empresa tras el ERE, salvo que aparezcan nuevas causas que pudieran justificar futuras extinciones. En tal caso, se garantiza la indemnización pactada en este momento.

⁶¹ Para garantizar el cobro de las indemnizaciones se hace un depósito ante Notario por cada trabajador afectado con el importe líquido de la indemnización derivada del acuerdo alcanzado.

⁶² Se programan 27 extinciones en una plantilla de 118 trabajadores. Es decir, que queda afectado el 22,88% del personal. Se alegan causas económicas y organizativas.

⁶³ Se cuenta la retribución fija actual en metálico en todos los casos. Para los comerciales se incluye, además, la retribución variable abonada en concepto de «comisiones» de los últimos 12 meses.

cio con un tope de dieciocho mensualidades. El ERE dice expresamente que los contratos de trabajo no se extinguirán si la empresa no dispone del dinero para hacer efectivas tales liquidaciones⁶⁴.

INDEMNIZACIONES POR FIN DE CONTRATO En torno a 20 días... hasta 12 mensualidades...	
TRAMOS	EXP.
20 días ... 12 mensualidades	5/09
	7/09
	54/09
	111/09
	141/09
	191/09
	426/09
	439/09
	207/10
	248/10
321/10	
20 días ... por año	257/11
22 días ... 12 mensualidades	427/09
	319/10
24 días ... por año	224/10
24 días ... 12 mensualidades	242/10
25 días ... 12 mensualidades	246/10
25 días ... 14 mensualidades	249/11
	250/11
27 días ... 12 mensualidades	35/09
27 días ... por año	307/09
	311/09
28 días ... 12 mensualidades	463/09

Tabla 5. Indemnizaciones por fin de contrato. En torno a 20 días... hasta 12 mensualidades... (Elaboración propia).

B) *En torno a treinta y tres días de salario por año... hasta un máximo de veinticuatro mensualidades*

Otros ERE disponen indemnizaciones que se mueven alrededor del importe fijado a partir del Acuerdo Interconfederal para Esta-

⁶⁴ El ERE afecta a 20 trabajadores de un total de 29. Se alegan causas económicas, organizativas y productivas.

bilidad en el Empleo de 1997, para la extinción por causas objetivas de los contratos de fomento de la contratación indefinida que sean declarados improcedentes. Se trata de ERE con indemnizaciones en torno a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Esta indemnización quedó recogida en la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida⁶⁵, para la extinción de los contratos citados, aunque en este momento el Real Decreto-ley 3/2012 generaliza para todos los despidos improcedentes la indemnización de treinta y tres días con un tope de veinticuatro mensualidades que se ha venido aplicando para los despidos objetivos improcedentes de trabajadores con contrato de fomento de la contratación indefinida. Así lo expresa el actual artículo 56.1 ET⁶⁶ según el cual «cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades».

Los ERE prevén indemnizaciones que van desde treinta días de salario por año trabajado hasta treinta y ocho días por año de servicio en la empresa. A veces se indican topes mensuales y en otras ocasiones los ERE no presentan máximos finales (Tabla 6).

Treinta días de salario por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- Exp. 28/09, de 6 de mayo (extracción de piedra): treinta días de salario por año de servicio y no marca topes máximos.

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 171/09, de 25 de mayo (comercio de hierro y acero): treinta días de salario por año trabajado con un máximo

⁶⁵ BOE 30 diciembre 1997.

⁶⁶ Redacción dada por el artículo 18.7 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.

de doce mensualidades⁶⁷. En lo que respecta a la forma de pago de dicha indemnización, el ERE diferencia entre indemnizaciones menores de 3.000 € e indemnizaciones que superen esa cantidad. Si la indemnización no llega a los 3.000 € la misma se abona en un único pago en el momento de la extinción, pero si la indemnización es mayor de 3.000 € se abona en dos plazos, el 50% en el instante en el que se produce la extinción del contrato de trabajo y el 50% restante a los tres meses.

- Exp. 448/09, de 13 de enero de 2010 (fabricación de remolques): treinta días de salario por año de servicio con el tope de doce meses⁶⁸.
- Exp. 309/09, de 25 de agosto (construcción de edificios): treinta días por año trabajado con un máximo de quince mensualidades⁶⁹.
- Exp. 155/09, de 16 de junio (ingeniería y telecomunicaciones): treinta días de salario por año trabajado con el tope de veinticuatro mensualidades⁷⁰.

Treinta y un días de salario por año trabajado:

— Exp. 96/09, de 21 de mayo (fabricación de pintura): treinta y un días de salario⁷¹ por año de servicio con un tope de 40.000 €. Esta indemnización se aplica a todos los trabajadores afectados por

⁶⁷ Los trabajadores proponían una indemnización de treinta y cinco días por año trabajado, pues son las cifras que se aplican en el sector, pero la empresa sólo ofrecía la indemnización legal prevista en el artículo 51.8 ET, que ordenaba una indemnización de veinte días de salario por año con un máximo de doce meses. La negociación ampliaba la oferta hasta veinticinco días por año con el tope de doce mensualidades, si se hacía el pago aplazado, para llegar a la indemnización finalmente aprobada de treinta días por año con el máximo de doce meses. Se extinguen 11 contratos de trabajo de un total de 40, lo que representa el 27,5% de la plantilla. La empresa argumenta causas económicas, organizativas y de producción.

⁶⁸ En este caso, el cálculo del salario no se verá afectado por el salario percibido en el 2009 por el ERE de suspensión e incluirá percepciones fijas y variables.

⁶⁹ Se despide a 23 trabajadores de un total de 41. El ERE se debe a causas económicas, organizativas y de producción. La Inspección de Trabajo constata la situación de beneficio de la empresa aunque informa favorablemente debido al acuerdo alcanzado entre las partes.

⁷⁰ Se extinguen los contratos de 74 trabajadores, en un plantilla de 466 personas. Ello equivale al 15,87% del total. La empresa alega causas económicas y organizativas.

⁷¹ Para su cálculo se incluye el plus de absentismo y de comedor para quienes lo perciban hasta diciembre de 2008.

el ERE, salvo para quienes la indemnización legal de veinte días por año trabajado con un máximo de doce mensualidades sea superior a dicha cantidad⁷².

Treinta y dos días y medio de salario por año trabajado:

— Exp. 286/10, de 3 de noviembre (comercio textil): treinta y dos días y medio de salario por cada año de servicio⁷³.

Treinta y tres días de salario por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- 337/11, de 2 de enero de 2012 (industria del aceite)⁷⁴.

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 338/11, de 5 diciembre 2011 (fabricación aislamientos): treinta y tres días de salario por año trabajado con un máximo de veinticuatro mensualidades.

Treinta y cinco días de salario por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- Exp. 17/09, de 5 de marzo (equipamiento de hogar)⁷⁵.
- Exp. 461/09, de 2 de marzo de 2010 (edición de libros).

⁷² En función de los gastos de asesoramiento económicos y sindicales se les descontará un 3% del exceso de indemnización sobre los 20 días legalmente establecidos a los afectados, excepto para los trabajadores que estén afiliados a fecha de hoy.

⁷³ La indemnización se cobrará en el plazo de una semana desde que se dicta resolución.

⁷⁴ El salario de cálculo se compone de la retribución fija actual del trabajador a la fecha de extinción mas la retribución variable percibida los últimos doce meses sin incluir el plan de pensiones y el seguro de vida. Se prevé una indemnización lineal de 15.000 € y el ERE determina que todo ello no puede superar la cantidad equivalente a cuarenta y dos mensualidades.

⁷⁵ El Exp. 17/09 dispone que durante los tres años siguientes a la firma del ERE la dirección se compromete a no extinguir ningún contrato por las causas de los artículos 40, 51 y 52 ET (traslados forzosos, despidos objetivos individuales y colectivos). De hacerlo, las indemnizaciones pactadas en este ERE tendrán «carácter mínimo». Es decir, que en caso de extinciones de contratos por las razones descritas, y en el plazo citado, las indemnizaciones deberán partir de treinta y cinco días de salario, sin topes máximos mensuales.

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 326/09, de 6 de octubre (promoción de empleo): treinta y cinco días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades.
- Exp. 235/10, de 3 de noviembre (transporte aéreo): treinta y cinco días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades o treinta y tres días de salario por año con el tope de catorce meses⁷⁶.
- Exp. 245/10, de 11 de noviembre (equitación de laboratorios): treinta y cinco días por año trabajado con un tope de dieciocho mensualidades y hasta un límite individual de 80.000 €
- Exp. 253/10, de 24 de noviembre (fabricación equipos frigoríficos)⁷⁷: treinta y cinco días de salario por año trabajado con un máximo de veintiuna mensualidades⁷⁸.
- Exp. 310/10, de 23 de diciembre (alquiler de maquinaria)⁷⁹: treinta y cinco días de salario por año trabajado con un máximo de veintiocho mensualidades⁸⁰.
- Exp. 129/09, de 20 de mayo (comercio informática): treinta y cinco días de salario⁸¹ por año trabajado y aplica el

⁷⁶ El ERE introduce una cláusula de salvaguarda, de modo que si en los doce meses siguientes se lleva a cabo un ERE con indemnizaciones superiores, los afectados por este ERE recibirán la diferencia.

⁷⁷ Se plantea la extinción de 92 contratos de trabajo de un total de 349 trabajadores, es decir, un 26,6% de la plantilla. De esos 92 contratos de trabajo, la empresa propone 31 bajas incentivadas y 61 prejubilaciones. Se alegan causas económicas y productivas. El ERE expone las medidas tomadas antes de llevar a cabo las extinciones. Se trata de: reducción de la masa salarial, negociar aplazamiento de deudas, capitalización de la empresa y reestructuración del balance, redimensionar la plantilla adaptando los recursos a la demanda real para hacer el grupo más competitivo.

⁷⁸ De acuerdo con el artículo 51.15 ET (ahora 51.9 ET tras la reforma del Real Decreto-ley 3/2012), la empresa asume los costes del convenio con la Seguridad Social de los trabajadores afectados por el ERE con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967.

⁷⁹ El ERE plantea la extinción de 36 contratos de trabajo de un total de 293 trabajadores, es decir, un 12,28% de la plantilla. Se alegan causas económicas y productivas.

⁸⁰ También se reconocen otros derechos salariales. Vacaciones pendientes de disfrute de ejercicios anteriores: en el finiquito se abonará un bonus por dicho concepto. Atrasos de pagas extraordinarias: atrasos por el cambio de convenio de las pagas de 2007 y 2008. Atrasos de convenio: se abonarán los atrasos de acuerdo al incremento salarial del convenio para el año 2010.

⁸¹ El salario a tener en cuenta será el percibido por el trabajador en los últimos doce meses o la prorrata en caso de menos antigüedad.

máximo de cuarenta y dos mensualidades, coincidiendo con el tope del artículo 56.1.a) ET, antes de ser éste modificado por el Real Decreto-ley 3/2012.

Treinta y ocho días de salario por año trabajado:

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 261/10, de 20 de octubre (materiales de construcción): treinta y ocho días de salario por año trabajado con el tope de trece mensualidades⁸². Si los trabajadores afectados encuentran empleo durante el tiempo en el que se tramita el ERE y abandonan antes la empresa, deberán avisar a la misma con quince días de antelación conservando el derecho a la indemnización que se acaba de exponer. Si no se respeta el plazo de preaviso estipulado en el ERE, los días de retraso se les descontarán de la indemnización⁸³.
- Exp. 451/09, de 15 enero 2010 (fabricación de yeso y plástico): treinta y ocho días de salario por año trabajado con un máximo de veinticuatro mensualidades, para trabajadores menores de 56 años a 31 de diciembre de 2009 o mayores de dicha edad con menos de cuatro años de antigüedad en la empresa. Este ERE se repite en el Exp. 314/10, de 23 de noviembre (fabricación de yeso y plástico), que incluye un incremento lineal de 6.000 € para quienes se hayan visto afectados por un ERE anterior de suspensión.
- Exp. 264/10, de 3 de noviembre (logística industrial): treinta y ocho días de salario por año trabajado con un máximo de treinta y dos mensualidades⁸⁴, para los trabajadores afectados por el ERE con menos de 55 años de edad⁸⁵.

⁸² El salario diario se calcula con la suma del último salario percibido, más el promedio del variable de los últimos doce meses anteriores al despido, dividido por 365.

⁸³ Se propone la extinción de 14 contratos de trabajo de un total de 85 trabajadores, esto es, el 16,4% de la plantilla. La empresa alega causas organizativas y de producción.

⁸⁴ Se llevan a cabo 40 despidos en una plantilla de 170 trabajadores. Es decir, se acuerda la extinción del 23,53% de los contratos de la empresa. Se exponen causas económicas y productivas.

⁸⁵ Los trabajadores que tengan 55 años de edad o más reciben una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

INDEMNIZACIONES POR FIN DE CONTRATO En torno a 33 días... hasta 24 mensualidades...	
TRAMOS	EXP.
30 días ... por año	28/09
30 días ... 12 mensualidades	171/09 448/09
30 días ... 15 mensualidades	309/09
30 días ... 24	155/09
31 días ... por año	96/09
32 ½ ... por año	286/10
33 días ... por año	337/11
33 días ... 24 mensualidades	338/11
35 días ... por año	17/09 461/09
35 días ... 12 mensualidades	326/09 235/10
35 días ... 18 mensualidades	245/10
35 días ... 21 mensualidades	253/10
35 días ... 28 mensualidades	310/10
35 días ... 42 mensualidades	129/09
38 días ... 13 mensualidades	261/10
38 días ... 24 mensualidades	451/09
38 días ... 32 mensualidades	264/10

Tabla 6. Indemnizaciones por fin de contrato. En torno a 33 días... hasta 24 mensualidades... (Elaboración propia).

C) *En torno a cuarenta y cinco días de salario por año... hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades*

Existe un elevado número de ERE con indemnizaciones que se sitúan en torno a los cuarenta y cinco días de salario por año de servicio trabajado, hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, cantidad que se abonaba hasta ahora, de acuerdo con el artículo 56.1.a) ET, en caso de despido improcedente. Como se ha explicado, el Real Decreto-ley 3/2012 sustituye esta indemnización por la de treinta y tres días de salario con un tope de veinticuatro mensualidades que se aplicaba en los despidos por causas objetivas declarados improcedentes de trabajadores con contrato de fomento de la

contratación indefinida. Dicha medida afecta a los contratos que se firmen a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, pues según argumenta la Exposición de motivos de esta norma, «las nuevas reglas sobre la indemnización por despido improcedente se aplican a los contratos celebrados a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley. Para los contratos celebrados con anterioridad a dicha fecha, la indemnización se seguirá calculando de acuerdo con las reglas vigentes previamente, si bien tan sólo con respecto al tiempo de servicios prestados antes de la entrada en vigor de esta norma. Para el tiempo de servicios restante, se tendrán en cuenta la nueva cuantía de 33 días por año de servicio».

En este marco, las indemnizaciones van desde cuarenta días de salario por año de servicio hasta sesenta y siete días por año trabajado, dominando los ERE que superan sobradamente la indemnización máxima del antiguo artículo 56.1.a) ET, tanto en los días por año trabajado que se computarán a estos efectos, como en los extremos mensuales que marca dicho precepto. Como antes, algunos ERE señalan topes mensuales y otros no prevén ningún límite máximo (Tabla 7).

Cuarenta días de salario por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- Exp. 216/10, de 28 de octubre (servicios sociales): cuarenta días de salario por año trabajado sin ningún tope.

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 61/09, de 24 de abril (transporte por carretera): cuarenta días de salario por año trabajado, hasta un máximo de doce mensualidades⁸⁶.
- Exp. 265/10, de 29 de noviembre (servicios informáticos): cuarenta días de salario por año trabajado, hasta un máximo de dieciocho mensualidades. La indemnización será, como mínimo, de 5.000 €⁸⁷.

⁸⁶ Se extinguen 50 contratos de trabajo, de un total de 230, lo que significa el 21,73% de la plantilla. El ERE se debe a causas económicas, organizativas y de producción.

⁸⁷ La empresa despide a 80 trabajadores de un total de 762, lo que supone el 10,49% de la plantilla. El ERE es por causas económicas, organizativas y de producción.

- Exp. 21/09, de 9 de marzo (materiales de construcción): cuarenta días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades⁸⁸ y marca los mínimos que deben alcanzar las indemnizaciones. Si la indemnización es inferior a 3.000 € se añaden 3.000 €, si la indemnización va de 3.000 € a 6.000 € se suman 2.000 € y si la indemnización está entre 6.001 € y 10.000 € el trabajador recibe 1.000 € más⁸⁹.
- Exp. 23/09, de 30 de marzo (industria farmacéutica): cuarenta días por año con el tope de veinticuatro mensualidades, y si la indemnización es inferior a 3.000 € el trabajador recibirá 3.000 €.
- Exp. 267/10, de 26 de noviembre (fabricación de pinturas): cuarenta días de salario por año trabajado, hasta un máximo de veinticinco mensualidades⁹⁰, aunque únicamente para los trabajadores menores de 58 años⁹¹.
- Exp. 29/09, de 14 de mayo (fabricación de grifería): cuarenta días por año trabajado hasta un máximo de treinta y tres mensualidades⁹².
- Exp. 325/09, de 19 de noviembre (distribución materiales saneamientos): cuarenta días por año trabajado con un máximo de treinta y seis mensualidades.
- Exp. 34/09 (alquiler de automóviles): cuarenta días de salario por año trabajado hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades⁹³.

⁸⁸ Dicha indemnización se prevé para aquellos trabajadores que no se incluyen en el plan de jubilación que ha previsto para trabajadores que tengan de 57 años en adelante. Los trabajadores que por edad puedan entrar en el plan de prejubilaciones y no tengan interés en acogerse al mismo recibirán una indemnización de veinte días de salario por año con un máximo de doce mensualidades.

⁸⁹ El ERE obedece a causas organizativas y productivas. En este caso, existe informe desfavorable de la Inspección de Trabajo que afirma que no existen tales causas. El ERE afecta a 58 trabajadores, aunque en principio eran 103, de un total de 154 personas, lo cual se corresponde con el 37,66% de la plantilla.

⁹⁰ La indemnización se calcula sobre el salario fijo teórico más el 60% del variable teórico anual para 2010.

⁹¹ Los trabajadores con 58 años o más a 30 de noviembre de 2010 entran en un plan de prejubilaciones. El ERE afecta a 55 personas de un total de 265, es decir, al 20,75% de la plantilla. Se debe causas económicas, organizativas y de producción.

⁹² Se proyecta la extinción de 85 puestos de trabajo de un total de 173, lo que supone el 49,13% del total. Se alegan causas económicas y productivas.

⁹³ De acuerdo con el artículo 51.15 ET (ahora 51.9 ET tras la reforma del Real Decreto-ley 3/2012), la empresa asume los costes del convenio con la Seguridad

Cuarenta y dos días de salario por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- Exp. 175/09, de 10 de junio (medios de comunicación): cuarenta y dos días por año trabajado sin topes mensuales⁹⁴.

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 79/09, de 4 de junio (fabricación de lentes): cuarenta y dos días de salario⁹⁵ por año de servicio, hasta treinta y seis mensualidades⁹⁶, con un tope máximo de 120.000 €⁹⁷, para trabajadores menores de 55 años (que no estén en el plan de prejubilación).
- Exp. 467/09, de 12 de enero de 2010 (productos de construcción): cuarenta y dos días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades⁹⁸.

Cuarenta y cinco días por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- Exp. 402/09, de 13 de noviembre (venta material de oficina)⁹⁹.
- Exp. 382/11, de 30 de noviembre (comercio energía solar).

Social de los trabajadores afectados por el ERE con 55 o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967.

⁹⁴ Se prevé la extinción de 180 contratos de trabajo, de un total de 2.179. Esto equivale al 8,26% de la plantilla. El ERE presenta causas económicas, organizativas y de producción.

⁹⁵ El salario incluye retribución fija diaria y promedio diario de los conceptos variables.

⁹⁶ La indemnización se abonará en dos plazos si supera los 24 meses.

⁹⁷ Quienes cumplan 25 años de antigüedad en la empresa en 2009 también tendrán derecho a percibir el premio de vinculación, aunque su contrato se extinga por el ERE antes de cumplirlas.

⁹⁸ Se tienen en cuenta estos conceptos: salario base, pagas extras, retribución voluntaria, antigüedad, complemento de puesto, prima de producción para el personal de taller, pluses de nocturnidad, tarde, peligrosidad, penosidad y toxicidad (a noviembre, dividido entre 10 y multiplicado por 11, porque en vacaciones estos pluses no se perciben), incentivo anual, bonus o prima por objetivos del personal administrativo y/o mando del taller, al 90% de la base, incentivo del personal vinculado al departamento comercial, normalmente sobre ventas, al 90% de los previsto para este año, con datos al cierre de noviembre y extrapolados a diciembre.

⁹⁹ La extinción, por causas económicas y organizativas, afecta al 71,42% de la plantilla, 45 personas de un total de 63. Se mantiene la misma indemnización si dentro de un plazo de un año la empresa procede a un despido objetivo por las causas relacionadas con el expediente.

- Con un máximo de tres anualidades:
 - El Exp. 417/09, de 30 de noviembre de 2009 (telecomunicaciones)¹⁰⁰: cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, con un tope de 175.000 € o de tres anualidades¹⁰¹.
- Con un máximo de cuarenta y dos mensualidades:
 - Exp. 37/09, de 5 de marzo (transporte de mercancías).
 - Exp. 42/09, de 18 de marzo (edición de libros)¹⁰².
 - Exp. 60/09 de 26 de marzo (industria tabaquera)¹⁰³: indemnización de cuarenta y cinco días de salario¹⁰⁴, por año de servicio, hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades¹⁰⁵, garantizando, a su vez, ciertas cantidades que

¹⁰⁰ Afecta a 108 trabajadores de una plantilla de 1.030 personas, lo que equivale al 10,48% del personal de la empresa. La empresa argumenta causas económicas, técnicas, organizativas y de producción.

¹⁰¹ Por un importe que se corresponderá con la indemnización mínima legal del artículo 51 ET y en su caso con las cuotas del convenio especial para los trabajadores con más de 55 años de edad. A este importe se le añadirá la diferencia entre esta indemnización y la de cuarenta y cinco días por año de servicio, denominándola «mejora general sobre la indemnización mínima». Este importe total se percibirá en forma de pago único o mediante pagos diferidos en el tiempo e instrumentados mediante planes de rentas. Esta última forma de cobro se plantea para aquellas personas que extingan su contrato y hayan nacido antes del 1 de enero de 1963. Se prevé una «mejora para indemnizaciones más bajas», cuando la indemnización total en forma de pago único sea inferior a 150.000 €. La mejora para las indemnizaciones más bajas no será superior a 27.000 €, ni superior a 0,555 veces la suma de la indemnización mínima más la mejora general.

¹⁰² Se extinguen 49 puestos de trabajo de un total de 208. El 23,55% de la plantilla se ve afectada por el ERE. La empresa esgrime causas económicas y organizativas.

¹⁰³ Se despide a 823 trabajadores de un total de 2.132, lo que supone el 38,60% de la plantilla de la empresa.

¹⁰⁴ Incluye salario base o retribución básica, premios de antigüedad, tres pagas extraordinarias, paga de productividad, complemento salarial en sustitución del abono por economato, garantías o complementos de carácter personal, gratificación de serenos y vigilantes, incentivo de gestión, complementos por trabajos de superior categoría (de 2 años anteriores), gratificación por taquigrafía e idiomas, remuneración por intervención en actuaciones litigiosas, gratificaciones por razón de jornada, gratificaciones especiales (sólo ciertas categorías), incentivo de ventas, retribución variable por desempeño (cantidad percibida en diciembre del año anterior).

¹⁰⁵ Quien cubra una vacante durante los doce meses siguientes a la baja en la compañía percibe una indemnización equivalente a: cociente de indemnización entre cuarenta y dos mensualidades y multiplicado por el número de meses completos de duración de «la baja». Debe devolver el resto de indemnización al reintegrarse en la empresa.

varían en función de la antigüedad del trabajador. Son las siguientes:

- 4 años de antigüedad: 35.000 €.
 - 5 años de antigüedad: 40.000 €.
 - 6 años de antigüedad: 45.000 €.
 - 7 años de antigüedad: 50.000 €.
 - 8 años de antigüedad: 84.142 €¹⁰⁶.
- Exp. 131/09, de 28 de mayo (componentes electrónica)¹⁰⁷.
 - Exp. 162/09, de 3 de agosto (fabricación de lácteos): explica tres posibles fórmulas de realizar el pago de las indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Primero, el ERE señala que el trabajador podrá recibir de una sola vez el importe íntegro de dicha indemnización. En segundo lugar, se podrá optar por efectuar dos pagos del 50% de la cantidad citada cada uno de ellos. Y, por último, también cabe hacer dos pagos que se correspondan con el 30% y el 70% de la indemnización¹⁰⁸.
 - Exp. 264/10, de 3 de noviembre (logística industrial).
 - Exp. 447/09, de 3 febrero (publicidad)¹⁰⁹.

¹⁰⁶ El trabajador recibe 1.000 € más por año, si no reúne los requisitos exigidos para acceder a la medida de baja indemnizada que permite en lazar con la jubilación, a quien tenga una edad igual o superior a 47 años y una antigüedad de, al menos, 15 años.

¹⁰⁷ Se trata de extinguir 105 puestos de trabajo de un total de 2.600. Ello coincide con el 4,03% de la plantilla. El ERE se debe a causas organizativas y de producción. El Exp. 131/09, de 28 de mayo (complementos de electrónica), presenta un plan de rentas para trabajadores que tengan entre 46 y 51 años y 15 años de antigüedad en la empresa. Estos podrían recibir una indemnización única máxima de 160.000 €. O, en su caso, podrán optar por una indemnización diferida, que cobrarán a partir del mes 25 siguiente a la extinción y hasta que cumplan 60 o 61 años. Este plan de rentas se lleva cabo así: trabajadores con 46 años reciben 12 pagas de 1.070 €; trabajadores con 47 años reciben 12 pagas de 1.140 €; trabajadores con 48 años reciben 12 pagas de 1.190 €; trabajadores con 49 años reciben 12 pagas de 1.410 €; trabajadores con 50 años reciben 12 pagas de 1.500 €; trabajadores con 51 años reciben 12 pagas de 1.600 €.

¹⁰⁸ Al mismo tiempo, El Exp. 162/09, de 3 de agosto (fabricación de lácteos), también prevé un programa de rentas en el que los trabajadores que tengan de 60 años en adelante pueden percibir la indemnización mensualmente hasta alcanzar la edad de jubilación.

¹⁰⁹ El salario día incluye la retribución bruta anual fija en los 12 meses anteriores a la fecha de presentación del ERE, más la retribución variable percibida en los doce meses anteriores. Dicha indemnización estará exenta de tributación.

- Exp. 449/09, de 7 de enero de 2010 (distribución de tabaco): indemnización de cuarenta y cinco días con el tope de cuarenta y dos mensualidades, y garantiza una indemnización mínima de cuarenta y dos mensualidades¹¹⁰.
- Exp. 264/10, de 3 de noviembre (logística industrial): indemnización de cuarenta y cinco días con el tope de cuarenta y dos mensualidades para los trabajadores que tuvieran 55 años o más¹¹¹.
- Exp. 281/10, de 27 de diciembre (productos farmacéuticos).
- Exp. 320/10, de 3 de diciembre (servicios extinción de incendios)¹¹².
- Exp. 327/10, de 10 de diciembre (caja de ahorros).

Cuarenta y siete días de salario por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- Exp. 86/09, de 18 de junio (alquiler de vehículos): cuarenta y siete días de salario¹¹³ por año sin tope de mensualidades¹¹⁴.

Cincuenta días de salario por año trabajado:

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 182/09, de 28 de julio (tecnología electrónica): cincuenta días de salario por año con el tope de cuarenta y dos mensualidades¹¹⁵, y fija las cantidades mínima y máxi-

¹¹⁰ Afecta a 33 trabajadores de un total de 1.167. El ERE se debe a causas organizativas y productivas.

¹¹¹ Los trabajadores con menor edad que se vean afectados por el ERE reciben treinta y ocho días de salario por año hasta treinta y dos mensualidades.

¹¹² Se trata del salario fijo del mes anterior a la fecha de despido y el variable percibido por el trabajador en los 12 últimos meses anteriores a la fecha de efectos del despido.

¹¹³ A efectos del cálculo, el salario regulador será el salario fijo en cómputo anual incluyendo salario en metálico y en especie (cuenta el coche de empresa, pero no seguro médico y/o de vida), percepciones salariales variables (bonus, comisiones o incentivos), pagas extraordinarias. Quedan excluidos los pluses de distancia y transporte o kilometraje.

¹¹⁴ Los trabajadores que tengan entre 60 y 65 años podrán optar por cobrar la indemnización íntegramente en una sola vez o recibir una mensualidad hasta la edad ordinaria de jubilación.

¹¹⁵ A tales efectos, se computa el importe del salario bruto fijo más el último incentivo o bono percibido, y en caso de percibir complemento variable se tomará

ma que percibirá el trabajador. En este caso, la indemnización no será inferior 12.000 € y no superará los 135.000 €.

- Exp. 416/09, de 21 de enero de 2010 (consultora y estudio): cincuenta días de salario¹¹⁶ por año de servicio efectivo con un límite máximo de 170.000 €, fijándose un importe mínimo a abonar en concepto de indemnización de 9.000 €¹¹⁷.

Cincuenta y un días de salario por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- Exp. 244/10, de 15 de octubre (transferencia de dinero).

Cincuenta y dos días de salario por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- Exp. 99/09, de 17 de abril (comercio de material eléctrico)¹¹⁸: cincuenta y dos días de salario¹¹⁹ por año trabajado sin límites mensuales¹²⁰.

Cincuenta y tres días de salario por año trabajado:

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 316/09, de 9 de octubre (servicios de seguridad): cincuenta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

la media de los conceptos variables percibidos en los últimos doce meses. Se extinguen 119 contratos, de un total de 2.871. Ello significa el 4,14% de la plantilla. El ERE presenta causas organizativas y de producción.

¹¹⁶ Para obtener el salario regulador de la indemnización se computan todos los conceptos salariales que hayan sido efectivamente percibidos por los trabajadores en los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha del cese efectivo.

¹¹⁷ Afecta a 147 trabajadores que son el total de la plantilla. Se alegan causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Durante los dos meses de tramitación del ERE causan baja en la empresa, al margen del ERE, 30 trabajadores. Hay 4 despidos objetivos por causas económicas en trámite, 5 despidos disciplinarios, 3 demandas por cesión ilegal y 1 demanda por resolución del contrato por incumplimiento empresarial.

¹¹⁸ Se extinguen 420 contratos de trabajo de un total de 1.236, lo que equivale al 33,98% de la plantilla. El ERE se debe a causas organizativas y de producción.

¹¹⁹ Se computa el salario bruto fijo y el cien por cien de los conceptos y/o comisiones cobrados durante los 12 meses anteriores a la fecha de extinción de la relación laboral.

¹²⁰ Inicialmente se había propuesto 55 días de salario por año trabajado.

Cincuenta y cinco días de salario por año trabajado:

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones): cincuenta y cinco días de salario por año trabajado con un máximo de cuarenta y dos mensualidades¹²¹.

Cincuenta y seis días de salario por año trabajado:

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 449/11, de 30 de enero de 2012 (distribución de productos higiénicos)¹²²: cincuenta y seis días de salario¹²³ hasta cincuenta mensualidades.
- Estos límites se superan para ciertos trabajadores mayores de 51 años que reúnan unas condiciones de antigüedad en la empresa:
 - De 28 a 31 años de prestación real hasta 8 mensualidades mas.
 - De 31 a 34 años de prestación real hasta 12,5 mensualidades mas.
 - De 34 a 39 años de prestación real hasta 19,5 mensualidades mas.
 - Más de 39 años de prestación real hasta 30 mensualidades.
- Además, la empresa abonará a los trabajadores cuya indemnización no supere el límite máximo de 50 mensualidades estas cantidades:
 - 1.000 € para quienes tengan menos de 5 años de prestación real y efectiva en la empresa.
 - 2.500 € para quienes tengan entre 5 y 10 años de prestación real y efectiva en la empresa.

¹²¹ Se extinguen 250 contratos de trabajo de un total de 2.979 trabajadores, es decir, un 8,39% del total. La empresa propone un plan de bajas incentivadas al que se acogieron inicialmente 233 trabajadores. Se alegan causas organizativas y de producción.

¹²² El ERE afecta a 115 trabajadores en un plantilla compuesta por 756 personas.

¹²³ Se tendrán en cuenta estos conceptos: salario base, antigüedad, complemento personal, plus de rotación, uso privado de vehículo de empresa (salario en especie). También bonos, incentivos mensuales, trimestrales, semestrales, y anuales recibidos en nómina en los doce meses anteriores a la extinción.

- 3.600 € para quienes tengan entre 10 y 15 años de prestación real y efectiva en la empresa.
- 7.500 € para quienes tengan más de 15 años de prestación real y efectiva en la empresa.

Cincuenta y ocho días de salario por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- Exp. 458/09, de 11 de enero de 2010 (consultora informática): cincuenta y ocho días de salario bruto por año¹²⁴, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año trabajado calculados a la fecha de extinción de contrato, sin límite temporal legal.

Sesenta días de salario por año trabajado:

— Sin límites mensuales:

- Exp. 31/09, de 23 de febrero (servicios financieros)¹²⁵.

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 278/10, de 21 de enero de 2011 (productos farmacéuticos): sesenta días de salario por año trabajado¹²⁶ con un máximo de cincuenta y seis mensualidades. Aplica un tope de 270.000 €, aunque siempre respetando la indemnización mínima legal de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades.

Sesenta y siete días de salario por año trabajado:

— Con un máximo de (...) mensualidades:

- Exp. 456/11, de 5 de enero de 2012 (fabricación de productos farmacéuticos): sesenta y siete días de salario¹²⁷ por año de servicio hasta cuarenta y seis mensualidades¹²⁸.

¹²⁴ Salario actual incrementado con la cuantía de los trienios de 2010. Para calcular el salario se tiene en cuenta: salario base, complemento de antigüedad, plus convenio, complemento salarial, plus de exclusividad y complemento garantizado.

¹²⁵ El ERE afecta a 13 trabajadores de un total de 72. Esto representa el 18,05% de la plantilla. El ERE se debe a causas económicas y organizativas.

¹²⁶ A tales efectos se tiene en consideración: salario base, plus convenio, complemento ad personam, antigüedad e incentivos o bonos cobrados el último año.

¹²⁷ Se considerarán estos conceptos: salario fijo, incentivos, uso del vehículo, ingreso a cuenta, bonus ayuda escolar, «abono varios bruto».

¹²⁸ El ERE garantiza las condiciones establecidas en el plan para los posibles despidos por causas objetivas y colectivos que pudieran producirse hasta en dieciocho meses.

INDEMNIZACIONES POR FIN DE CONTRATO	
En torno a 45 días... hasta 42 mensualidades...	
TRAMOS	EXP.
40 días ... por año	216/10
40 días ... 12 mensualidades	61/09
40 días ... 18 mensualidades	265/10
40 días ... 24 mensualidades	21/09 23/09
40 días ... 25 mensualidades	267/10
40 días ... 33 mensualidades	29/09
40 días ... 36 mensualidades	325/09
40 días ... 42 mensualidades	34/09
42 días ... por año	175/09
42 días ... 36 mensualidades	79/09
42 días ... 42 mensualidades	467/09
45 días ... por año	402/09 382/11
45 días ... 36 mensualidades	417/09
45 días ... 42 mensualidades	37/09 42/09 60/09 131/09 162/09 264/10 447/09 449/09 264/10 281/10 320/10 327/10
47 días ... por año	86/09
50 días ... 42 mensualidades	182/09
50 días ... 170.000 €	416/09
51 días ... por año	244/10
52 días ... por año	99/09
53 días ... 42 mensualidades	316/09
55 días ... 42 mensualidades	263/10
56 días ... 50 mensualidades	449/11
58 días ... por año	458/09
60 días ... por año	31/09
60 días ... 56 mensualidades	278/10
67 días ... 46 mensualidades	456/11

Tabla 7. Indemnizaciones por fin de contrato. En torno a 45 días... hasta 42 mensualidades... (Elaboración propia).

Otras indemnizaciones adicionales

El artículo 51.4 ET establecía que la consulta con los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentaban la condición de parte interesada en la tramitación del ERE, debería versar sobre las causas motivadoras del ERE y sobre 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. Tratándose de empresas de cincuenta o más trabajadores, tales medidas deberían formar parte de un plan social que se entregaría junto con la documentación iniciadora del ERE.

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, modifica el precepto mentado especificando las medidas sobre las que debe versar la consulta con los representantes del personal y, en su caso, en el plan social, si el ERE afecta a empresas de cincuenta o más personas, citando, entre ellas, medidas tales como recolocaciones, que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas, o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

Sin embargo, si bien los ERE incluyen algunas de las medidas sociales nombradas, dirigidas a mitigar las consecuencias del ERE para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, éstos se caracterizan por compensar al trabajador con medidas de corte económico. Prevalecen los ERE que acompañan las indemnizaciones por la extinción del contrato de trabajo de indemnizaciones adicionales, de manera que las medidas económicas han ocupado un papel protagonista en el plan social, en detrimento de otras alternativas sociales que pudieran disminuir los resultados del ERE sobre los trabajadores e hicieran posible la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

Las indemnizaciones adicionales pueden estructurarse en estos bloques (Tablas 8 y 9):

- Indemnizaciones complementarias.
- Indemnizaciones lineales.
- Indemnizaciones por causas familiares.
- Indemnizaciones para formación.

A partir del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, como se dijo en relación con las indemnizaciones por terminación del contrato de trabajo, la eliminación de la autorización administrativa y del plan social margina, a priori, las posibilidades de concluir los despidos colectivos con medidas de carácter económico de esta naturaleza. Puede afirmarse que las medidas económicas de los despidos colectivos se verán reducidas a la indemnización legal 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.

A) *Indemnización complementaria*

Algunos ERE completan las indemnizaciones por terminación del contrato de trabajo con otras indemnizaciones complementarias. Estas indemnizaciones complementarias no mantienen un orden homogéneo, ya que difieren sustancialmente entre ellas sin que puedan establecerse categorías por segmentos productivos, por dimensión de la empresa o por cualquier otra circunstancia de esta naturaleza.

Los ERE con indemnizaciones complementarias pueden estudiarse desde una triple perspectiva. Primero, ERE que plantean, bien el reparto de una cantidad fija total, bien diversas cantidades fijas individuales para los trabajadores incluidos en el ERE, las cuales se adjudican considerando la edad del trabajador y/o la antigüedad del mismo en la empresa. Segundo, ERE que calculan la indemnización complementaria en función de la indemnización obtenida por el trabajador por la finalización de la relación laboral. A veces coincide con un porcentaje de la indemnización que le corresponde percibir a cada trabajador por la extinción del contrato de trabajo, y en otras ocasiones la indemnización complementaria se calcula a partir de la diferencia que existe entre la indemnización legal y otra indemnización superior. Y, tercero, ERE cuya indemnización complementaria se corresponde con unos días de salario (Tabla 8).

A.1. *En función de la edad y/o antigüedad del trabajador en la empresa*

Con respecto a los ERE que plantean el reparto de una cantidad fija total o bien diversas cantidades fijas individuales para los traba-

jadores incluidos en el ERE, las cuales se adjudican considerando la edad del trabajador y/o la antigüedad del mismo en la empresa, se pueden diferenciar dos categorías:

- ERE con una indemnización complementaria que se calcula en función de la antigüedad del trabajador.
- ERE con una indemnización complementaria que se calcula en función de la antigüedad y de la edad del trabajador

A.1.1. *ERE con una indemnización complementaria que se calcula en función de la antigüedad del trabajador*

Entre los ERE con una indemnización complementaria que atiende a la antigüedad del trabajador se pueden mencionar los siguientes: Exp. 42/2009, de 18 de marzo (edición de libros), Exp. 182/09, de 28 de julio (fabricación de tecnología electrónica), Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones), Exp. 264/10, de 3 de noviembre (logística industrial).

El Exp. 42/2009, de 18 de marzo (edición de libros), distingue entre trabajadores que tengan más de diez años de antigüedad y trabajadores que hayan estado ocupados en la empresa por un período de tiempo inferior a diez años. Los trabajadores se reparten la cantidad de 190.000 € correspondiendo a los primeros una indemnización de 4.000 €, mientras que para los trabajadores que no tengan diez años de antigüedad en la empresa se han previsto 3.000 €¹²⁹.

También considera la antigüedad del trabajador el Exp. 182/09, de 28 de julio (fabricación de tecnología electrónica), que fija estos tres niveles¹³⁰:

- Los trabajadores con una antigüedad de 10 a 14 años reciben 4.000 €.
- Los trabajadores con una antigüedad de 15 a 19 años reciben 5.000 €.
- Los trabajadores con 20 años o más reciben 6.000 €.

¹²⁹ El Exp. 42/069, de 18 de marzo también contempla un programa de prejubilaciones para tres trabajadores, y dice expresamente que estos trabajadores no tienen derecho a percibir las indemnizaciones complementarias. La indemnización general es de cuarenta y cinco días por año con un tope de cuarenta y dos mensualidades.

¹³⁰ La indemnización general es de cincuenta días de salario por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

El Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones), propone una prima adicional ligada a la antigüedad, con diferentes cantidades que dependen del momento en que el trabajador decida incorporarse al ERE¹³¹. En función de la pronta aceptación del trabajador, éste recibirá el 100%, el 75% o el 50% de las cantidades que se describen a continuación, que se calculan atendiendo a la antigüedad del trabajador en la empresa:

- 2 años de antigüedad 3.750 €.
- 3 años de antigüedad 5.250 €.
- 4 años de antigüedad 6.750 €.
- 5 años de antigüedad 8.250 €.
- 7 años de antigüedad 9.750 €.
- 9 años de antigüedad 11.250 €.
- Más 9 años de antigüedad 14.000 €.

El Exp. 264/10, de 3 de noviembre (logística industrial), contempla una indemnización complementaria que alcanza las estas cantidades¹³²:

- 2.000 €: para trabajadores con una antigüedad de hasta 8 años.
- 4.000 €: para trabajadores con una antigüedad superior a 8 años.

A.1.2. *ERE con una indemnización complementaria que se calcula en función de la antigüedad y de la edad del trabajador*

Algunos ERE calculan la cuantía de la indemnización complementaria atendiendo a la antigüedad y a la edad del trabajador. Por ejemplo: Exp. 21/09, de 9 de marzo (material de construcción) y Exp. 131/09, de 28 de mayo (componentes electrónica).

El Exp. 21/09, de 9 de marzo (material de construcción), acuerda una indemnización adicional doble¹³³. Por un lado, en función de

¹³¹ La indemnización general es de cincuenta y cinco días de salario por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

¹³² La indemnización general es de treinta y ocho días de salario por año con un máximo de treinta y dos mensualidades.

¹³³ La indemnización general es de cuarenta días de salario por año con un máximo de veinticuatro mensualidades.

la antigüedad del trabajador y, por otro, en función de la edad del empleado.

La indemnización basada en la antigüedad del trabajador en la empresa se reparte de este modo:

- Hasta 3 años de antigüedad: 500 €.
- De 3'1 años de antigüedad hasta 5 años: 1.000 €.
- De 5'1 años de antigüedad hasta 10 años: 2.000 €.
- De 10'1 años de antigüedad hasta 15 años: 4.000 €.
- De 15'1 años de antigüedad hasta 20 años: 6.000 €.
- De 20'1 años de antigüedad hasta 25 años: 8.000 €.

En cuanto a la indemnización por edad, se trata de:

- De 31'1 a 35 años: 750 €.
- De 35'1 a 40 años: 1.500 €.
- De 40'1 a 45 años: 3.000 €.
- De 45'1 a 50 años: 5.000 €.
- De 50'1 a 56'9: 6.000 €.

En esta línea, el Exp. 131/09, de 28 de mayo (componentes electrónica), determina una indemnización complementaria que va aumentando a medida que se incrementa la antigüedad del trabajador en la empresa¹³⁴. Dicha indemnización se distribuye en estos tramos:

- Hasta 5 años de antigüedad una indemnización 1.000 €.
- De 5 a 10 años de antigüedad una indemnización 1.500 €.
- De 10 a 15 años de antigüedad una indemnización 3.550 €.
- De 15 a 20 años de antigüedad una indemnización 7.100 €.
- Para los trabajadores con más de 20 años de antigüedad se disponen dos categorías que atienen a la edad del trabajador:
 - Trabajadores menores de 45 años reciben un complemento de 9.150 €.
 - Trabajadores que tengan entre 45 y 51 años reciben un complemento de 13.600 €.

¹³⁴ La indemnización general es de cuarenta y cinco días de salario por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

A.2. *En función de la indemnización recibida por la extinción del contrato de trabajo*

Las indemnizaciones complementarias pueden depender de la indemnización general que se haya acordado por la extinción del vínculo contractual. La indemnización complementaria puede coincidir con un porcentaje de la indemnización general o, en su caso, esta indemnización complementaria puede computarse a partir de la diferencia que se da entre la indemnización legal y otra indemnización más elevada que se establezca en el ERE. Entre los ERE con estas indemnizaciones complementarias están: Exp. 54/09, de 14 de abril (fabricación de armas), Exp. 99/09, de 17 de abril (comercio de material eléctrico), Exp. 191/09, de 29 de julio (industria química).

En el Exp. 54/09, de 14 de abril (fabricación de armas), los trabajadores afectados por el ERE se reparten 100.000 €. Cada uno de ellos recibirá una cantidad equivalente al 2,5% de la indemnización percibida por la extinción de la relación de trabajo, la cual será de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades.

En el Exp. 99/09, de 17 de abril (comercio de material eléctrico), la indemnización complementaria se asigna teniendo en cuenta la cantidad alcanzada en la indemnización ordinaria¹³⁵, de manera que la suma de ambas no podrá superar los 180.000 €¹³⁶. El Exp. 99/09 presenta esta escala:

— A una indemnización de hasta 20.000 € le corresponde una indemnización complementaria de 5.000 €.

— A una indemnización que va de 20.001 € a 30.000 € le corresponde una indemnización complementaria de 4.000 €.

— A una indemnización que va de 30.001 € a 60.000 € le corresponde una indemnización complementaria de 2.000 €.

— A una indemnización que supera los 60.000 € no le corresponde ninguna indemnización complementaria.

En el Exp. 191/09, de 29 de julio (industria química), cada trabajador recibe una indemnización que equivale a la diferencia que

¹³⁵ La indemnización general es de cincuenta y dos días de salario por año.

¹³⁶ En la propuesta inicial se pretendía que la suma de ambas indemnizaciones no superase los 200.000 €.

existe entre la indemnización legal de veinte días de salario por año hasta doce mensualidades y otra indemnización superior que alcanza los cuarenta días por año trabajado hasta veinticuatro mensualidades. En este supuesto, a diferencia de los anteriores, la indemnización complementaria se abona en tres plazos iguales. El primer pago se produce al año de la fecha de extinción, el segundo pago al siguiente año y el tercero al tercer año de la terminación del contrato de trabajo.

A.3. *Días de salario*

Las indemnizaciones complementarias de algunos ERE coinciden con algunos días del salario del trabajador. Entre estos ERE cabe citar el Exp. 7/09, de 19 de febrero (instalaciones eléctricas) y el Exp. 402/09, de 13 de noviembre (venta material de oficina).

En el Exp. 7/09, de 19 de febrero (instalaciones eléctricas), consta una indemnización complementaria de diez días de salario¹³⁷. Y el Exp. 402/09, de 13 de noviembre (venta material de oficina), dispone una indemnización adicional de tres días de salario por año de servicio¹³⁸.

B) *Indemnización lineal*

Además de la indemnización ordinaria y de la indemnización complementaria, algunos ERE disponen una indemnización lineal para todos los trabajadores afectados por el ERE. La indemnización lineal de algunos ERE es una cantidad fija única para todos los trabajadores incluidos en el ERE, mientras que otros ERE indican una cifra general que se repartirá a partes iguales entre los afectados por el ERE.

Entre los ERE que ordenan una indemnización lineal que consiste en una cantidad fija única para todos los trabajadores incluidos en el ERE se distinguen diversas categorías:

¹³⁷ La indemnización general es la indemnización legal.

¹³⁸ La indemnización general es de cuarenta y cinco días de salario por año sin topes finales.

— ERE cuya indemnización lineal es una cantidad fija para todos los trabajadores.

— ERE con indemnización lineal fija, aunque la misma sólo se reconoce a algunos trabajadores.

— ERE que tienen una indemnización lineal que es una cantidad fija variable en función del momento en el que el trabajador se incorpora al ERE o en función de la antigüedad del trabajador.

B.1. *ERE cuya indemnización lineal es una cantidad fija para todos los trabajadores*

En lo que atañe a los ERE cuya indemnización lineal es una cantidad fija para todos los trabajadores:

— Exp. 54/09, de 14 de abril (fabricación de armas): con una indemnización lineal de 365 € para todas las personas que hayan visto extinguido su contrato en el ERE¹³⁹.

— Exp. 86/09, de 18 de junio (alquiler de vehículos): con una indemnización lineal para todos los trabajadores afectados por el ERE de 1.500 €¹⁴⁰.

— Exp. 316/09, de 9 de octubre (servicios de seguridad): con una indemnización lineal para todos los trabajadores afectados por el ERE de 3.000 €¹⁴¹.

— Exp. 456/11, de 5 de enero de 2012 (fabricación de productos farmacéuticos): con una indemnización lineal de 15.000 € brutos para todas los trabajadores despedidos¹⁴².

— Exp. 337/11, de 2 de enero de 2012 (industria del aceite): con una indemnización lineal de 15.000 €¹⁴³.

En cuanto a los ERE con indemnización lineal fija, aunque la misma sólo se reconoce a algunos trabajadores, se pueden mencio-

¹³⁹ Este ERE contempla una indemnización general de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades y una indemnización complementaria que supone un 2,5% de dicha indemnización general.

¹⁴⁰ La indemnización general es de cuarenta y siete días de salario por año.

¹⁴¹ La indemnización general es de cincuenta y tres días de salario por año hasta cuarenta y dos mensualidades.

¹⁴² La indemnización general es de sesenta y siete días de salario por año con un máximo de cuarenta y seis mensualidades.

¹⁴³ La indemnización general es de treinta y tres días de salario por año.

nar el Exp. 427/09, de 16 de diciembre de 2009 (transporte por carretera) y el Exp. 320/10, de 3 de diciembre (servicios de extinción de incendios). La indemnización puede depender de la antigüedad del trabajador o de su posible recolocación.

El Exp. 427/09, de 16 de diciembre de 2009 (transporte por carretera), tiene una paga adicional de 300 € brutos para los afectados por el ERE con una antigüedad superior a diez años a fecha de 30 de noviembre de 2009¹⁴⁴.

En el Exp. 320/10, de 3 de diciembre (servicios de extinción de incendios), la empresa abona a cada uno de los afectados una compensación de 2.800 € con estas excepciones¹⁴⁵:

— Trabajadores que hayan recibido una oferta empresarial de recolocación dentro o fuera del Grupo empresarial, siempre que esta le garantice al mismo un 90% de su salario, el mismo grupo o categoría profesional y un centro de trabajo ubicado en la misma provincia. Dicha excepción no operará si el trabajador renuncia expresamente a una posible recolocación.

— Trabajadores que tengan una oferta empresarial de recolocación, aceptada por el trabajador en condiciones distintas a las anteriores.

En lo que afecta a los ERE con una cantidad fija variable recordar el Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones) y el Exp. 281/10, de 27 de diciembre (productos farmacéuticos).

El Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones), tiene una indemnización lineal fija pero con diferentes cantidades que varían atendiendo al momento en que el trabajador decide aceptar el programa de bajas incentivadas de la empresa. Así, en función la pronta aceptación del trabajador, éste recibirá 10.000 €, 8.000 € o 3.500 €¹⁴⁶.

¹⁴⁴ La indemnización general es de veintidós días de salario por año con un máximo de doce mensualidades.

¹⁴⁵ La indemnización general es de cuarenta y cinco días de salario por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

¹⁴⁶ La indemnización general es de cincuenta y cinco días de salario por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. También cuenta con una indemnización complementaria que considera la antigüedad del trabajador y la pronta aceptación del trabajador del ERE. De acuerdo con estas premisas, éste recibirá el 100%, el 75% o el 50% de las siguientes cantidades: 2 años de antigüedad 3.750 €; 3 años de antigüedad 5.250 €; 4 años de antigüedad 6.750 €; 5 años de antigüedad

El Exp. 281/10, de 27 de diciembre (productos farmacéuticos), dice que los trabajadores afectados por el ERE recibirán una indemnización lineal de 3.500 € por cada año de antigüedad en la empresa¹⁴⁷.

B.2. *ERE cuya indemnización lineal es una cantidad general a repartir entre los trabajadores afectados*

Otros ERE dan una cantidad general que se repartirá entre los afectados por el ERE. Se trata de:

— Exp. 310/10, de 23 de diciembre (alquiler de maquinaria), que reparte 13.500 € entre los trabajadores afectados por el ERE¹⁴⁸.

— Exp. 321/10, de 20 de diciembre (movimiento de tierras), que estipula que las 30 primeras extinciones serán compensadas con una cantidad adicional única y total de 100.000 € que se distribuirá equitativamente y por partes iguales entre todos ellos¹⁴⁹.

C) *Indemnización por causa familiar*

El Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones), incorpora una indemnización destinada a trabajadores con ciertas cargas familiares. En particular, los trabajadores recibirán una indemnización equivalente a cinco días de salario por año trabajado por cada hijo que tenga menos de dieciocho años a 31 de diciembre de 2010, o de edad superior si son hijos dependientes o que tienen una discapacidad declarada del 33%¹⁵⁰.

8.250 €; 7 años de antigüedad 9.750 €; 9 años de antigüedad 11.250 €; más 9 años de antigüedad 14.000 €.

¹⁴⁷ La indemnización general es de cuarenta y cinco días de salario por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

¹⁴⁸ La indemnización general es de treinta y cinco días de salario por año con un máximo de veintiocho mensualidades.

¹⁴⁹ El informe de la Inspección de Trabajo considera que no hay justificación objetiva para esa desigualdad de trato entre los trabajadores. La indemnización general es la indemnización legal.

¹⁵⁰ La indemnización general es de cincuenta y cinco días de salario por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. También cuenta con una indemnización complementaria que considera la antigüedad del trabajador y la pronta aceptación del trabajador del ERE. De acuerdo con estas premisas, éste recibirá el 100%,

D) Ayuda para formación

El artículo 51.4 ET, en la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, establecía que en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan de acompañamiento social que contemple las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, citando expresamente las acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

Es por esto por lo que a partir de esa fecha algunos ERE hacen referencia a la formación de los trabajadores que se ven afectados por el ERE. Entre ellos, y desde esta perspectiva económica, recordar el Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones) y el Exp. 281/10, de 27 de diciembre (productos farmacéuticos).

El Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones), determina que los trabajadores afectados por el ERE recibirán una indemnización por tal concepto de 1.500 €, si justifican los gastos de matrícula¹⁵¹.

El Exp. 281/10, de 27 de diciembre (productos farmacéuticos), incluye una ayuda económica para la formación del trabajador que alcanza el importe bruto de 1.000 €, siempre que el curso lo vaya a costear el propio trabajador y siempre que lo inicie en un plazo de 6 meses desde el ERE¹⁵².

el 75% o el 50% de las siguientes cantidades: 2 años de antigüedad 3.750 €; 3 años de antigüedad 5.250 €; 4 años de antigüedad 6.750 €; 5 años de antigüedad 8.250 €; 7 años de antigüedad 9.750 €; 9 años de antigüedad 11.250 €; más 9 años de antigüedad 14.000 €. E igualmente incluye una indemnización lineal fija pero con diferentes cantidades que varían atendiendo al momento en que el trabajador decide aceptar el programa de bajas incentivadas que propone la empresa. Así, en función la pronta aceptación del trabajador, éste recibirá 10.000 €, 8.000 € o 3.500 €.

¹⁵¹ Este ERE tiene una indemnización general de cincuenta y cinco días de salario por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. También cuenta con una indemnizaciones complementarias y lineales, y con una indemnización destinada a trabajadores con ciertas cargas familiares.

¹⁵² La indemnización general es de cuarenta y cinco días de salario por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades. También establece una indemnización lineal de 3.500 € por cada año de antigüedad en la empresa.

RESUMEN INDEMNIZACIONES ADICIONALES			
CATEGORÍA	INDEMNIZACIÓN		EXP.
Complementaria	Antigüedad	Más de 10 años de antigüedad: 4.000 €. Menos de 10 años de antigüedad: 3.000 €.	42/09
		De 10 a 14 años de antigüedad: 4.000 €. De 15 a 19 años de antigüedad: 5.000 €. Desde de 20 años de antigüedad: 6.000 €.	182/09
		En función de la pronta aceptación del trabajador, éste recibirá el 100%, el 75% o el 50%: 2 años de antigüedad 3.750 €. 3 años de antigüedad 5.250 €. 4 años de antigüedad 6.750 €. 5 años de antigüedad 8.250 €. 7 años de antigüedad 9.750 €. 9 años de antigüedad 11.250 €. Más 9 años de antigüedad 14.000 €.	263/10
		2.000 €: hasta 8 años de antigüedad. 4.000 €: más de 8 años de antigüedad.	264/10
	Antigüedad/ edad	Antigüedad: Hasta 3 años: 500 €. De 3,1 a 5 años: 1.000 €. De 5,1 a 10 años: 2.000 €. De 10,1 a 15 años: 4.000 €. De 15,1 a 20 años: 6.000 €. De 20,1 a 25 años: 8.000 €. Edad: De 31'1 a 35 años: 750 €. De 35'1 a 40 años: 1.500 €. De 40'1 a 45 años: 3.000 €. De 45'1 a 50 años: 5.000 €. De 50'1 a 56'9: 6.000 €.	21/09
		Hasta 5 años de antigüedad: 1.000 €. De 5 a 10 años de antigüedad: 1.500 €. De 10 a 15 años de antigüedad: 3.550 €. De 15 a 20 años de antigüedad: 7.100 €. Más de 20 años de antigüedad: — Menores 45 años (9.150 €) — Entre 54 y 51 años (13.600 €).	131/09
		Indemnización	2,5% de 20 días hasta 12 mensualidades. 20.000 €: 5.000 €. De 20.001 € a 30.000 €: 4.000 €. De 30.001 € a 60.000 €: 2.000 €. Mas de 60.000 €: 0 €
		Diferencia entre indemnización de 20 días hasta 12 mensualidades e indemnización de 40 días hasta 24 mensualidades.	191/09
	Días de salario	10 días	7/09
		3 días de salario por año	402/09
Lineal	Cantidad fija	365 €	54/09
		1.500 €	86/09
		3.000 €	316/09
		15.000€	456/11 337/11
	Cantidad fija para ciertos trabajadores	300 € (antigüedad)	427/09
		2.800 € (oferta de recolocación)	320/10
	Cantidad fija variable	10.000 €, 8.000 € o 3.500 €	263/10
		3.500 € (antigüedad)	281/10
Cantidad a repartir	13.500 €	310/10	
	100.000 €	321/10	
Familiar	5 días de salario	263/10	
Formación	1.500 €	263/10	
	1.000 €	281/10	

Tabla 8. Resumen indemnizaciones adicionales (expedientes extintivos).
(Elaboración propia).

RESUMEN TOTAL INDEMNIZACIONES						
EXP.	Indemnización general	Indemnización complementaria	Días salario	Lineal	Familiar	Formación
5/09	X					
7/09	X		X			
17/09	X					
21/09	X	X				
23/09	X					
28/09	X					
29/09	X					
31/09	X					
34/09	X					
35/09	X					
37/09	X					
42/09	X	X				
54/09	X	X		X		
60/09	X					
61/09	X					
79/09	X					
86/09	X			X		
96/09	X					
99/09	X	X				
111/09	X					
129/09	X					
131/09	X	X				
141/09	X					
155/09	X					
162/09	X					
171/09	X					
175/09	X					
182/09	X	X				
191/09	X	X				
307/09	X					
309/09	X					
311/09	X					
316/09	X			X		
319/10	X					
325/09	X					
326/09	X					
402/09	X		X			
416/09	X					
417/09	X					
426/09	X					
427/09	X			X		
439/09	X					
447/09	X					
448/09	X					
449/09	X					
451/09	X					
458/09	X					
463/09	X					
467/09	X					
207/10	X					
216/10	X					
224/10	X					
235/10	X					

RESUMEN TOTAL INDEMNIZACIONES						
EXP.	Indemnización general	Indemnización complementaria	Días salario	Lineal	Familiar	Formación
242/10	X					
244/10	X					
248/10	X					
245/10	X					
246/10	X					
235/10	X					
261/10	X					
263/10	X	X		X	X	X
264/10	X	X				
265/10	X					
267/10	X					
278/10	X					
281/10	X			X		X
286/10	X					
310/10	X			X		
319/10	X					
320/10	X			X		
321/10	X			X		
327/10	X					
337/11	X			X		
338/11	X					
449/11	X					
456/11	X			X		

Tabla 9. Resumen total indemnizaciones (expedientes extintivos).
(Elaboración propia).

Planes de prejubilación

En un elevado número de ERE de carácter extintivo la desvinculación del trabajador de la empresa se instrumenta a través de programas de prejubilación. A menudo, los ERE proponen bajas incentivadas, con indemnizaciones que superan los límites legales fijados al respecto, que se acompañan de planes de prejubilación para trabajadores que hubieran alcanzado una determinada edad.

La empresa garantiza al trabajador la percepción de una renta mensual, que complementa la prestación de desempleo a la que éste tenga derecho, hasta alcanzar un porcentaje de su salario, y hasta que el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación, o la que establezca el acuerdo correspondiente¹⁵³.

¹⁵³ La disposición final cuarta del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, re-forma la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, y regula los despidos colectivos que afecten a trabajadores de 50 años o más en empresas

Se trata de una materia con una enorme casuística, que combina diversas variables como son la edad del trabajador, la antigüedad del trabajador en la empresa o los ingresos que perciba el mismo. A continuación se exponen algunos de los programas de prejubilación recogidos en los ERE analizados. El criterio de exposición se basa en la edad del trabajador.

El Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones), formula un plan de renta para las personas que tengan entre 45 y 50 años (nacidas entre 1960 y 1965) y quince años de antigüedad en la empresa. A estos trabajadores, consumido el período de desempleo, se les garantiza la percepción de una renta bruta mensual de 1.750 €, de acuerdo con estos tramos:

- Para los nacidos entre 1960 y 1961 se garantiza la renta hasta los 65 años.
- Para los nacidos en 1962, 1963, 1964 y 1965 se garantiza la renta hasta los 64 años edad.

El Exp. 99/09, de 17 de abril (comercio material eléctrico), expone un plan de prejubilaciones para trabajadores que tengan entre 51 y 64 años. Estos trabajadores percibirán un porcentaje de su salario durante un plazo determinado que se ajusta a las siguientes reglas¹⁵⁴:

- Trabajadores que tengan entre 51 y 54 años reciben el 83% de su salario hasta que cumplan 61 años.

con beneficios. De esta manera, «las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, siempre que en tales despidos colectivos concurren las siguientes circunstancias: a) Que sean realizados por empresas de más de 500 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores. b) Que afecten a trabajadores de 50 o más años de edad. c) Que, aún concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que los justifiquen, las empresas o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo». Entre otros, para el cálculo de esta aportación económica se tomarán en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal.

¹⁵⁴ La prejubilación no es opcional para los trabajadores seleccionados. Quienes no estén de acuerdo con la medida percibirán la indemnización legal, de veinte días por año trabajado hasta doce meses, en lugar de la indemnización de cincuenta y dos días por año.

— Trabajadores que tengan entre 55 y 57 años reciben el 85% de su salario hasta que cumplan 62 años.

— Trabajadores que tengan entre 58 y 59 años reciben el 87% de su salario hasta que cumplan 63 años.

— Trabajadores que tengan entre 60 y 61 años reciben el 90% de su salario hasta que cumplan 64 años.

— Trabajadores que tengan entre 62 y 64 años reciben el 95% de su salario hasta que cumplan 65 años.

— Trabajadores mayores de 60 años que no perciban retribución variable recibirán el 100%.

El Exp. 131/09, de 28 de mayo (componentes electrónica), dispone un plan de prejubilaciones para trabajadores que tengan 52 años de edad y quince años de antigüedad en la empresa¹⁵⁵. Estos recibirán un complemento mensual, hasta alcanzar la edad de jubilación, que se calcula en función de los ingresos del trabajador, aunque éste no podrá superar los 2.650 € brutos en doce pagas. Se distribuye de este modo:

— Si el trabajador ingresa menos de 2.200 € brutos recibirá el 85% del salario regulador en doce pagas.

— Si el trabajador ingresa entre 2.201 € y 2.750 € brutos recibirá el 80% del salario regulador en doce pagas.

— Si el trabajador ingresa más de 2.705 € brutos recibirá el 77% del salario regulador en doce pagas.

El Exp. 456/11, de 5 de enero de 2012 (fabricación de productos farmacéuticos), dirige su programa de prejubilación a los trabajadores que tengan 54 años o más¹⁵⁶. Estos reciben 5.000 € en concepto de prima de ayuda a la prejubilación y una renta mensual que se asigna de esta manera¹⁵⁷:

— Los trabajadores con 54, 55 o 56 años a de 30 abril de 2012 reciben el 80% de su salario fijo neto, hasta que cumplan 63 años.

¹⁵⁵ Los trabajadores podrán optar entre acogerse al plan de prejubilaciones o la indemnización que se preveía el artículo 51.8 ET, es decir veinte días de salario por año hasta doce mensualidades. Pues éstos no tienen derecho a recibir la indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

¹⁵⁶ El Exp. 37/09, de 5 de marzo (transporte de mercancías), también elabora un sistema de prejubilación para trabajadores con 54 años o más.

¹⁵⁷ La empresa asegura el pago de estas indemnizaciones con una compañía con solvencia reconocida. Está prevista una revalorización anual del 2% y la reversión del 100% de la renta a los herederos en caso de fallecimiento del trabajador beneficiario.

— Los trabajadores con 57 y 58 años a 30 de abril de 2012 reciben el 90% de su salario fijo neto hasta que cumplan 64 años.

— Los trabajadores con 59 años o más recibirán el 95% de su salario fijo neto garantizado, hasta que cumplan 65 años.

El Exp. 23/09, de 30 de marzo (industria farmacéutica), explica un plan de prejubilación voluntario para trabajadores con edad igual o superior a 55 años¹⁵⁸, los cuales reciben una cantidad mensual equivalente al 80% de su salario neto hasta la edad de jubilación¹⁵⁹.

En el Exp. 79/09, de 4 de junio (fabricación de lentes), se benefician del plan de prejubilación los trabajadores que tengan 55 o más años con estas proporciones¹⁶⁰:

— Los trabajadores de 56 y 57 años de edad reciben el 85% de su salario hasta cumplir 61 años.

— Los trabajadores de 58 años de edad reciben el 100% de su salario hasta cumplir 62 años.

— Los trabajadores de 59 años o más de edad reciben el 100% de su salario hasta cumplir 63 años.

El Exp. 182/09, de 28 de julio (fabricación de tecnología electrónica), dispone un plan de prejubilaciones para trabajadores que tengan 55 años o más¹⁶¹. Los trabajadores reciben un porcentaje del salario regulador¹⁶² en los siguientes términos¹⁶³:

¹⁵⁸ Los Exp. 96/09, de 21 de mayo (fabricación de pinturas), 281/10, de 27 de diciembre (productos farmacéuticos) y 310/10, de 23 de diciembre (alquiler de maquinaria), también proponen la prejubilación de los trabajadores que tengan 55 años o más.

¹⁵⁹ Si el prejubilado fallece, su cónyuge o pareja de hecho supérstite, o el heredero legal que corresponda, percibirán el 100% de lo que le reste por percibir. La empresa suscribe una póliza de seguro colectivo con una compañía aseguradora de reconocida solvencia y prestigio.

¹⁶⁰ La cuantía se revisará anualmente en un 2%. En caso de fallecimiento revertirá en los herederos a excepción de los importes destinados a cumplir la obligación legal de la suscripción del convenio especial.

¹⁶¹ Quedan excluidos los trabajadores que tengan entre 55 y 59 años de edad con una antigüedad en la empresa inferior a 19 años.

¹⁶² Que está integrado por el importe bruto de salario fijo más el último incentivo o bono percibido. Y en el caso de percibir algún concepto variable (no se incluyen las horas extraordinarias o prolongaciones de jornada) se tomará a estos efectos la media de los conceptos variables de los últimos 12 meses.

¹⁶³ El complemento bruto se revaloriza cada 12 meses en un 1,50%. Tiene un tope: 2.300 €. En caso de fallecimiento pasa a los beneficiarios designados o a los herederos legales que percibirán el 100% de las rentas o complementos pendientes.

— Trabajadores con 55 años a 30 de junio de 2009: 70% del salario regulador hasta la fecha en que se cumplan los 62 años de edad.

— Trabajadores con 56 años a 30 de junio de 2009: 71% del salario regulador hasta la fecha en que se cumplan los 62 años de edad.

— Trabajadores con 57 años a 30 de junio de 2009: 72% del salario regulador hasta la fecha en que se cumplan los 62 años de edad.

— Trabajadores con 58 años a 30 de junio de 2009: 73% del salario regulador hasta la fecha en que se cumplan los 63 años de edad.

— Trabajadores con 59 años a 30 de junio de 2009: 74% del salario regulador hasta la fecha en que se cumpla los 64 años de edad.

— Trabajadores con 60 años a 30 de junio de 2009: 75% del salario regulador hasta la fecha en que se cumpla los 65 años de edad.

El Exp. 327/10, de 10 de diciembre (caja de ahorros), afecta a los empleados que tengan 55 años (se habla de nacidos en 1955), o menores que acrediten una antigüedad mínima de diez años en la empresa. Estos tendrán derecho a recibir una renta mensual que se abonará desde la fecha de extinción del contrato de trabajo hasta que cumplan 65 años, minorada en el importe de las prestaciones de desempleo o que hubieran correspondido en caso de que el empleado no acceda a la prestación con un límite, que no podrá ser de cuantía inferior al 85% del salario regulador neto, ni superior al 95% de dicho salario, acreditado a la fecha de la extinción contractual. Unido a esto, también se prevé una prima de 500 € brutos por cada año de antigüedad, que se abonará siempre que el trabajador no haya alcanzado el límite máximo del 95% del salario que se ha indicado ¹⁶⁴.

El Exp. 188/10, de 8 de octubre (servicios financieros), aporta un plan de prejubilaciones para trabajadores que tengan cumplidos 56 años de edad ¹⁶⁵. Estos recibirán una cantidad equivalente al 85% de su salario hasta los 65 años ¹⁶⁶.

¹⁶⁴ Financiación empresarial del convenio especial con la Seguridad Social desde la fecha de extinción por agotamiento del desempleo hasta los 61 años, incluyendo revalorizaciones, pudiendo cobrarla el empleado a la fecha de extinción en un pago único.

¹⁶⁵ El Exp. 278/10, de 21 de enero de 2011 (productos farmacéuticos), también propone la prejubilación de los trabajadores de la empresa que tengan 56 años o más.

¹⁶⁶ Se prevé una revalorización anual del 2%.

El Exp. 451/09, de 15 de enero de 2010 (fabricación de yeso y plástico), tiene un plan de renta mensual para trabajadores mayores de 56 años a 31 de diciembre de 2009, o con al menos cuatro años de antigüedad en la empresa, que les garantiza una cantidad equivalente al 70% de su salario, hasta que cumplan 61 años de edad. A partir de ese momento, cuando los trabajadores cumplan la edad de 61 años, la empresa les abonará una cantidad lineal que coincide con el 25% de su salario regulador¹⁶⁷.

El Exp. 21/09, de 9 de marzo (material de construcción), prescribe un plan de prejubilación para trabajadores con edad igual o superior a 57 años, que consiste en el abono de una cantidad mensual que les permitirá mantener unos ingresos equivalentes al 85% de su salario neto, desde la fecha de salida de la empresa hasta la edad legal de jubilación¹⁶⁸.

El Exp. 267/10, de 16 de noviembre (transformación de plásticos), tiene un plan de prejubilaciones para trabajadores con 58 años o más a 30 de noviembre de 2010¹⁶⁹. El ERE recoge estos intervalos¹⁷⁰:

— Con 58 años de edad se recibe el 91% del salario neto hasta cumplir 62 años.

— Con 59 años de edad se recibe el 92% del salario neto hasta cumplir 63 años.

¹⁶⁷ En todo caso, la empresa garantiza la indemnización legal si el plan de rentas está por debajo de esa indemnización. Este ERE se repite en el Exp. 314/10, de 23 de noviembre (fabricación de yeso y plástico).

¹⁶⁸ El complemento se revalorizará anualmente un 2% y será reversible en caso de fallecimiento en un 100% a favor del heredero que designe cada trabajador. Los trabajadores que pudiendo acogerse al plan de prejubilaciones no decidieran formar parte del mismo tendrán derecho a percibir la indemnización legal. Los trabajadores que no entran en el plan de prejubilación reciben una indemnización de cuarenta días de salario por año con el tope de veinticuatro mensualidades.

¹⁶⁹ El Exp. 439/09, de 15 de enero de 2010 (fabricación de cerveza), también propone la prejubilación de los trabajadores que tengan 58 años o más.

¹⁷⁰ Las prestaciones recibidas por el trabajador en cómputo global no podrán ser inferiores al importe total de veinte días de salario por año. En caso de fallecimiento, el cónyuge o pareja de hecho percibe hasta el 75% de las rentas pendientes, si bien también se puede nombrar a otro beneficiario o, en su caso, serán beneficiarios los herederos legales. Se ha previsto una revalorización anual del 2%. Se concerta un seguro específico para cubrir las rentas del plan de prejubilación. La empresa es responsable de satisfacer la póliza y la aseguradora asume las indemnizaciones.

— Con 60 años de edad se recibe el 93% del salario neto hasta cumplir 64 años.

— Con 61 años de edad se recibe el 94% del salario neto hasta cumplir 65 años.

— Con 62 años de edad se recibe el 95% del salario neto hasta cumplir 65 años.

— Con 63 años o más se recibe el 100% del salario neto hasta cumplir 65 años.

El Exp. 338/11, de 5 diciembre de 2011 (fabricación aislamientos), esta dirigido a trabajadores con 58 años o más y establece unas prestaciones económicas de carácter temporal equivalente a un % del salario regulador según su edad en la fecha de extinción del contrato de trabajo y hasta que alcance los 63 años¹⁷¹. Se observan estas escalas:

— Trabajadores con 58 años de edad en el momento de la extinción del contrato recibirán mensualmente una cantidad equivalente al 70% de su salario, hasta que cumplan los 63 años.

— Trabajadores con 59 años de edad en el momento de la extinción del contrato reciben la misma cantidad mensual anterior y un pago adicional equivalente al importe de media anualidad bruta del salario regulador bruto.

— Trabajadores con 60 y 61 años de edad en el momento de la extinción del contrato cuentan con la indemnización mensual, que se completa con un pago adicional equivalente al importe de una anualidad bruta del salario regulador bruto¹⁷².

El Exp. 337/11, de 2 de enero de 2012 (industria del aceite), proyecta bajas incentivadas para trabajadores con 60 años o más. Estos

¹⁷¹ Se ha pactado una revalorización anual de 1,3%. Se ha suscrito una póliza de seguro del que serán beneficiarios los trabajadores afectados por el ERE. La responsabilidad de la empresa respecto a dichas prestaciones queda restringida a la satisfacción de la póliza correspondiente. Además, en el momento de cese efectivo de la empresa, la empresa hará una aportación al plan de pensiones individuales de 3.250 €. Y en caso de fallecimiento del trabajador la persona designada por el mismo recibe el 100% de lo que reste de percibir. Los trabajadores que no acepten el programa de prejubilaciones reciben la indemnización legal de veinte días de salario por año trabajado con el tope de doce mensualidades.

¹⁷² Los trabajadores de 60 o más años podrán optar por recibir en un pago único en concepto indemnizatorio el importe de la prima que en caso de haberse mantenido el plan de prejubilaciones hubiese aportado la empresa a la compañía aseguradora.

trabajadores recibirán cada una cantidad mensual, que completa la prestación por desempleo una vez descontado el IRPF y las cuotas de Seguridad Social, equivalente al 90% de su salario neto, durante doce mensualidades. A esa cantidad se le suma la cifra correspondiente al 90% del neto de un año de salario más el abono del convenio especial que se suscribirá tomando como base de cotización la del mes anterior a la extinción¹⁷³.

IV.1.3.2. *La recolocación*

De acuerdo con el artículo 51.2 ET, en la versión anterior a la reforma operada por la Ley 35/2010, el empresario que tuviera la intención de efectuar un despido colectivo debía solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo. El procedimiento comenzaba con la solicitud a la autoridad laboral competente, y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, que 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».

La comunicación de la apertura del expediente a la autoridad laboral y a los representantes de la plantilla debe acompañarse de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del mismo y la justificación de las medidas a adoptar. A tales efectos, según el artículo 51.4 ET, en empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas oportunas para atenuar las consecuencias del ERE para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial deberán figurar en el plan social que la empresa está obligada a aportar inicialmente a la

¹⁷³ Se proponen dos alternativas para percibir tales cantidades. Abono de una sola vez al producirse la extinción sin revalorización o a través de un contrato de seguro de rentas con una compañía aseguradora. Se procede a aplicar al salario garantizado y al convenio especial una revalorización del 2%. Para los trabajadores que no alcancen los 65 años una vez transcurrido un año desde el agotamiento de la duración máxima de su prestación por desempleo, se les destina la cantidad de 138.000 € que será repartida entre cada uno de los afectados, según el número de días que resten desde que se produzca la extinción del contrato hasta su siguiente cumpleaños. En ningún caso la cantidad debe ser inferior a veinte días de salario por año con un máximo de doce mensualidades.

autoridad laboral y a la representación de la plantilla en el momento de comunicar la apertura del ERE.

El artículo 51 ET no alude expresamente a la recolocación del trabajador, aunque si hará referencia a esta cuestión el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, cuyo artículo 6.1.c) del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, concretaba el contenido de dicho plan social, considerando que el mismo debería aportar, entre otros, medidas dirigidas a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores afectados y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas.

Más adelante, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, renueva el artículo 51 ET y detalla las medidas sobre las que debe versar la consulta con la representación de los trabajadores y el plan social. Conforme dispone el artículo 51.4 ET, tras la redacción dada por la Ley 35/2010, se trata de poner en práctica las acciones necesarias para atenuar las consecuencias del ERE para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas.

Por último, el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, para los ERE que se hubieran tramitado a partir de esa fecha, distingue entre medidas dirigidas a evitar o reducir los efectos del expediente y medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados. Según el artículo 9.2.a) del Real Decreto 801/2011, entre las medidas dirigidas a evitar o reducir los efectos del expediente se menciona expresamente la recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o en otra empresa del grupo del que forme parte. Y, como determina el artículo 9.3.a) de la misma norma, entre las medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados se encuentra la recolocación externa de los mismos, que podrá ser realizada a través de empresas de recolocación autorizadas.

Por tanto, se aprecian dos opciones al respecto. Por un lado, la recolocación interna del trabajador en la propia empresa, para evitar su salida de la misma, que se promueve a través las medidas del artículo 9.2 del Real Decreto 801/2011, pese a que este precepto las presente como alternativas diferentes. Y es que, los ERE que plantean la recolocación interna del trabajador en la empresa suelen recurrir a acciones de movilidad geográfica o funcional, o de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, o a programas de

formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial. Por otro, la recolocación externa del trabajador que opera una vez que se ha extinguido su relación laboral y el trabajador se haya desvinculado de la empresa. En este caso, la recolocación futura del trabajador podrá realizarse en la misma empresa o en otra, y podrá encargarse del proceso de recolocación del trabajador despedido tanto la propia empresa como otras empresas de recolocación autorizadas.

Las acciones de recolocación de los ERE investigados se ajustan al modelo de recolocación externa, ya que los ERE no se inclinan por la continuidad del proyecto empresarial.

Recolocación externa

Es frecuente que los ERE tengan medidas externas de recolocación de los trabajadores afectados por el ERE, pero conviene poner de relieve que en su gran mayoría sólo se formulan declaraciones generales que carecen de respuesta práctica, pues los ERE no exponen compromisos precisos que pudieran asegurar la colocación del trabajador y tampoco se incluyen medidas de control del proceso de recolocación de la plantilla.

Los ERE disponen diversas fórmulas de recolocación externa. Son las siguientes (Tabla 10):

- Bolsas de trabajo.
- Servicios de outplacement.
- Antenas de empleo.
- Procesos de selección.
- Otras fórmulas «informales».

A) Bolsas de trabajo

Las bolsas de trabajo tratan de dar ocupación preferente a los trabajadores afectados por el ERE, en aquellos supuestos en los que la empresa que haya promovido el despido colectivo esté interesada en realizar nuevas contrataciones.

Los ERE no dan detalles acerca del funcionamiento de las bolsas de trabajo, si bien se pueden subrayar algunos aspectos de las

mismas en los que coinciden los ERE que contienen esta forma de recolocación de los trabajadores afectados por el ERE. Así, las bolsas de trabajo se prevén para un período determinado, de uno o dos años y, en ocasiones, sólo se promueve la colocación del trabajador en puestos de su perfil profesional eludiendo, en cierto modo, la posibilidad de que los trabajadores puedan incorporarse a cualquier puesto de trabajo, de inferior o superior categoría, si están capacitados para desempeñarlo, si lo estiman oportuno. Algunos ERE explican cómo se llama a los trabajadores que forman parte de la bolsa y como medida destacada señalar que algunos ERE cuentan con procesos de seguimiento del funcionamiento de la bolsa de trabajo.

Algunos ERE sólo anuncian que los trabajadores afectados por el ERE tendrán preferencia a la hora de ocupar las vacantes que pudiera ofertar la empresa. Entre ellos: Exp. 21/09, de 9 de marzo (materiales de construcción)¹⁷⁴, Exp. 38/09, de 26 de febrero (control de edificaciones), Exp. 86/09, de 18 de junio (alquiler de vehículos), Exp. 111/09, de 8 de mayo (actividades inmobiliarias), Exp. 307/09, de 7 de agosto (promoción inmobiliaria), Exp. 326/09, de 6 de octubre (promoción de empleo), 448/09, de 13 de enero de 2010 (fabricación de remolques), Exp. 245/10, de 11 de noviembre (equitación de laboratorios), Exp. 371/11, de 18 de noviembre (ingeniería civil).

La preferencia de los trabajadores afectados por el ERE a la hora de acceder a un empleo en su empresa no siempre es ilimitada ya que algunos ERE dicen que la bolsa de trabajo estará activa durante cierto tiempo, generalmente uno o dos años que empezarán a contar a partir de la fecha de extinción de los contratos de trabajo.

Predominan los ERE que ordenan que los trabajadores afectados por el ERE tendrán prioridad para ocupar los puestos vacantes en la empresa, aunque únicamente durante un plazo de dos años. Entre los ERE que acuerdan bolsas de trabajo con dos años de duración se encuentran: Exp. 129/09, de 20 de mayo (comercio informática), Exp. 162/09, de 3 de agosto (fabricación de lácteos), Exp. 182/09, de 28 de julio (fabricación de tecnología electrónica), Exp. 191/09, de 29 de julio (industria química), Exp. 316/09, de 9

¹⁷⁴ En el Plan social inicial se había previsto la posibilidad de llevar a cabo las recolocaciones de los trabajadores afectados por el ERE a través de un servicio de outplacement. En el mismo sentido Exp. 79/09, de 4 de junio (fabricación de lentes).

de octubre (servicios de seguridad), Exp. 235/10, de 3 de noviembre (transporte aéreo) o Exp. 242/10, de 6 de octubre (consultora de recursos humanos).

En los Exp. 155/09, de 16 de junio (ingeniería y telecomunicaciones), Exp. 309/09, de 25 de agosto (construcción de edificios), Exp. 216/10, de 28 de octubre (servicios sociales)¹⁷⁵, Exp. 321/10, de 20 de diciembre (movimiento de tierras) o 449/11, de 30 de enero de 2012 (distribución de productos higiénicos), la bolsa de empleo permanece abierta un año, y si en dicho espacio de tiempo se incrementa el volumen de trabajo de empresa los afectados por el ERE tendrán preferencia para la ocupación de los nuevos puestos de trabajo. En el Exp. 261/10, de 20 de octubre (materiales de construcción), el trabajador conserva un derecho preferente para ser contratado durante un año y recibe la indemnización legal que se recogía en el artículo 51.8 ET de veinte días de salario por año con un máximo de doce mensualidades. Superado el plazo de un año, si el trabajador no ha encontrado empleo tendrán derecho a reclamar la diferencia que exista con la indemnización general que han cobrado los trabajadores afectados por la extinción que en este caso asciende a treinta y ocho días de salario por año hasta un máximo de trece mensualidades.

Las bolsas de trabajo y la preferencia en el empleo de los trabajadores afectados por el ERE se refiere únicamente a vacantes que coincidan con el perfil profesional del empleado, o incluso a puestos de trabajo en el mismo centro y departamento en el que causó baja el trabajador despedido y en las mismas condiciones. Con matices, así los reflejan estos ERE: Exp. 155/09, de 16 de junio (ingeniería y telecomunicaciones), Exp. 463/09, de 1 de febrero de 2010 (tratamiento de residuos), 207/10, de 20 de octubre (alquiler vehículos), Exp. 319/10, de 23 de noviembre (comercio textil), Exp. 321/10, de 20 de diciembre (movimiento de tierras), Exp. 249/11, de 6 de septiembre (construcción), Exp. 250/11, de 28 de julio (construcción), Exp. 449/11, de 30 de enero de 2012 (distribución de productos higiénicos).

En este contexto, el Exp. 319/10, 23 de noviembre (comercio textil), dispone un derecho de preferencia en la contratación temporal

¹⁷⁵ El Exp. 216/10, de 28 de octubre (servicios sociales), propone un empleo preferente de los trabajadores afectados por el ERE durante el tiempo de vigencia de la comisión de seguimiento que estará activa desde el 30 de septiembre de 2011 a 30 de diciembre de 2012.

de las empresas del grupo, si el puesto es acorde con el perfil del trabajador afectado y siempre que dicha persona se encuentra en situación de búsqueda activa de empleo. El Exp. 321/10, de 20 de diciembre (movimiento de tierras), habla de vacantes del mismo perfil profesional pero estipula que no será necesario que la oferta de trabajo reúna las mismas condiciones que tenían los trabajadores con anterioridad a la extinción de la relación laboral. Y los Exp. 249/11, de 6 de septiembre (construcción) y 250/11, de 28 de julio (construcción), dan preferencia a los trabajadores que han extinguido su trabajo por causa del ERE si reúnen los requisitos de aptitud para el perfil profesional requerido, conocimientos, titulaciones así como experiencia.

El Exp. 175/09, de 10 de junio (medios de comunicación), sugiere dos bolsas de trabajo. Una de ellas va dirigida a trabajadores de la empresa que se adscriban voluntariamente al ERE y la segunda atenderá a los trabajadores afectados por el ERE.

La bolsa de empleo para trabajadores que se adscriban voluntariamente al ERE tendrá una duración de un año desde que se produzca la extinción de la relación laboral. En esta bolsa de empleo participan los trabajadores que se integren libremente en el ERE, percibiendo una parte del total de la indemnización pactada, que es de cuarenta y dos días de salario por año trabajado. Estos trabajadores reciben inicialmente la indemnización legal del artículo 51.8 ET, es decir, una indemnización de veinte días de salario por año con un máximo de doce mensualidades, y si transcurrido el plazo de un año estos trabajadores no han encontrado empleo tendrán derecho a cobrar la diferencia de la indemnización hasta alcanzar cuarenta y dos días de salario por año trabajado. El trabajador asume el compromiso de aceptar el puesto de trabajo que se le ofrezca siempre que reúna las mismas condiciones, o condiciones equivalentes, a las desempeñadas antes del ERE.

En segundo término, la bolsa de trabajo para empleados afectados por el ERE tiene una duración de un año, y permite a estos trabajadores acceder preferentemente a un puesto de trabajo de su categoría y perfil profesional en alguna de las sociedades del grupo una vez que han transcurrido tres años desde la terminación del vínculo contractual. La bolsa de empleo para trabajadores afectados por el ERE se limita a puestos de la misma categoría y perfil profesional del trabajador, excluyendo la posibilidad de emplear a estos

trabajadores en otros puestos que no coincidan con su categoría y perfil profesional aunque estuvieran capacitados para ello.

Con respecto a las condiciones de trabajo, los trabajadores afectados por el ERE que se incorporan a la empresa a través de la bolsa lo hacen en las condiciones que se oferten por la empresa en la actualidad, al menos en lo que concierne a antigüedad y a condiciones salariales. Se pierde la antigüedad adquirida hasta el momento de la extinción de la relación laboral y así lo expresan, entre otros, el Exp. 278/10, de 21 de enero de 2011 (productos farmacéuticos) y el Exp. 235/10, de 3 de noviembre (transporte aéreo). Y en lo que afecta a la retribución salarial que percibirá el trabajador, el Exp. 463/09, de 1 de febrero de 2010 (tratamiento de residuos), indica que no se mantienen las condiciones económicas previas a la extinción, de manera que el salario será el que la empresa hubiese fijado en su oferta de empleo actual. En este sentido, son interesantes las previsiones del Exp. 325/09, de 19 de noviembre (distribución materiales saneamientos), que especifica que la contratación de los afectados por el ERE incluidos en la bolsa de trabajo deberá hacerse sin periodo de prueba y de forma indefinida.

En cuanto a los criterios a seguir por la empresa a la hora de llamar a los trabajadores que forman parte de la bolsa, los ERE contemplan estas premisas: antigüedad del trabajador en la empresa o en el centro en el que se oferta el puesto de trabajo, cargas familiares y renta del trabajador.

Por ejemplo, en el Exp. 182/09, de 28 de julio (fabricación de tecnología electrónica), la empresa llama a los trabajadores por orden de antigüedad en la empresa y en el centro de trabajo en el que se vaya a desempeñar la actividad laboral. La comunicación al trabajador se realiza a través de burofax con diez días de antelación, aportando copia a la comisión de seguimiento del ERE. Y lo mismo ocurre con el Exp. 235/10, de 3 de noviembre (transporte aéreo), ya que si concurren dos candidatos en las mismas condiciones de idoneidad, tendrá preferencia el de mayor antigüedad.

El Exp. 191/09, de 29 de julio (industria química), dispone que tendrán preferencia para ocupar el puesto de trabajo que corresponda los trabajadores afectados por el ERE que hubieran estado ocupados en el mismo centro de trabajo en el que se produce la vacante. Si no existirán trabajadores en el mismo centro de trabajo se aplicará la preferencia atendiendo al criterio de más cercanía con

el puesto de trabajo. Los interesados en ocupar la vacante ofrecida por la empresa se lo comunicarán a ésta, a través del departamento de recursos humanos, en el plazo de siete días. Con carácter previo a su contratación el trabajador deberá acreditar que ha regularizado su situación fiscal por la indemnización percibida, que en este momento coincide con la indemnización legal que contenía el artículo 51.8 ET, pues se percibe una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades.

El Exp. 246/10, de 29 de octubre (transporte y mensajería), afirma que tendrán prioridad ante las futuras contrataciones los trabajadores afectados por el ERE en función de sus cargas familiares y de su nivel de renta actual.

En el Exp. 242/10, de 6 de octubre (consultora de recursos humanos), el orden de llamamiento es libre.

Excepcionalmente, algunos ERE describen las consecuencias que acarrea rechazar el trabajo que haya ofertado la empresa al trabajador. Los Exp. 182/09, de 28 de julio (fabricación de tecnología electrónica) y 309/09, de 25 de agosto (construcción de edificios), exponen que el trabajador puede rechazar la oferta de empleo que le presenta la empresa, pasando a ocupar el final de la lista, aunque si rechaza el empleo en dos ocasiones la empresa queda liberada del compromiso de llamar a dicho trabajador cuando se produzcan vacantes. Los Exp. 249/11, de 6 de septiembre (construcción) y Exp. 250/11, de 28 de julio (construcción), disponen que los trabajadores que renuncien a la oferta de empleo pierden automáticamente el derecho a la colocación, especialmente los que estén en desempleo, si bien esta medida no se aplica a puestos de confianza o de mando en la empresa.

También es excepcional que los ERE se pronuncien acerca de las consecuencias que asume la empresa si no respeta la bolsa de trabajo. Cabe recordar el Exp. 309/09, de 25 de agosto (construcción de edificios), que establece que si la empresa incumple el compromiso de preferencia del trabajador afectado por el ERE, éste tendrá derecho a una recibir una indemnización equivalente a la diferencia que existe entre la indemnización de veinte días de salario por año con un máximo de doce mensualidades y la indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades¹⁷⁶.

¹⁷⁶ La indemnización prevista en este ERE asciende a treinta días de salario por año trabajado con un máximo de quince mensualidades.

A la inversa, si la empresa cumple el compromiso de empleo preferente del trabajador afectado por el ERE, en el plazo de tiempo en el que permanece activa la bolsa, el trabajador deberá devolver a la empresa parte o la totalidad de la indemnización recibida en el momento de la extinción del contrato de trabajo. Así lo recogen estos ERE: Exp. 451/09, de 15 enero de 2010 (fabricación de yeso y plástico), Exp. 278/10, de 21 de enero de 2011 (productos farmacéuticos), Exp. 314/10, de 23 de noviembre (fabricación de yeso y plástico), Exp. 449/11, de 30 de enero de 2012 (distribución de productos higiénicos),

El Exp. 449/11, de 30 de enero de 2012 (distribución de productos higiénicos), ordena que el trabajador que es llamado durante el período de vigencia de la bolsa tendrá que devolver las indemnizaciones que haya recibido de la empresa¹⁷⁷. Los Exp. 451/09, de 15 de enero 2010 (fabricación de yeso y plástico) y 314/10, de 23 de noviembre (fabricación de yeso y plástico), entienden que si la recolocación se produce en el tiempo en el que está abierta la bolsa de empleo, la indemnización se reducirá en un 50%, garantizándose la recepción del mínimo legal¹⁷⁸. Y el Exp. 278/10, de 21 de enero de 2011 (productos farmacéuticos), según el cual, si el trabajador se reintegra de nuevo en la empresa antes del transcurso de un año deberá optar entre reintegrar el 60% del importe de la indemnización o renunciar a su reintegración. En este caso, la empresa sólo se compromete a dar prioridad al trabajador afectado por el ERE para ser candidato en el proceso de selección. Pues sólo si supera el proceso de selección será contratado de nuevo.

El Exp. 54/09, de 14 de abril (fabricación de armas), prevé una bolsa de trabajo que da preferencia a los trabajadores afectados por la extinción a la hora de ocupar el mismo u otro puesto de trabajo en la empresa y propone que, para vigilar el desarrollo de la bolsa de

¹⁷⁷ El Exp. 449/11 prevé una indemnización de cincuenta y seis días de salario hasta cincuenta mensualidades, que se incrementa para ciertos trabajadores mayores de 51 años que reúnan unas condiciones de antigüedad en la empresa.

¹⁷⁸ El Exp. 451/09, de 15 de enero de 2010 (fabricación de yeso y plástico), dispone treinta y ocho días de salario por año trabajado con un máximo de veinticuatro mensualidades, para trabajadores menores de 56 años a 31 de diciembre de 2009 o mayores de dicha edad con menos de 4 años de antigüedad en la empresa. El Exp. 314/10, de 23 de noviembre de 2010 (fabricación de yeso y plástico), mantiene la indemnización anterior e incluye un incremento lineal de 6.000 € para quienes se hayan visto afectados por un ERE anterior de suspensión.

trabajo, se informe al comité de empresa sobre los puestos a cubrir. Es interesante que los ERE articulen mecanismos de control de la bolsa de trabajo, pero la información al comité de empresa no puede considerarse una medida novedosa ya que, según el artículo 64.2.c) ET, éste tiene derecho a ser informado trimestralmente «sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos que serán utilizados». De ahí que la evolución de las bolsas de empleo de los ERE que no aluden a esta medida también pueda seguirse por esta vía.

B) *Outplacement*

Entre las medidas destinadas a facilitar la colocación futura del trabajador afectado por el ERE se encuentra el outplacement, que es «el servicio que una empresa aporta a uno o varios trabajadores despedidos, bien por sus propios medios bien a través de consultores externos, a través del cual se ofrece a dicho(s) trabajador (es) el asesoramiento, la formación y los medios necesarios para lograr una transición en su carrera, consiguiendo un nuevo trabajo en otra empresa lo más adecuado posible, reduciendo así los perjuicios económicos y psicológicos que genera toda situación de despido»¹⁷⁹.

Algunos ERE incluyen la entrada de los trabajadores afectados por las extinciones a programas de outplacement, pero no concretan cómo se desarrollará la intervención de los trabajadores en dichos servicios de outplacement¹⁸⁰, limitándose a precisar ciertos aspectos formales como el tiempo de duración del programa o el plazo para solicitar la participación en el mismo. Los ERE ofertan este servicio a todos los trabajadores afectados por el ERE, aunque en ciertos

¹⁷⁹ SASTRE CASTILLO, M. A., «Outplacement: una aproximación a su realidad teórica», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 6 (1995), pág. 187.

¹⁸⁰ Es el caso del Exp. 31/09, de 23 de febrero (servicios financieros), que sólo ordena que los trabajadores afectados por el ERE podrán adherirse al servicio de outplacement contratado por la empresa. Los trabajadores afectados por el ERE que encuentren empleo con anterioridad a la fecha prevista para la extinción de sus contratos de trabajo no tendrán derecho a los servicios de outplacement. También: Exp. 79/09, de 4 de junio (fabricación de lentes), Exp. 402/09, de 13 de noviembre (venta material de oficina), Exp. 416/09, de 21 de enero de 2010 (consultora y estudio) o Exp. 456/11, de 5 de enero de 2012, (fabricación de productos farmacéuticos).

casos sólo se contratan estos programas para trabajadores de la empresa que alcancen determinada edad.

En primer lugar, en lo que respecta a la duración del programa de outplacement, éstos se contratan por períodos de doce, nueve, seis o tres meses.

El Exp. 281/10, de 27 de diciembre (productos farmacéuticos), ofrece este servicio durante doce meses.

En el Exp. 42/09, de 18 de marzo (edición de libros), la empresa asume el coste de la participación voluntaria de trabajadores en un programa de outplacement por una duración de nueve meses, y los trabajadores interesados en formar parte de estos proyectos de recolocación deberán solicitarlo en los dos meses siguientes a la resolución de extinción de la relación laboral¹⁸¹.

El Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones), advierte que la empresa contratará un servicio de outplacement durante un período de 6 meses y que los trabajadores deberán acogerse al mismo antes de causar baja en la empresa. El Exp. 449/11, de 30 de enero de 2012 (distribución de productos higiénicos), también mantiene este programa seis meses.

Y en los Exp. 17/09, de 5 de marzo (equipamiento de hogar), 244/10, de 15 de octubre (transferencia de dinero) y 321/10, de 20 de diciembre (movimiento de tierras), el servicio de outplacement estará en vigor tres meses.

Como se ha visto, algunos ERE únicamente ofertan este servicio a trabajadores que tuvieran una determinada edad. Es el caso del Exp. 99/09, de 17 de abril (comercio de material eléctrico), que destina este servicio a trabajadores que tengan entre 40 y 50 años en la fecha de causar baja en la empresa, si bien también pueden hacer uso de este servicio los trabajadores mayores de 51 años siempre que no tengan diez años de antigüedad ni treinta años cotizados en el momento de producirse su jubilación. En el Exp. 267/10, de 26 de noviembre (fabricación de pinturas), el servicio de outplacement es para los trabajadores menores de 58 años afectados por el ERE¹⁸².

¹⁸¹ El Exp. 86/09, de 18 de junio (alquiler de vehículos), dice que se contrata con una empresa para ayudar a los trabajadores afectados en la orientación y apoyo en la búsqueda de nuevos empleos, previa petición, antes de un mes, de los trabajadores interesados.

¹⁸² La empresa se hace cargo de un programa de outplacement con una empresa especializada que será seleccionada por los representantes de la plantilla.

El Exp. 417/09, 30 noviembre 2009 (telecomunicaciones), dispone de un servicio de outplacement para los nacidos con posterioridad a 31 diciembre de 1962, siempre que lo soliciten.

Teniendo en cuenta que la contratación de servicios de outplacement sirve para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados por el ERE, la empresa asume los gastos que ocasione el uso de estos programas. De ahí que el Exp. 17/09, de 5 de marzo (equipamiento de hogar) disponga que la dirección de la empresa procederá, de forma inmediata, a la contratación de un servicio de asesoría y seguimiento de búsqueda de empleo para los empleados afectados por el ERE, que no podrá ser compensado con cantidad económica alguna y estará en vigor durante tres meses. No obstante esto, algunos ERE entienden que el trabajador debe hacerse cargo de tales gastos. El Exp. 265/10, de 29 de noviembre (servicios informáticos), tiene un servicio de outplacement, al que se adherirán los trabajadores voluntariamente, pero el coste de esta medida se descontará de la indemnización recibida en el momento de la extinción del contrato de trabajo, que asciende a cuarenta días de salario por año con un máximo de dieciocho mensualidades.

C) *Antena de empleo*

Las antenas de empleo son una modalidad de outplacement. Están coordinadas por un grupo de expertos consultores y tienen por objeto canalizar las ofertas de empleo de un ámbito geográfico determinado para recolocar a los trabajadores afectados por el ERE. Cuentan con antena de empleo el Exp. 60/09, de 26 de marzo (industria tabaquera) y el Exp. 155/09, de 16 de junio (ingeniería y telecomunicaciones).

El Exp. 60/09, de 26 de marzo (industria tabaquera), se refiere a la formación de los trabajadores de la empresa que participen en la antena de empleo para su mejora curricular, la cual alcanzará un importe máximo de 5.000 €. Además, si el trabajador encuentra empleo tendrá derecho a recibir estas cantidades:

— Diferencial de pérdida de salario: si el trabajador se ocupa antes de 18 meses, cobrará esta diferencia durante un máximo de 18 meses con el límite de 380 € al mes.

— Ayuda de movilidad geográfica: si el nuevo trabajo está a 40 kilómetros o a 1 hora de casa (1 hora y 30 minutos en Madrid), se paga una ayuda de 1.700 €.

— Hasta 20.000 € por ayuda por creación de empresa. Si el trabajador participa en el capital de la empresa debe justificar un 50% del mismo para ser beneficiario de la ayuda.

El Exp. 155/09, de 16 de junio (ingeniería y telecomunicaciones), valora la posibilidad de crear una antena de empleo. Dicha fórmula servirá para promover las recolocaciones de los trabajadores afectados por el ERE en empresas de su ámbito geográfico, ya que la antena de empleo gestionaría las ofertas de trabajo que se produzcan en este territorio informando a los trabajadores al respecto. Dado que se trata captar las ofertas de empleo existentes en el territorio que corresponda, el ERE procurará que las instituciones públicas colaboren en esta antena de empleo aportando los medios instrumentales necesarios.

D) Procesos de selección

Algunos ERE promueven únicamente medidas de selección de personal. De manera que, aunque la selección se haya íntimamente ligada a la colocación, sólo se ocupan de arbitrar los procesos oportunos para comprobar las aptitudes de los candidatos que se presentan para ocupar un puesto de trabajo. Se limitan a «recibir la relación nominal de aspirantes a ocupar un puesto de trabajo, y a efectuar las tareas de selección de los trabajadores más idóneos por razones de capacidad, al mérito o experiencia profesional»¹⁸³.

El Exp. 162/09, de 3 de agosto (fabricación de lácteos), plantea la recolocación de los trabajadores afectados por el ERE a través de procesos de selección sectoriales. Según el Exp. 162/09, se organizan procesos de selección de personal destinados a cubrir las posibles ofertas de empleo que pudieran existir en empresas del sector. La empresa se compromete a presentar al comité de empresa un listado con los perfiles profesionales demandados al objeto de facilitar la contratación final de los trabajadores afectados por el ERE¹⁸⁴.

¹⁸³ SOBRINO GONZÁLEZ, G. *La política de colocación*, Albacete, Bomarzo, 2007, pág. 294.

¹⁸⁴ El Exp. 38/09, de 26 de febrero (control de edificaciones), establece que la empresa colaborará en la recolocación de los trabajadores afectados por el ERE en otras empresas del sector.

E) *Otros medios «informales» de facilitar la colocación externa del trabajador*

La empresa que ha promovido el ERE también puede facilitar la reinserción laboral de los trabajadores afectados por esta medida extintiva. No se dan compromisos de colocación en sentido estricto, pero en cierta medida la empresa se involucra en el futuro profesional del trabajador despedido. Por ejemplo, facilitando el currículum vitae del trabajador a las empresas interesadas, redactando cartas de recomendación de los trabajadores afectados por el ERE o asesorando al trabajador interesado en fórmulas de autoempleo.

En el Exp. 253/10, de 24 de noviembre (fabricación de equipos frigoríficos), la empresa que promueve el ERE actúa directamente en la colocación de los trabajadores que se han visto afectados por el mismo, al comprometerse a facilitar el currículum vitae de estos trabajadores a otras empresas que pudieran estar interesadas en realizar nuevas contrataciones.

En otros ERE la empresa se ocupa de redactar cartas de recomendación para los trabajadores afectados por el ERE. En el Exp. 461/09, de 2 de marzo de 2010 (edición de libros), se hacen cartas de recomendación para aquellos trabajadores que los soliciten, y en los Exp. 463/09, de 1 de febrero de 2010 (tratamiento de residuos) y 448/09, de 13 de enero de 2010 (fabricación de remolques), para todos los que vieran extinguido su contrato en el ERE. En los Exp. 249/11, de 26 de julio (construcción) y 250/11, de 28 de julio (construcción), se redactarán tales cartas de recomendación, para facilitar la recolocación del trabajador, si los servicios se han realizado a plena satisfacción de la empresa.

En el Exp. 416/09, de 21 de enero de 2010 (consultora y estudio), la empresa colaborará en la búsqueda de apoyo financiero para programas de autoempleo de los trabajadores.

Unido a esto, en ciertos ERE, como ocurre en el Exp. 319/10, de 23 de noviembre (comercio textil), la empresa se implica en la búsqueda de todas las alternativas posibles para conseguir la recolocación del mayor número de personas afectadas por el ERE dentro o fuera del Grupo de empresas). En el caso del Exp. 320/10, de 3 de diciembre (servicios extinción de incendios), la empresa intentará la recolocación del trabajador en terceras empresas proveedoras de la misma.

El Exp. 23/09, de 30 de marzo (industria farmacéutica), garantiza la recolocación futura del trabajador, en otras empresas del sector, si en el plazo de dos años se liquidara la empresa.

Finalmente, en el Exp. 417/09, 30 noviembre 2009 (telecomunicaciones), la empresa prestará ayuda a los trabajadores que se establezcan por su cuenta.

F) *Permisos para la búsqueda de empleo*

Algunos ERE incluyen permisos específicos para la búsqueda de empleo a favor de los trabajadores afectados por el ERE.

Así se observa en el Exp. 310/10, de 23 de diciembre (alquiler de maquinaria) y en los Exp. 86/09, de 18 de junio (alquiler de vehículos) y 242/10, de 6 de octubre (consultora de recursos humanos). El primero se limita a reseñar que la empresa otorgará permisos para búsqueda de empleo. En el Exp. 86/09, de 18 de junio (alquiler de vehículos), los trabajadores afectados por el ERE contarán con 24 horas laborables para asistir a entrevistas de selección de personal. Y en el Exp. 242/10, de 6 de octubre (consultora de recursos humanos), los trabajadores afectados por el ERE dispondrán del tiempo necesario para realizar entrevistas.

RESUMEN RECOLOCACIONES EXTERNAS					
Exp.	Bolsa	Outplacement	Antena de empleo	Selección	Medios informales
17/09		X			
23/09					X
21/09	X				
31/09		X			
38/09	X				
42/09		X			
54/09	X				
60/09			X		
79/09	X	X			
86/09	X	X			
99/09		X			
111/09	X				
129/09	X				
155/09	X		X		
162/09	X			X	

RESUMEN RECOLOCACIONES EXTERNAS					
Exp.	Bolsa	Outplacement	Antena de empleo	Selección	Medios informales
175/09	X				
182/09	X				
191/09	X				
307/09	X				
309/09	X				
316/09	X				
319/10	X				X
320/10					X
325/09	X				
326/09	X				
402/09		X			
416/09		X			X
417/09		X			X
448/09	X				X
451/09	X				
461/09					X
463/09	X				X
207/10	X				
216/10	X				
235/10	X				
242/10	X				
244/10		X			
245/10	X				
246/10	X				
253/10					X
261/10	X				
263/10		X			
265/10		X			
267/10		X			
278/10	X				
281/10		X			
314/10	X				
319/10	X				X
320/10					X
321/10	X	X			
249/11	X				X
250/11	X				X
449/11	X	X			
371/11	X				
456/11		X			

Tabla 10. Resumen recolocaciones externas. (Elaboración propia).

Recolocación interna

Los Exp. 449/09, de 7 de enero de 2010 (distribución de tabaco), 338/11, de 5 diciembre 2011 (fabricación aislamientos) y 370/11, de 23 de noviembre (restauración), pretenden reducir los efectos del ERE con medidas de recolocación interna.

El Exp. 449/09, de 7 de enero de 2010 (distribución de tabaco), ofrece esta posibilidad a los trabajadores afectados por el ERE, los cuales elegirán el futuro puesto, en los centros de trabajo que quiera la empresa, por estricto orden de antigüedad.

El Exp. 338/11, de 5 de diciembre de 2011 (fabricación aislamientos), sólo contempla la recolocación en vacantes de igual nivel profesional y explica cómo se repartirán si se presentan varios trabajadores para ocupar un puesto de trabajo. Por tanto, si varias personas tienen el mismo nivel profesional se optará por la persona que posea la formación específica y los conocimientos de base en las distintas actividades del puesto de destino. A igual nivel profesional y formación se optará por el trabajador de más antigüedad y si hay coincidencia en estos extremos tendrá prioridad la persona con más antigüedad en el centro de trabajo. Las condiciones laborales, tales como jornada, horario o categoría, serán las que correspondan al puesto de trabajo que se vaya a cubrir. El trabajador mantiene la antigüedad ya que no hay extinción de contrato.

El Exp. 370/11, de 23 de noviembre (restauración), establece la recolocación en empresas del grupo de todos los trabajadores fijos afectados por el ERE. Las ubicaciones, previa opción del trabajador, se harán según criterios de idoneidad y competencia, y dando cuenta de todo ello a la comisión de seguimiento. El Exp. 370/11 oferta puestos de trabajo con jornadas inferiores y detalla las opciones de los trabajadores al respecto, distinguiendo entre trabajadores con o sin oferta de recolocación en la localidad o centro limítrofe.

En lo que atañe a los trabajadores afectados por el ERE que tuvieran una oferta de recolocación en la localidad o centro limítrofe, el Exp. 370/11 dispone que estos podrán optar entre extinguir el contrato de trabajo recibiendo la indemnización legal¹⁸⁵ o aceptar

¹⁸⁵ El salario de cálculo será el que se hubiera establecido para la jornada completa. Si se trata de trabajadores con reducción de jornada el cálculo se efectuara sobre la jornada contratada, sin reducción.

el puesto de trabajo con jornada reducida recibiendo la indemnización legal en la parte proporcional de la jornada minorada en cómputo anual, novando el contrato para adaptarlo a las condiciones del centro de destino, con reconocimiento de antigüedad.

Los trabajadores afectados por el ERE que no tuvieran una oferta de recolocación en la localidad o centro limítrofe podrán extinguir el contrato con una indemnización de veintidós días de salario sin topes máximos o, en su caso, podrán aceptar un puesto de trabajo con menor jornada en una localidad distinta, con la indemnización de veintidós días de salario en la parte proporcional de la jornada minorada en cómputo anual, novando el contrato para adaptarlo a las condiciones del centro de destino, con reconocimiento de antigüedad.

IV.1.3.3. *Movilidad geográfica*

Para atenuar y reducir el número de bajas en la empresa, algunos ERE consideran la posibilidad de llevar a cabo procesos de movilidad geográfica. No es frecuente encontrar medidas de esta naturaleza en los ERE, aunque si se puede dar cuenta de algunos ejemplos. La mayoría de los ERE precisan las condiciones económicas en las que se realizarán tales traslados y los gastos que asumirá la empresa. Los ERE detallan el salario del trabajador en los supuestos en los que la movilidad geográfica implique realizar funciones de inferior o superior categoría, y los gastos que correrán a cargo de la empresa tales como gastos de locomoción, embalaje y transporte de muebles, dietas de viaje o, entre otros, ayudas para alquiler o compra de vivienda. Ciertos ERE también cuentan con medidas formativas tanto para el trabajador como para sus familiares y ayudas sociales que cubren los gastos que origina el traslado a algunos de los familiares (cónyuge e hijos) del trabajador afectado.

Entre otros, hacen referencia a traslados los siguientes ERE: Exp. 60/09, de 26 de marzo (industria tabaquera), Exp. 79/09, de 4 de junio (fabricantes de lentes), Exp. 131/09, de 28 de mayo (componentes electrónica), Exp. 162/09, de 3 de agosto (fabricación de productos lácteos), Exp. 417/09, de 30 de noviembre (telecomunicaciones), Exp. 449/09, de 7 de enero de 2010 (distribución de tabaco), Exp. 253/10, de 24 de noviembre (fabricación de equipos frigoríficos).

cos)¹⁸⁶, Exp. 258/10, de 19 de octubre (cajas de ahorro), Exp. 278/10, de 21 de enero de 2011 (productos farmacéuticos).

En el Exp. 79/09, de 4 de junio (fabricantes de lentes), si la recolocación del trabajador le ocasiona el cambio de residencia, éste recibirá estas compensaciones económicas:

- Ayuda de alquiler de 700 € durante los seis primeros meses.
- Una mensualidad de salario bruto como ayuda por traslado.
- Abono de los gastos de mudanza¹⁸⁷.
- Si renuncia a la recolocación, en el plazo de tres meses, por no adaptarse al cambio geográfico, se mantiene como persona afectada por el ERE y se le abona la indemnización pactada a fecha del inicio del traslado¹⁸⁸.

En el Exp. 131/09, de 28 de mayo (componentes electrónica), existe la opción de trabajar en otra empresa del grupo o en otro centro de trabajo de la empresa. A tales efectos, el Exp. 131/09 especifica cómo se compensará a los trabajadores que acepten ser trasladados a otro centro de trabajo o a otra empresa del grupo. Se mantendrá la ayuda vivienda durante tres años en estas condiciones: 820 € el primer año, 615 € el segundo y 513 € el tercer año. Al mismo tiempo, el ERE se remite al convenio colectivo aplicable, según el cual tales situaciones se compensarán con estos conceptos: dieta mensual de desplazamiento por separación familiar justificada hasta tres meses, gastos de mudanza (seguro incluido), gastos de viaje, gastos de contratación de agua, electricidad, gas y teléfono. Además, eventualmente, por causas justificadas, se puede incorporar una ayuda escolar.

El Exp. 162/09, de 3 de agosto (fabricación de productos lácteos), también oferta a sus trabajadores la posibilidad de trabajar en otro centro de trabajo de la empresa. Podrá evitarse la extinción del

¹⁸⁶ El Exp. 253/10, de 24 de noviembre (fabricación de equipos frigoríficos), no aporta ningún detalle en este sentido ya que se limita a afirmar que ofrece a algunos trabajadores de la plantilla la posibilidad de evitar su despido si aceptan ser trasladados. Se trata de un grupo de empresas que cuenta con una plantilla de 349 empleados. 92 trabajadores extinguen su contrato de trabajo y a 10 trabajadores se les da la posibilidad de trasladarse.

¹⁸⁷ De entre tres presupuestos presentados.

¹⁸⁸ La indemnización pactada es de cuarenta y dos días de salario por año de servicio, hasta un máximo de treinta y seis mensualidades, con el tope de 120.000 €, para trabajadores menores de 55 años (no incluidos en el plan de jubilación).

contrato de trabajo optando por la movilidad geográfica, siempre que existan vacantes del perfil profesional del trabajador solicitante del puesto de trabajo, que dispone de diez días para decidir si acepta trabajar en otro centro de trabajo. Puede verse que el Exp. 162/09 sólo contempla el traslado si existen vacantes del perfil profesional del trabajador que opta a este nuevo puesto de trabajo excluyendo, por tanto, medidas de movilidad geográfica cuando el puesto de trabajo vacante no se ajuste al perfil profesional del trabajador. Y ello pese a que el trabajador se encuentre capacitado para desempeñar un puesto de trabajo diferente al que venía realizando en la empresa, tanto de superior como de inferior categoría.

El Exp. 449/09, de 7 de enero de 2010 (distribución de tabaco), propone la recolocación de los trabajadores y si esta puede implicar cambio de residencia se garantizan estas condiciones económicas¹⁸⁹:

- Gastos de locomoción, embalaje y transporte de muebles para el trabajador y los familiares que vivan a su cargo.
 - 25 días de dietas.
 - Ayuda para vivienda de 507 € mensuales durante cinco años.
 - Indemnización de 30.420 € para la adquisición de vivienda.
- Si el trabajador rescinde su contrato antes de cinco años deberá devolver la parte proporcional de la indemnización recibida.

En líneas generales, los ERE con medidas de movilidad geográfica se mueven en los parámetros descritos. Es excepcional que los ERE entren a valorar otras cuestiones de gran relevancia como son la formación del trabajador o ciertas ayudas sociales para el empleado afectado por el ERE y para sus familiares, así como las posibilidades de retornar al puesto de origen. Entre ellos se encuentran los siguientes ERE: Exp. 60/09, de 26 de marzo (industria tabaquera), Exp. 258/10, de 19 de octubre (cajas de ahorro) y Exp. 278/10, de 21 de enero de 2011 (productos farmacéuticos).

¹⁸⁹ Si el trabajador acepta la recolocación ha de comunicarlo en el plazo de días 10 días naturales, incorporándose al nuevo centro en el plazo de 10 días desde que cause baja en el centro anterior. El trabajador que no acepta la oferta de recolocación percibirá la indemnización fijada para la baja incentivada que asciende a cuarenta y cinco días de salario por año con un máximo de cuarenta y dos mensualidades si bien se garantizan cuarenta y dos mensualidades.

El Exp. 60/09, de 26 de marzo (industria tabaquera), distingue entre centros de trabajo en España y otros centros de la empresa que se hallen fuera de España. En particular, indica estas medidas:

— Si se trata de centros que se encuentren en España la empresa se hará cargo de estos gastos:

- Si el trabajador pasa a realizar un puesto de inferior nivel retributivo, percibirá la diferencia con su anterior puesto (garantía personal revalorizable según incremento de convenio colectivo).
- Gastos de locomoción, embalaje y transporte de muebles del trabajador y de su familia.
- 25 días de dietas.
- Indemnización de ayuda vivienda que consiste en 507 € mensuales durante cinco años, o un pago único de 30.420 € si el trabajador compra una vivienda.
- Si el cónyuge del trabajador rescinde su contrato de trabajo, como consecuencia del traslado, el titular afectado por el ERE recibe un pago único de 6.900 €. Además, la empresa proporcionará a dicho cónyuge formación sobre técnicas de búsqueda de empleo.

— Si se trata de centros que se encuentren en España la empresa asume estos gastos:

- Garantía de salario bruto anual (que percibía en España) del puesto que ocupe.
- Asignación económica para compensar el coste de vida.
- Asignación económica por alquiler de vivienda (no incluye gastos de suministros o consumos).
- Gastos de escolaridad de los hijos/as entre 14 y 18 años, «a precio» español, y no incluye comidas, libros, transporte o actividades extraescolares.
- Presupuesto anual por importe de billete turista para toda la unidad familiar.
- Ayudas del Fondo de acción social y docente.
- Clases de idiomas.

El Exp. 278/10, de 21 de enero de 2011 (productos farmacéuticos), concierta estos elementos:

— Indemnización por traslado de 36.000 € siempre que el trabajador se comprometa a quedarse al menos tres años en la empresa.

Si se da la baja antes de que transcurra ese tiempo deberá devolver parte del importe a prorrata temporis.

— Asistencia para el traslado: agencia para la búsqueda de vivienda y escuela, cuatro viajes en avión para el empleado y acompañantes, seis noches de hotel y gastos de manutención.

— Viajes gratuitos para retornar a la ciudad de origen si la familia no se desplaza.

— Gastos de mudanza.

— Gastos de alquiler de vivienda, que asciende a 1.000 € al mes durante doce meses.

— La empresa se hace cargo de la formación que requiera el trabajador, durante tres meses, para su adaptación al nuevo puesto de trabajo. El trabajador dispone de seis meses para decidir si continúa o no en este nuevo empleo, pudiendo acogerse a las indemnizaciones pactadas en caso de extinción de la relación laboral si decide abandonar la empresa¹⁹⁰.

En el Exp. 258/10, de 10 de octubre (cajas de ahorro), los trabajadores afectados por el cierre de algunas oficinas y centros de la empresa pasan a ocupar otros puestos de trabajo en algunas de las sucursales de la empresa en las que existan vacantes disponibles. La empresa se encarga de seleccionar a los trabajadores que serán trasladados siguiendo estos criterios de preferencia:

— Discapacidad física, psíquica o sensorial, siempre que estén declaradas oficialmente.

— Cargas familiares, tales como atención de ascendiente o descendiente en situación de dependencia o hijo menor de 10 años.

— Edad.

— Antigüedad.

— Prestación de servicios del cónyuge o pareja de hecho en el municipio a que pertenezca el centro de trabajo de origen.

Según el Exp. 258/10, la empresa deberá justificar las razones por las cuales se promueven estas medidas de movilidad geográfica. En caso contrario, el trabajador tendrá derecho a ser recolocado en su lugar de residencia habitual si por sentencia firme se declara la inexistencia de causa o la falta de proporcionalidad, o si se condena

¹⁹⁰ Se trata de sesenta días de salario por año trabajado con un máximo de cincuenta y seis mensualidades. Aplica un tope de 270.000 €, aunque siempre respetando la indemnización mínima legal de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades.

a la empresa por conducta discriminatoria en la aplicación de los criterios de prelación que se han apuntado.

El Exp. 258/10 distingue entre traslado sin cambio de residencia y traslado que entraña el cambio de domicilio del trabajador.

Tratándose de traslado sin cambio de residencia, el Exp. 258/10 completa las prescripciones sobre movilidad geográfica con ciertas medidas dirigidas a atenuar las consecuencias derivadas del traslado. Por un lado, el Exp. 258/10 dispone medidas económicas, como son el complemento de kilometraje y el complemento salarial de movilidad geográfica y, por otro, el ERE considera la posibilidad de adecuar el tiempo de trabajo a las nuevas circunstancias.

El complemento de kilometraje cubre como máximo los 75 primeros kilómetros, en total 150 kilómetros si se suman ida y vuelta. Y el complemento salarial de movilidad geográfica se hace depender la distancia que deba recorrer el trabajador. Existen estos complementos que se adecuan a estas distancias kilométricas:

- 100 € mensuales si la distancia a recorrer se encuentra entre 25 y 55 kilómetros.
- 20 € diarios si la distancia a recorrer se encuentra entre 55 y 75 kilómetros.
- 25 € diarios si la distancia supera los 75 kilómetros.

La adaptación del tiempo de trabajo se traduce en la posibilidad de poner en práctica medidas de flexibilidad de jornada. Estas se ejecutarán durante dos años, si el centro de trabajo se encuentra a más de 55 kilómetros, y suponen flexibilizar la jornada diaria de trabajo en treinta minutos a la entrada y a la salida si las necesidades del servicio lo permiten.

Para los traslados que implican cambio de domicilio el Exp. 258/10 introduce algunas medidas que afectan a la vivienda, permisos por traslado y compensación de gastos.

En lo que concierne a la vivienda el ERE estipula que el trabajador podrá elegir una de estas tres opciones: ayuda de alquiler de 800 €, préstamo para la adquisición de vivienda¹⁹¹ o permuta de vivienda entre caja y empleado. Si se decide por la ayuda de alquiler dispone del plazo de tres años para optar por alguna de las otras

¹⁹¹ Se reconoce el derecho a celebrar un contrato de alquiler de la primera vivienda pese a la existencia de un préstamo hipotecario concedido por la empresa.

alternativas. También se dan cuatro días de permiso por mudanza. Y, por último, el trabajador percibirá 20.000 € para compensar los gastos ocasionados por la mudanza y por la nueva instalación.

Unido a esto, el trabajador cuyo traslado lleve aparejado el cambio de domicilio puede desistir del traslado, puede solicitar pasar a excedencia y tiene preferencia para retornar a la zona de origen.

En cuanto a la posibilidad de desistir del traslado, en el Exp. 258/10 el trabajador podrá desistir del traslado en un plazo no superior a seis meses. El trabajador recibirá una indemnización de sesenta días de salario por año trabajado y un máximo de cuarenta y ocho mensualidades, y como mínimo 20.000 €, descontándose de esta cantidad lo percibido durante el traslado. La extinción del contrato de trabajo se considera resolución por voluntad del trabajador y se enmarca en el artículo 50.1.c) ET.

El trabajador puede solicitar pasar a excedencia siempre que el motivo de la misma sea la conciliación de la vida laboral y familiar, y siempre que haya aceptación de la empresa. La excedencia durará de tres a cinco años, con reserva de puesto, y durante dicho tiempo el trabajador recibirá el 30% de su salario bruto mensual.

La preferencia para retornar a la zona de origen afecta a las personas cuyo traslado supere los 25 kilómetros. Si varios trabajadores solicitan este regreso se aplicarán los criterios de preferencia que se han expuesto previamente.

IV.1.3.4. *Modificación de condiciones de trabajo*

Entre las medidas dirigidas a reducir los efectos del expediente, algunos ERE consideran la posibilidad de efectuar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. Es el caso del Exp. 175/09, de 10 de junio (medios de comunicación).

El Exp. 175/09, de 10 de junio (medios de comunicación), acompaña las extinciones de contratos de trabajo de algunas medidas que suponen la modificación de las condiciones de trabajo. Se habla de estas cuestiones: tiempo de trabajo, indemnizaciones por gastos y gastos de vehículos.

En cuanto a la modificación del tiempo de trabajo, el Exp. 175/09 plantea dos medidas: aplicar la jornada continuada y reducir de jor-

nada de trabajo. En primer lugar, se propone pasar de jornada partida a jornada continuada, si bien la empresa se reserva el derecho a mantener la jornada partida, con carácter excepcional, si ello viene justificado por una más adecuada organización de los recursos y de las necesidades del servicio que se preste. Por su parte, la reducción de jornada es una medida voluntaria, que tendrá lugar si lo permite la actividad empresarial, porque el Exp. 175/09 abre un plazo para que los trabajadores se adscriban libremente a esta modalidad de trabajo.

La modificación de las indemnizaciones afecta a los vales de comida y a los gastos de viaje. Los vales de comida tendrán una reducción de 1 € y corresponderá a la comisión de seguimiento del ERE decidir en qué momento es oportuno la entrega de estos vales. De otra parte, se sustituye el concepto de dieta por el de gastos de viaje justificados¹⁹².

En último término, la empresa se compromete a ampliar el ahorro en el coste de vehículos en régimen de renting.

IV.1.3.5. *Medidas formativas*

Destinadas a mejorar la empleabilidad de los trabajadores afectados

Algunos ERE insertan acciones de formación o reciclaje profesional destinadas a mejorar la empleabilidad de los trabajadores afectados. No es habitual encontrar disposiciones de esta naturaleza en los ERE, pues ya se ha dicho que las medidas sociales de los ERE se identifican con compensaciones económicas, pero se observan algunos ERE que abordan esta cuestión. Ciertos ERE se limitan a anunciar el compromiso empresarial de promover acciones formativas, sin especificar el contenido de los programas de formación que se llevarán a cabo, y otros ERE describen las materias sobre las que versará la formación y el tiempo que se dedicará a la misma.

Entre los ERE con acciones formativas cabe citar los siguientes: Exp. 96/09, de 21 de mayo (fabricación de pintura), Exp. 191/09, de 29 de julio (industria química), Exp. 324/09, de 24 de agosto (fabri-

¹⁹² Estos derechos se normalizarán si en el año 2011 la empresa cierra con un beneficio neto de 15.000.000 € o más, una vez deducidos los impuestos.

cación de material eléctrico), Exp. 416/09, de 21 de enero de 2010 (consultora y estudio), Exp. 321/10, de 20 de diciembre (movimiento de tierras).

Los Exp. 191/09, de 29 de julio (industria química), 416/09, de 21 de enero de 2010 (consultora y estudio) y 321/10, de 20 de diciembre (movimiento de tierras), únicamente muestran la intención de la empresa de ofertar programas de formación a los trabajadores afectados por el ERE. El primero de ellos, el Exp. 191/09, de 29 de julio (industria química), dispone que la empresa iniciará las gestiones oportunas para dar formación a los trabajadores afectados por el ERE. El Exp. 416/09, de 21 de enero de 2010 (consultora y estudio), indica que la empresa se compromete a estudiar la posibilidad de contratar o subvencionar (total o parcialmente) planes de formación para el reciclaje profesional. Y el Exp. 321/10, de 20 de diciembre (movimiento de tierras), reserva estas acciones de reciclaje profesional para mejorar la empleabilidad de aquellos trabajadores que tengan perfiles profesionales de difícil cobertura en su sector de ocupación.

De otra parte, los Exp. 96/09, de 21 de mayo (fabricación de pintura) y 324/09, de 24 de agosto (fabricación de material eléctrico), reflejan los contenidos y la duración de las acciones de formación.

En el Exp. 96/09, de 21 de mayo (fabricación de pintura), se impartirá formación específica de asesoramiento para la búsqueda de empleo. La empresa asume el gasto de una jornada de formación, para los trabajadores que se inscriban voluntariamente en este programa, que tendrá seis horas de duración.

El Exp. 324/09, de 24 de agosto (fabricación de material eléctrico), dice las materias sobre las que versará la formación y la duración de los programas que pondrá en marcha la empresa, aunque no se puntualizan las personas que van a recibir esta formación ni tampoco cuándo se realizará ni durante cuánto tiempo. El ERE menciona estas alternativas formativas:

— Seminarios de recolocación que tendrán una duración de 25 horas para grupos de entre diez y quince personas.

— Programas para mejorar la empleabilidad, de ocho horas de duración.

— Consultoría individual, con estos servicios: apoyo emocional a las personas afectadas por el ERE, orientación para buscar em-

pleos alternativos, elaboración de currículum vitae o simulación de entrevistas.

— Reorientación de la vida profesional a través de consultoría.

Para contribuir a la continuidad del proyecto empresarial

Los Exp. 249/11, de 26 de julio (construcción) y 250/11, de 28 de julio (construcción), programan medidas de formación de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial. En ambos casos la formación se inserta en el marco de un proceso de movilidad funcional. Así, se dará formación a ciertos trabajadores para aumentar la flexibilidad productiva y la polivalencia de los trabajadores en puestos de trabajo para adaptar la ocupación y capacidad productiva a la demanda actual. La formación es pieza clave dentro del ERE ya que la formación permite un ajuste de recursos, y hace posible la ubicación de la plantilla en sectores estratégicos de la empresa, y que la plantilla de la empresa mantenga y mejore su propio nivel de empleabilidad, favoreciendo la motivación de las personas y una mayor garantía de empleo.

IV.1.3.6. Política de contratación. internalización de servicios

Como medida de acompañamiento a las extinciones de contratos de trabajo, algunos ERE consideran oportuno ordenar la política de contratación de la empresa. Se trata, en general, de restringir las futuras contrataciones, de prescindir del empleo temporal y, desde otra perspectiva, de evitar los contratos a través de empresas de trabajo temporal y de internalizar los servicios que hubieran sido subcontratados.

Entre otros, se ven medidas de este carácter en estos ERE: Exp. 59/09, de 31 de marzo (compra y venta de vehículos), Exp. 99/09, de 17 de abril (comercio de material eléctrico), Exp. 316/09, de 9 de octubre (servicios de seguridad), Exp. 338/11, de 5 de diciembre (fabricación aislamientos).

El Exp. 59/09, de 31 de marzo (compra y venta de vehículos), finaliza los contratos temporales para mantener el empleo fijo existente en la empresa.

El Exp. 99/09, de 17 de abril (comercio de material eléctrico), aporta dos medidas. Por un lado, el Exp. 99/09 manifiesta la intención de cancelar las contrataciones proyectadas por la empresa salvo que se trate de sustituir al personal que cause baja en la compañía, siempre que la baja no esté relacionada con el ERE. También se admite la posibilidad de hacer nuevas contrataciones si así lo exigen las circunstancias del mercado. En estos supuestos será necesario contar con el consenso de la comisión de seguimiento del ERE y, si bien no hay un compromiso expreso al respecto, se intentará proporcionar el puesto de trabajo a las personas que se hayan visto afectadas por las extinciones, aunque su antigüedad empezará a contar desde la nueva contratación. Por otro, acuerda no realizar contratos de trabajo a través de empresas de trabajo temporal pero admite el recurso a esta fórmula de contratación para sustituir a trabajadores que tengan bajas de larga duración que estén motivadas por alguna enfermedad, o para cubrir las vacantes que se produzcan por maternidades.

El Exp. 316/09, de 9 de octubre (servicios de seguridad), se compromete a no contratar a través de empresas de trabajo temporal y a no subcontratar la realización de las actividades de la empresa.

Para minimizar el impacto de las extinciones, el Exp. 338/11, de 5 de diciembre (fabricación aislamientos), establece que la empresa analizará las funciones no vinculadas a su actividad principal que son prestadas por terceras empresas, al objeto de su internalización para dar ocupación a los trabajadores afectados por las extinciones. Para la asignación de los puestos de trabajo se tendrá en cuenta la titulación, capacidad y adecuación de conocimientos al nuevo empleo. El comité de empresa intervendrá en la selección de trabajadores, para determinar estas capacidades. Si no hay acuerdo entre la empresa y la representación de la plantilla, la empresa decidirá en última instancia, informando de ello a los interesados y a la comisión de seguimiento. El Exp. 371/11, de 18 de noviembre (ingeniería civil), adelanta una reducción del 75% en las subcontrataciones. Dicha reducción se debe a la contratación de seis especialistas en áreas necesarias que no se han externalizado.

IV.1.3.7. *Medidas de contención salarial*

Con la idea de hacer posible la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial, algunos ERE plantean llevar cabo medidas de

contención salarial. Así: Exp. 35/09, de 3 de abril (instalaciones de gas), Exp. 59/09, de 31 de marzo (compra y venta de vehículos), Exp. 175/09, de 10 de junio (medios de comunicación) o Exp. 245/10, de 11 de noviembre (equipación de laboratorios).

El Exp. 59/09, de 31 de marzo (compra y venta de vehículos), sólo hace referencia a la contención salarial, pero no especifica cómo se materializará la misma.

El Exp. 175/09, de 10 de junio (medios de comunicación), concreta ciertos ajustes salariales que se manifiestan en una doble dirección: congelación de las revisiones salariales anuales y reducción de los salarios actuales.

En lo que incumbe a la revisión salarial, según refleja el Exp. 175/09, dejaría de aplicarse la revisión prevista para los años 2009 a 2011, tanto para los elementos que componen el salario como para los complementos extrasalariales¹⁹³. Esta decisión se compensa concediendo algunos días de vacaciones. En concreto se pacta un día de vacaciones para 2009 y dos días a partir de 2010.

El Exp. 175/09, de 10 de junio, parte de dos categorías: personas con un salario bruto entre 80.000 € y 99.999 € y trabajadores cuyo salario bruto supere los 100.000 €. Para los trabajadores con un salario bruto que va desde 80.000 € hasta 99.999 € se ordena un reducción del 2.5%, siempre que ello no suponga que el trabajador perciba un salario inferior a 80.000 € brutos. Los trabajadores con un salario bruto de más de 100.000 € experimentarán una rebaja salarial del 10%, teniendo en cuenta que el salario del trabajador no podrá ser inferior a 100.00 € brutos.

Al mismo tiempo, el Exp. 175/09 también explica cómo se llevará a cabo la recuperación de las condiciones salariales. Si en el año 2011 la empresa cierra con un beneficio neto de quince millones de euros o más, una vez deducidos los impuestos, los empleados verán ajustadas sus condiciones económicas. Además, también existe una gratificación extraordinaria de beneficios durante 2012, 2013 y 2014 que se hará efectiva si se alcanza un beneficio neto de treinta millones cada año. En este orden, si algún año no se obtiene dicho beneficio éste se acumula para el ejercicio siguiente, percibiendo la bonificación por cada tramo de treinta millones de euros. Es una

¹⁹³ La medida no afecta a los complementos especiales de algunas sociedades y tampoco a los tramos de antigüedad pactados.

gratificación extraordinaria de pago único no consolidable que se cuantificará de común acuerdo con la comisión de seguimiento del ERE. Se abonará en el mes siguiente a ser formuladas y aprobadas las cuentas anuales de la empresa.

En el Exp. 35/09, de 3 de abril (instalaciones de gas), durante los dos años siguientes a la aprobación del ERE la totalidad de la plantilla reducirá sus retribuciones salariales totales en un 4% bruto mensual, quedando excluidas del recorte citado las dietas y el kilometraje. Además, en función de la evolución de la empresa, a los doce meses del ERE, la comisión de seguimiento podrá disminuir el periodo de aplicación de esta medida.

El Exp. 245/10, de 11 de noviembre (equipación de laboratorios), reduce la retribución variable de administradores y socios.

IV.1.3.8. *Garantías de empleo*

Entre las medidas destinadas a hacer posible la continuidad del proyecto empresarial se encuentran las garantías de empleo, pues algunos ERE manifiestan que se mantendrán los empleos existentes en la empresa durante un determinado período de tiempo. Los plazos varían desde un año hasta cinco años.

Se alude a la garantía de empleo en estos ERE: Exp. 17/09, de 5 de marzo (equipamiento de hogar), Exp. 29/09, de 14 de mayo (fabricación de grifería), Exp. 319/10, de 23 de noviembre (comercio textil), 216/10, de 28 de octubre (servicios sociales) y Exp. 246/10, de 29 de octubre (transporte y mensajería).

Los Exp. 246/10, de 29 de octubre (transporte y mensajería) y 319/10, de 23 de noviembre (comercio textil), contienen una garantía de empleo de doce meses. El Exp. 246/10, se compromete a mantener el nivel de empleo de la empresa tras el ERE, salvo que aparezcan nuevas causas que pudieran justificar futuras extinciones. En tal caso, se garantiza la indemnización firmada en este momento, que asciende a veinticinco días de salario por año hasta doce meses. El Exp. 319/10, de 23 de noviembre (comercio textil), asegura doce meses de estabilidad para los trabajadores que permanezcan en el Grupo I.

En esta franja temporal se sitúa el Exp. 216/10, de 28 de octubre (servicios sociales), que renuncia expresamente a la realización de

despidos objetivos durante la vigencia de la comisión de seguimiento del ERE que estará activa un año y tres meses, desde el 30 de septiembre de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2012.

El Exp. 17/09, de 5 de marzo (equipamiento de hogar), dispone que durante los tres años siguientes a la firma del ERE la dirección se compromete a no extinguir ningún contrato por las causas de los artículos 40, 51 y 52 ET (traslados forzosos, despidos objetivos individuales y colectivos). De hacerlo, las indemnizaciones de este ERE tendrán «carácter mínimo». Es decir, que en las extinciones de contratos por las razones expuestas, y en el plazo citado, las indemnizaciones deberán partir de treinta y cinco días de salario, sin topes máximos mensuales, ya que esta es la indemnización que se ha acordado para los trabajadores afectados por el ERE en este momento.

El Exp. 29/09, de 14 de mayo (fabricación de grifería), no se obliga explícitamente a mantener el empleo existente pero se compromete a garantizar la viabilidad de la empresa durante cinco años tras el acuerdo de extinción. Si se promueve otro ERE, las indemnizaciones serán, al menos, las del Exp. 29/09 que alcanzan a cuarenta días por año trabajado hasta un máximo de treinta y tres mensualidades. Si se garantiza el empleo para uno de los cónyuges en caso de la extinción afecte a un matrimonio.

IV.1.3.9. *Ajustes del tiempo de trabajo*

El ajuste del tiempo de trabajo también figura entre las medidas de los ERE destinadas a la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. No es frecuente que los ERE extintivos contengan tales medidas, pues estas acciones se tramitan en los ERE de reducción jornada o a través de procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Por tanto, sólo puede nombrarse el Exp. 59/09, de 31 de marzo (compra y venta de vehículos), que afirma que para mantener el empleo de la empresa se reducirá la realización de las horas extraordinarias.

IV.1.3.10. *Medidas comerciales e industriales*

Tras la aprobación del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, algunos ERE incluyen medidas comerciales e industriales en el plan

de acompañamiento social. Por ejemplo: Exp. 249/11, de 26 de julio (construcción), Exp. 250/11, de 28 de julio (construcción)¹⁹⁴ y 371/11, de 18 de noviembre (ingeniería civil).

Los Exp. 249/11, de 26 julio (construcción) y 250/11, de 28 de julio (construcción), precisan dos medidas: un programa de expansión internacional de las empresas, porque la crisis actual limita las posibilidades del mercado nacional, y la adquisición de empresas en concurso de acreedores.

Para la expansión internacional de la compañía se piensa en el golfo pérsico y a tales efectos se ha formado a varios trabajadores de la empresa. En concreto se habla de formación en idiomas y en contabilidad.

La adquisición de empresas en concurso de acreedores, aumenta la producción de la empresa. Se garantiza a la administración la finalización de las obras y el cumplimiento de las obligaciones con los subcontratistas que realizan parte del trabajo.

El Exp. 371/11, de 18 de noviembre (ingeniería civil), incluye un plan estratégico de internacionalización de la empresa, ya que a la vista de la desaparición de la obra pública en España se hace necesario buscar mercados internacionales. Se ve prioritario el mercado latinoamericano, especialmente Colombia y Perú, y se hará de la mano del Plan de Iniciación de Promoción Exterior (PIPE), promovido por el Instituto Español de Comercio Exterior dependiente del Ministerio de Industria, que asume el 50% de los costes de viaje.

Los Exp. 249/11, de 26 de julio (construcción) y 250/11, de 28 de julio (construcción), también introducen medidas industriales que consisten en:

- Reducción de gastos generales negociando la mayoría de los contratos con los proveedores principales no de obra: luz, teléfono, alquiler de vehículos, etc.
- Reorganización del equipo directivo con la salida de un director y un jefe de departamento.

¹⁹⁴ Los Exp. 249/11 y 250/11 también introducen medidas financieras. Sobre este particular se señala que para conseguir financiación es necesario un plan de negocio que sea creíble para la banca. Este plan no debe contemplar que las sociedades tengan resultados negativos, para lo cual es imprescindible adecuar la estructura de costes a las nuevas previsiones de negocio.

IV.1.3.11. *Otras medidas sociales*

El ERE debe contemplar las medidas necesarias para atenuar las consecuencias de la extinción de los contratos de trabajo de las personas afectadas por el ERE. Este es el objeto del período de consultas, y tales medidas tenían que recogerse en el plan social que estaban obligadas a elaborar las empresas que ocupasen cincuenta o más trabajadores.

Los ERE atenúan los efectos de la extinción del contrato de trabajo con medidas económicas, en particular con indemnizaciones por terminación de la relación laboral que superan los límites legales y con otras indemnizaciones adicionales. Ciertos ERE también prevén medidas tendentes a facilitar la recolocación de los trabajadores, pero son muy escasos los ERE que van más allá de estas cuestiones. De hecho, sólo algunos ERE integran otras medidas sociales destinadas a paliar el alcance de la finalización del contrato de trabajo como son mantenimiento de los seguros concertados, uso de economato, adquisición de productos de la empresa, conservación de teléfono, conservación de créditos y anticipos o servicios gratuitos de gestión (Tabla 11).

Mantenimiento de seguros

Ciertos ERE ordenan que el trabajador afectado por la extinción puede mantener los seguros concertados para él por la empresa, durante un tiempo determinado. Entre ellos están estos ERE: Exp. 42/09, de 18 de marzo (edición de libros), Exp. 162/09, de 3 de agosto (fabricación de lácteos), Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones).

El Exp. 42/09, de 18 de marzo (edición de libros), dispone que los trabajadores mantienen el seguro médico y de vida por un período de tres meses (hasta 30 de junio de 2009).

El Exp. 162/09, de 3 de agosto (fabricación de lácteos), permite que el trabajador disfrute del seguro médico hasta que cause baja definitiva en la empresa.

Finalmente, en el caso del Exp. 263/10, de 16 de noviembre (telecomunicaciones), la empresa ofrece al trabajador la posibilidad de seguir disfrutando de la póliza de seguro médico que hubiera

suscrito la empresa, si bien deberá hacerse cargo de los gastos que origine tal aseguramiento a partir de ese momento.

Créditos y anticipos

El mantenimiento de las condiciones acordadas en la concesión de créditos y anticipos también forma parte de las medidas sociales de algunos de los ERE estudiados. En concreto, en ERE de empresas pertenecientes al sector financiero.

En el Exp. 258/10, de 10 de octubre (cajas de ahorro), el personal afectado por el ERE mantiene los préstamos, créditos y anticipos que hubiere solicitado antes de que se presentara el ERE.

El Exp. 327/10, de 10 de diciembre (cajas de ahorro), conserva las condiciones de los préstamos, créditos y anticipos de duración superior a un mes que hubiesen obtenido los trabajadores afectados por el ERE, derivados de su condición de empleados de la empresa.

Conservación de teléfono

El Exp. 86/09, de 18 de junio (alquiler de vehículos), permite que los trabajadores mantengan los teléfonos móviles de empresa, siempre que el número asignado a los mismos no sea corporativo. La empresa, por su parte, asegura que no conservará copia de la tarjeta del móvil.

Economato

El Exp. 60/09, de 26 de marzo (industria tabaquera), mantiene activo el uso del economato de la empresa para los trabajadores que se han visto afectados por el ERE.

Adquisición de productos de la empresa

En el Exp. 86/09, de 18 de junio (alquiler de vehículos), las personas afectadas por el ERE tendrán preferencia en la compra de vehículos disponibles para la venta en el stock de usados y no reservados.

En este contexto, en el Exp. 235/10, de 3 de noviembre (transporte aéreo), los trabajadores afectados por el ERE, que hayan extinguido su relación laboral con la empresa, podrán disfrutar gratuitamente de ciertos productos de la empresa. El ERE da unos plazos que varían en función de la antigüedad del trabajador afectado por el ERE. Así:

— Si el trabajador tiene una antigüedad en la empresa de hasta cinco años, podrá disfrutar de los productos de la empresa por un período de 6 meses.

— Si el trabajador tiene una antigüedad en la empresa de cinco a diez años, podrá disfrutar de los productos de la empresa por un período de 18 meses.

— Si el trabajador tiene una antigüedad en la empresa de más diez años, podrá disfrutar de los productos de la empresa por un período de 24 meses

Gestión administrativa

Algunos ERE se hacen cargo de los gastos de gestión y asesoramiento que pueden tener los representantes de los trabajadores o los propios trabajadores como consecuencia de la extinción de los contratos de trabajo. En algunos ERE no se imponen límites económicos mientras que en otros supuestos la empresa asume tales gastos hasta una cantidad determinada.

Entre los ERE que prescriben que la empresa correrá con los gastos de gestión de las prestaciones sociales a las que tuvieron derecho los trabajadores afectados por el ERE está el Exp. 155/09, de 16 de junio (ingeniería y telecomunicaciones), que tiene un servicio gratuito para gestionar dichas prestaciones sociales a los trabajadores que han extinguido su contrato de trabajo por el ERE.

También se hacen cargo del asesoramiento a los trabajadores en el proceso administrativo posterior al ERE los Exp. 439/09, de 15 enero 2010 (fabricación de cerveza) y 417/09, de 30 de noviembre (telecomunicaciones). El Exp. 310/10, de 23 de diciembre (alquiler de maquinaria), hace referencia al asesoramiento y defensa jurídica de los trabajadores afectados por el ERE.

En el Exp. 467/09, de 12 de enero de 2010 (productos de construcción), la empresa pondrá a disposición de los trabajadores afecto-

tados los servicios de una empresa consultora para que asesore a los mismos acerca del reparto de las rentas que se perciben como consecuencia del ERE en el programa de prejubilaciones.

En el Exp. 402/09, de 13 de noviembre (venta material de oficina), la empresa asume el coste del asesoramiento de la representación de la representación de los trabajadores.

Por otra parte, entre los ERE que asumen estos gastos hasta alcanzar una determinada cantidad económica se encuentran el Exp. 86/09, de 18 de junio (alquiler de vehículos) y el Exp. 447/09, de 3 febrero 2010 (publicidad). En el primero de ellos, el Exp. 86/09, de 18 de junio (alquiler de vehículos), la empresa abonará la factura por los servicios de asesoramiento laboral prestada a los trabajadores, hasta un importe de 7.500 €. En el Exp. 447/09, de 3 febrero de 2010 (publicidad), la empresa pagará por estos conceptos un máximo de 38.750 €.

RESUMEN MEDIDAS SOCIALES	
MEDIDAS SOCIALES	EXP.
Seguros	42/09
	162/09
	263/10
Créditos y anticipos	258/10
	327/10
Teléfono	86/09
Economato	60/09
Adquisición de productos	86/09
	235/10
Gestión administrativa	86/09
	155/0
	402/09
	417/09
	439/09
	447/09
	467/09
310/10	

Tabla 11. Resumen medidas sociales (expedientes extintivos).
(Elaboración propia).

IV.2. LA SUSPENSIÓN COLECTIVA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

REMEDIOS MENÉNDEZ CALVO

*Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social;
Universidad de Alcalá*

IV.2.1. Premisa legal y nuevo marco normativo

Desde 1994 ha sido recurrente la llamada de los agentes sociales al legislador para revisar y modificar el régimen legal de los expedientes de regulación de empleo¹⁹⁵. En el último bienio, se ha visto reformado el marco legal y reglamentario que rige los supuestos de extinción de contratos de trabajo por despido colectivo, suspensión temporal del empleo o reducción de la jornada laboral¹⁹⁶. En concreto, sobre la evolución normativa de los procesos de reestructuración de empresas, debe recordarse que la Ley 35/2010 da una nueva redacción al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET) e introduce también modificaciones en el artículo 47 en relación con las suspensiones temporales¹⁹⁷. Y, además, en cumplimiento de la Disposición Final 3ª de la Ley 35/2010, se ha aprobado un nuevo Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo que sustituye al Real Decreto 43/1996¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Al cierre de este Estudio se ha publicado el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11-02-2012). El alcance de esta enésima modificación de la normativa legal de referencia en materia de Expedientes de regulación de empleo, no se incorpora a esta Investigación. Sin perjuicio de ello, se hará mención al referido RD-L 3/2012 en cuestiones puntuales, de especial interés.

¹⁹⁶ BENAVIDES VICO, A., «Los expedientes de regulación de empleo y la modificación de la Ley 27/2009 tras la Ley 35/2010, de reforma del mercado de trabajo», Información Laboral (Reforma Laboral 2010), Lex Nova, www.reformalaboral2010.es, y MOLINA NAVARRETE, C., «El 'nuevo' procedimiento de 'regulación de empleo': ¿una vuelta de tuerca más en la liberalización del despido?», RTSS, CEF, núms. 341-342, pp. 53-98.

¹⁹⁷ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18-09-2011).

¹⁹⁸ El RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos, deroga al publicado en BOE de 20 de febrero de 1996. Se recomienda consultar el Dictamen del Consejo de Estado 389/2011 (Trabajo e

La nueva redacción que el legislador da en septiembre de 2010 al artículo 47 ET tiene bastante trascendencia en la medida que clarifica la delimitación de la figura de la suspensión temporal de la de la reducción de jornada¹⁹⁹. Así, para evitar la expulsión indeseada y prematura de los trabajadores del mercado de trabajo, se presenta una regulación legal renovada que hace de la suspensión colectiva de contratos de trabajo un instrumento alternativo de ajuste temporal del empleo ante coyunturas económicas adversas²⁰⁰ —teniendo presentes las experiencias de otros países europeos²⁰¹—. En el nuevo artículo 47 ET se especifica que el expediente se llevará a cabo, con independencia del número de trabajadores afectados por la suspen-

Inmigración), aprobado el 14 de abril de 2011, sobre el Proyecto del Reglamento actualmente vigente. Léase también SERRANO GARCÍA, J.M., «Primeras reflexiones en torno al Plan Social en el RD 801/2011, de 10 de junio», RL, 15-16/2011, pp. 107-120, y PUEBLA PINILLA, A., «Procedimientos de regulación de empleo: adaptaciones, ajustes e intervención de la Administración (Comentario al RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos)», RL, 18/2011, pp. 73-106.

¹⁹⁹ Sobre el anterior régimen legal, DESDENTADO BONETE, A., «Suspensión y extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; y por fuerza mayor (arts. 47 y 51)», en *El Estatuto de los Trabajadores, veinte años después*, REDT, Civitas, n° 100 (2), 2000, pp. 979-1008, CABEZA PEREIRO, J., «Expedientes de regulación de empleo suspensivos como herramienta de mantenimiento del empleo: propuestas y alternativas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 5, 2009, pp. 34-41 y CRUZ VILLALÓN, J., «Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma», en *Expedientes de regulación de empleo*, Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social (monografías), CARL, n° 99, 2009, pp. 21-54.

²⁰⁰ A través de la Ley 35/2010 se ha tratado de reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el ámbito de las relaciones de trabajo y, en concreto, las medidas de suspensión de los contratos, como herramienta para conservar el empleo durante los periodos de crisis económicas, minimizando la utilización de las extinciones laborales. Tuset del Pino, P. «Apuntes críticos en torno a la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, tras la aprobación de la ley de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo», *Lex Nova (Jurídico)*, www.portaljuridico.lexnova.es, y MOLINA NAVARRETE, C., «El 'nuevo' procedimiento de 'regulación de empleo'.....», op. cit., p. 92.

²⁰¹ Sin embargo, hay que puntualizar que las bonificaciones empresariales por mantenimiento de empleo y el derecho a la reposición de las prestaciones por desempleo que se incorporan en la Disposición Transitoria 2ª Del RD 801/2011 —previsto en el art. 9 y DT5ª de la Ley 35/2010—, distan mucho del alcance de protección garantizado por aquellas experiencias europeas. Luego se puede achacar al nuevo Reglamento la falta de auténticas que medidas incentivadoras para la aplicación de los expedientes suspensivos en detrimento de las decisiones extintivas.

sión (apdo. 1.a). El plazo de periodo de consultas será de 15 días —la mitad que el caso de los EREs extintivos de naturaleza colectiva (art. 51.4 ET)— y la documentación será «la estrictamente necesaria» (apdo. 1.b) —lo que resulta notablemente insuficiente²⁰²—. Y se hace mención expresa a que «la autorización de la medida no generará derecho a indemnización ninguna» (art. 47.1.d ET).

El ánimo substancial de la reforma reglamentaria está en el contenido del plan social de los EREs como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad²⁰³. Pero, además, el RD 801/2011 incluye una regulación completa y total del procedimiento administrativo de regulación de empleo en materia de suspensión de contratos. Al respecto, el Capítulo III del Título I del reglamento incluye el régimen jurídico de la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, así como las reglas específicas en materia de procedimiento, periodo de consultas, plan de acompañamiento social y finalización del procedimiento. Y el Capítulo IV se ocupa de la suspensión de las relaciones de trabajo por fuerza mayor.

Los artículos 21 y 22 del RD 801/2011 establecen el régimen jurídico y el procedimiento de la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Dispone el artículo 21.1 que el contrato de trabajo podrá suspenderse cuando concurren tales circunstancias si el cese de actividad que venía desarrollando el trabajador afecta a días completos, continuados y alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo. El alcance y duración de las medidas solicitadas para suspender los contratos se adecuarán a la situación coyuntural que se pretende superar (art. 21.3). Y en cuanto al procedimiento para suspender los contratos de trabajo en virtud de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el artículo 22.1 dispone *ex* artículo 47 ET que será el establecido en el artículo 51 ET, con las peculiaridades ya referidas en cuanto a los plazos y la documentación exigible²⁰⁴. Por último, decir que el RD 801/2011

²⁰² También podría entenderse (positivamente) como el ánimo de quien legisla para facilitar la realización de los informes aparejados a este procedimiento y, por consiguiente, para agilizar el propio proceso.

²⁰³ MOLINA NAVARRETE, C., «El 'nuevo' procedimiento de 'regulación de empleo'...», *op. cit.*, pp. 60-62. Sobre el anterior modelo (legal) de plan social, SERRANO GARCÍA, J.M., *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

²⁰⁴ El art. 6 Cuatro del Real Decreto 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes de reforma de la negociación colectiva (BOE 11-06-2011), modifica el art. 51.2

trata de promover el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores (afectados por la suspensión) cuyo objeto sea aumentar la polivalencia o incrementar su empleabilidad (art. 23)²⁰⁵.

En todo caso, sin perjuicio del interés (y necesidad) del anterior relato sobre la normativa de referencia —siempre cambiante, y sometida a continuas reformas subyugadas al propio cambio de los ciclos políticos y/o económicos—, debe recordarse al lector de este Estudio que, los Expedientes que componen la muestra seleccionada corresponden a los años 2009 y 2010²⁰⁶. Sólo en parte de éstos últimos es «obligatorio» aplicar la renovada legislación *ex* Ley 35/2010, y lo mismo ocurrirá con el RD 801/2011²⁰⁷. Respecto de las modificaciones realizadas en septiembre de 2010 sobre el artículo 47 ET, sabemos que son de aplicación a los expedientes de regulación temporal de empleo a partir del 18 de junio —fecha de la entrada en vigor del RD-L 10/2010²⁰⁸—, salvo en aquellos supuestos en que las partes negociadoras del ERE hayan acordado expresamente aplicar el nuevo régimen a aquellos que estuvieran en tramitación.

IV.2.2. Contenido material de los expedientes de regulación de empleo suspensivos

IV.2.2.1. Negociación y desarrollo del expediente

Como sabemos, en función del tipo de expediente que afecte a las personas, se puede diferenciar entre personas con una suspensión temporal del empleo, personas con reducción de jornada y personas con extinción de contrato. Ciñéndonos al primer supuesto, según

ET y dispone que en el período de consultas podrán intervenir como interlocutores ante la empresa, las secciones sindicales si son mayoría en los comités de empresa o entre los delegados de personal.

²⁰⁵ BARROS GARCÍA, M., «El nuevo reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos», *Lex Nova (Reforma Laboral)*, www.reformalaboral2010.es

²⁰⁶ Se han incorporado una docena más de Expedientes de 2011, de carácter suspensivo, para tratar de señalar las diferencias que, a la luz del nuevo modelo legal y reglamentario, son más destacables en la práctica.

²⁰⁷ Por ejemplo, ya se cita la Ley 35/2010 en el Exp. 284/2010, de 1 de diciembre.

²⁰⁸ Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 17-06-2010).

las **estadísticas oficiales**²⁰⁹, podemos facilitar el dato de que del total de expedientes correspondientes a 2009, un volumen importante se refiere a la suspensión temporal de contratos (13.318 de un total de 19.434). Y en 2010 los expedientes de suspensión laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción fue de 10.611; un 63% sobre el total. Según datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración observamos también que las personas afectadas por suspensiones temporales de empleo, ya habían aumentado su número entre los años 2004 y 2008 (de 28.582 a 104.841), y en el año 2009 se incrementaron más de un 400% respecto al año anterior, hasta alcanzar las 465.215. Las suspensiones de empleo han fluctuado de duración a lo largo del tiempo, así en el año 2004 se registra una duración media de 94 días por trabajador afectado, mientras que en el año 2007 esta cifra desciende hasta los 80 y en 2009 o 2010 vuelve a aumentar a los 118 y 162 días, respectivamente²¹⁰.

En cuanto al **período de consultas** con la representación del personal —una vez que se ha iniciado el procedimiento de regulación de empleo (suspensivo), simultáneamente, y antes de que la resolución administrativa, estimatoria o desestimatoria de aquella, finalice el proceso (art. 51.2 ET)²¹¹— se pueden dividir los expedientes estudiados en cuatro grandes grupos²¹² [Gráfico 1]; en caso de existir acuerdo, lo alcanza la dirección de la empresa o sus representantes con:

— La representación legal del personal (delegados, comité de empresa y comité intercentros)²¹³.

²⁰⁹ Fuente: Estadística de Regulación de Empleo (MTIN), en www.mtin.es/estadisticas. Los datos concretos sobre la muestra de Expedientes analizados en este Estudio se pueden consultar en el Anexo II del mismo.

²¹⁰ Un estudio precedente sobre el particular (estudio cuantitativo), ARAGÓN, J., ROCHA, F. y DE LA FUENTE, L., *Los planes sociales en los procesos de reestructuración de empresas en España*, MTIN y Fundación 1º Mayo, Madrid, 2010.

²¹¹ En ningún caso de los EREs de suspensión temporal que han sido consultados, se ha sustituido el periodo de consultas por el procedimiento de mediación y arbitraje de aplicación en el seno de la empresa (art. 51.4 ET).

²¹² Se han hallado expedientes en los que se combinan todos (o varios) de los supuestos aquí planteados. Por ejemplo, Exp. 11/2009, de 27 de febrero; Exp. 403/2009, de 12 de noviembre, Exp. 437/2009, de 4 de diciembre, Exp. 414/2009, de 14 de julio, Exp. 311/2010, de 24 de noviembre; Exp. 315/2010, de 20 de diciembre; Exp. 45/2009, de 30 de marzo; Exp. 160/2009, 18 de junio; Exp. 455/2009, de 27 de enero de 2010; Exp. 466/2009, de 17 de marzo; Exp. 272/2010, de 16 de noviembre; Exp. 280/2010, de 16 de noviembre;

²¹³ Exp. 4/2009, de 5 de febrero; Exp. 9/2009, de 27 de febrero; Exp. 11/2009, de 27 de febrero; Exp. 16/2009, de 18 de febrero; Exp. 22/2009, de 19 de febrero; Exp.

- La representación sindical (delegados y sección)²¹⁴.
- Un comité formado por personas de la plantilla que suplen la ausencia de representación del personal en la empresa según el modelo del vigente art. 41.4 ET u otra comisión *ad hoc*²¹⁵.
- Trabajadores y trabajadoras que no delegan su representación²¹⁶.

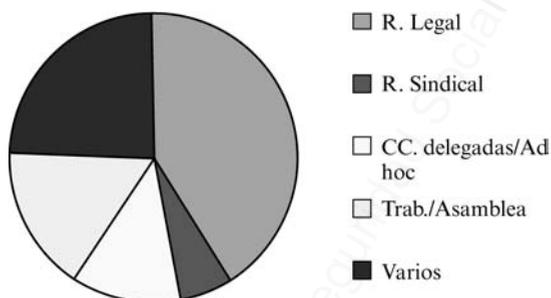


Gráfico 1. Periodo de consultas (órganos y/o personas legitimados/as).
Elaboración propia.

419/2009, de 23 de noviembre; Exp. 435/2009, de 3 de diciembre; Exp. 448/2009, de 13 de enero de 2011; Exp. 451/2009, de 15 de enero de 2010; Exp. 314/2010, de 23 de noviembre; Exp. 46/2009, de 11 de marzo; Exp. 89/2009, de 27 de marzo; Exp. 97/2009, de 14 de abril; Exp. 98/2009, de 11 de mayo; Exp. 103/2009, de 29 de abril; Exp. 129/2009, de 20 de mayo; Exp. 141/2009, de 30 de abril; Exp. 162/2009, de 3 de agosto; Exp. 186/2009, de 19 de junio; Exp. 243/2010, de 6 de octubre;

²¹⁴ Exp. 421/2009, de 24 de noviembre; Exp. 120/2009, de 4 de mayo; Exp. 191/2009, de 29 de julio.

²¹⁵ Exp. 6/2009, de 5 de febrero; Exp. 425/2009, de 28 de noviembre; Exp. 142/2009, de 8 de junio; Exp. 156/2009, de 2 de junio; Exp. 286/2010, de 3 de noviembre; Exp. 257/2010, de 29 de octubre. Sobre la participación de los trabajadores en el procedimiento de regulación de empleo en los supuestos de ausencia de representación, *vid.* ORCARAY REVIRIEGO, J.J., «Participación de los trabajadores en el expediente de regulación de empleo. La comisión para el periodo de consultas», *Revista Justicia Social (Lex Nova)*, n° 46, 2° Trimestre 2011 (año XI), pp. 101-125.

²¹⁶ En ciertos Informes de la Inspección de Trabajo que obran en la documentación de los EREs a los que se ha tenido acceso, así como en alguna de las resoluciones de la DGT consultadas de esos mismos Expedientes se manifiesta que el acuerdo individual (plural) de los trabajadores y las trabajadoras no se considera pacto colectivo a los efectos del art. 51 ET. Se dice que «sólo es un elemento de convicción», porque no hay representación del personal. Así, por ejemplo, Exp. 12/2009, de 18 de mayo; Exp. 446/2009, de 8 de enero de 2010; Exp. 450/2009, de 15 de enero de 2010; Exp. 429/2009, de 8 de enero de 2011; Exp. 453/2009, de 26 de enero de 2010; Exp. 317/2010, de 18 de noviembre; Exp. 255/2010, de 20 de octubre; Exp. 260/2010, de 16 de noviembre.

Para que el contrato de trabajo se suspenda a través de un expediente de regulación (temporal) de empleo habrá de concurrir alguna de las **causas** previstas en el artículo 45.1.j ET a iniciativa del empresario (art. 47.1 ET)²¹⁷, conforme al procedimiento previsto en el artículo 51 ET y la normativa reglamentaria. Así pues, a tenor de lo dispuesto en éste, la «situación coyuntural» podrá ser una situación económica negativa de la empresa o un supuesto en el que esté en juego la viabilidad de la empresa o el empleo en la misma²¹⁸.

En el caso de los EREs consultados, se observa que la causa alegada mayoritariamente es la producción seguida de motivos económicos y/u organizativos [Gráfico 2]. En cuanto a su justificación, por lo general, se argumenta la pérdida de ingresos debido a factores propios —de imposibilidad de expansión, procesos de fusión o absorción, etc.— o a la crisis financiera en el sector donde desarrollan su actividad (y a nivel internacional), y también se suele explicar, mayoritariamente, que lo que motiva el expediente de suspensión es la potencial mejora organizativa o productiva que garantice la continuidad de los contratos de trabajo. Y en varios de los EREs manejados existe un precedente de reestructuración empresarial, normalmente con un expediente suspensivo previo que parece resultar insuficiente para remontar la referida situación de crisis²¹⁹.

A este respecto, hay que hacer mención de algunos de los **Informes de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social** leídos (art. ET 51.3 ET y 12.2 RD 801/2011). Varios de los EREs suspensivos analizados incluyen un Informe de la Inspección que *desestima, niega o pone en duda* la existencia de la causa invocada; la empresa no logra demostrar fehacientemente el carácter coyuntural de la situación, ni de qué forma la medida propuesta podría contribuir a superar la

²¹⁷ Cfr. Art. 51.9 ET.

²¹⁸ Por todos, sobre el alcance de la situación económica de la empresa que lleva a cabo el Expediente de regulación de empleo (suspensivo), STS de 27 de febrero de 2008 (Rec. Núm. 105/2005) o STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2010 (Rec. Núm. 2414/2010).

Hay que advertir que, tras la entrada en vigor del RD-L 3/2012, se modifica el tenor del art. 47 ET, conforme a lo dispuesto en su art. 13 sobre «Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor», en relación con la existencia (y/o justificación) de las causas alegables para tramitar el Expediente suspensivo.

²¹⁹ Caso del Exp. 435/2009, de 3 de diciembre; Exp. 463/2009, de 1 de febrero de 2010; Exp. 467/2009, de 12 de enero de 2010; Exp. 216/2010, de 28 de octubre.

situación de dificultad en la que se encuentra²²⁰. Es oportuno señalar, al respecto, el Expediente 253/2011 de 18 de agosto de 2011 cuando en el apartado sobre «razonabilidad de la medida» la Inspección deja constancia de lo que sigue: «se considera, en orden a la coyunturalidad exigida por el art. 47.1.c ET y el art. 24 del RD 801/2011, de 10 de junio, que el plazo de suspensión acordado de 18 meses es excesivo, no justificándose tampoco el mismo de la documentación aportada. No obstante, la razonabilidad viene por el acuerdo alcanzado». Al hilo de esta apreciación, es oportuno comentar que, generalmente —cuando menos, en el caso de los negociados con acuerdo—, sin perjuicio de lo dictado por la Inspección de Trabajo, puesto que es «preceptivo», la Autoridad Laboral resuelve la autorización del expediente²²¹.

En cuanto a los expedientes de suspensión **por fuerza mayor** *ex* artículos 45.1.i y 47.3 ET —y su normativa concordante: art. 51.12 ET y arts. 25-27 RD 801/2011²²²— podemos comentar que hay un número más reducido de ejemplos dada la particularidad o especificidad de esta causa²²³. Sirvan como ejemplo, los Expedientes 327/2009, de 1 de septiembre; 269/2010, de 25 de octubre; y 270/2010, de 25 de octubre.

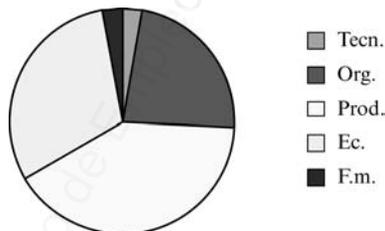


Gráfico 2. Causas (Expedientes suspensivos).
Elaboración propia.

²²⁰ Entre otros, Exp. 4/2009, de 5 de febrero; Exp. 45/2009, de 30 de marzo; Exp. 142/2009, de 8 de junio; Exp. 315/2010, de 20 de diciembre.

²²¹ Es digno de mención en este punto, comentar que el art. 13 del RD-L 3/2012, modifica el art. 47 ET, y suprime la necesidad de autorización por parte de la Autoridad Laboral, sometiéndose la finalización (y viabilidad) del procedimiento del Expediente de suspensión a la existencia de acuerdo entre la empresa y la representación de la plantilla afectada.

²²² La normativa de aplicación, una vez aprobado y publicado el RD-L 3/2012, que modifica la redacción del Estatuto de los Trabajadores sobre los expedientes de suspensión por fuerza mayor, será el actual art. 47.3 y el 51.7 ET.

²²³ Al respecto, por todos, STS de 24 de febrero de 1999 (Rec. Núm. 3536/1993), y STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de julio de 2003 (Rec. Núm. 2720/1997) o STSJ de Aragón de 3 de diciembre de 2010 (Rec. Núm. 565/2008).

El alcance de la decisión de suspender los contratos de trabajo se puede valorar en función de los **días** que dure la medida suspensiva, y el **sistema o método** de organización de la suspensión laboral del personal afectado. Esto es, cómputo de días por persona durante un periodo de tiempo, disponiendo un calendario de suspensiones (individual o por categorías y puestos). Por lo general, se solicita una suspensión de seis meses o un año por trabajador de manera continuada²²⁴ o se suspenden los contratos fraccionadamente con un periodo de carencia de doce meses²²⁵ o menos²²⁶. Y también son comunes los casos en que establece únicamente el plazo de suspensión sin especificar más²²⁷, o aquellos expedientes en los que los plazos de suspensión temporal es diferente según quién sea el personal afectado —en base a criterios como el centro de trabajo, puesto ocupado, u otros—²²⁸, así como las suspensiones de contratos «rotatorias» que afectan a diferentes trabajadores o trabajadoras en periodos sucesivos y encadenados²²⁹.

²²⁴ Un año (Exp. 311/2010, de 24 de noviembre; Exp. 191/2009, de 29 de julio; Exp. 97/2009, de 14 de abril); Exp. 272/2010, de 16 de noviembre) o seis meses (Exp. 317/2010, de 18 de noviembre; Exp. 129/2009, 20 de mayo; Exp. 33/2009, de 27 de febrero; Exp. 67/2009, de 12 de mayo; Exp. 270/2010, de 25 de octubre; Exp. 275/2010, de 22 de noviembre; Exp. 285/2010, de 5 de noviembre). El Exp. 98/2009, de 11 de mayo autoriza una suspensión de 12 meses ampliable por otros cuatro y el 429/2009, de 8 de enero de 2011 una suspensión parcial de nueve meses y medio. Asimismo, hay ejemplos de suspensiones de 3 meses (Exp. 12/2009, de 18 de mayo) y 240 días (Exp. 280/2010, de 16 de noviembre).

²²⁵ 120 días en un año (Exp. 403/2009, de 12 de noviembre; Exp. 446/2009, de 8 de enero de 2011; Exp. 414/2009, de 14 de julio; Exp. 453/2009, de 26 de enero de 2010), 110 días durante el periodo de un año (Exp. 419/2009, de 23 de noviembre), 180 días durante un año (Exp. 315/2010, de 20 de diciembre), máximo de 109 días en doce meses (Exp. 103/2009, de 29 de abril), 60 días en un año (Exp. 9/2009, de 11 de noviembre), 90 días en un año (Exp. 319/2009, de 22 de septiembre), y 2 días a la semana durante 1 año (Exp. 287/2010, de 10 de noviembre). El Exp. 45/2009, de 30 de marzo prevé la fórmula de no trabajar los viernes de meses pares durante un año.

²²⁶ 120 días durante 4 meses (Exp. 450/2009, de 15 de enero de 2010), 90 días en 6 meses (Exp. 4/2009, de 5 de febrero), o suspensión de 2 meses a aplicar en un periodo de 4 meses y medio (Exp. 284/2010, de 1 de diciembre).

²²⁷ Hasta 70 días (Exp. 421/2009, de 24 de noviembre), 58 días como máximo (Exp. 425/2009, de 28 de noviembre), 90 días laborales (Exp. 448/2009, de 13 de enero de 2011), 24 días (Exp. 39/2009, de 11 de marzo), ó 50 días (Exp. 6/2009, de 5 de febrero). En el caso del Exp. 314/2010, de 23 de noviembre se autoriza un periodo máximo de 80 días, sin que la suma de las suspensiones superen los 180 días.

²²⁸ Entre otros, Exp. 141/2009, de 30 de abril; Exp. 186/2009, de 19 de junio; Exp. 198/2009, de 31 de julio; Exp. 22/2009, de 19 de febrero; Exp. 455/2009, de 27 de enero; Exp. 22/2009, de 19 de febrero; Exp. 327/2009, de 1 de septiembre.

²²⁹ Por ejemplo, Exp. 11/2009, de 27 de febrero, 466/2009, de 17 de marzo y 437/2009, de 4 de diciembre.

Comentar, como ejemplo, que el Exp. 46/2009, de 11 de marzo prevé tres fases de la suspensión; en la primera tiene una duración de 90 días en 120, la segunda se prolonga a los 120 días, y la última a 180. En el Exp. 142/2009, de 8 de junio se pacta una suspensión rotatoria, durante 12 meses prorrogables a 6 más, durante un máximo de 144 días, y que no suponga más del 50% mensual²³⁰. En el caso del Exp. 451/2009, de 15 de enero de 2010 se autoriza la suspensión con un límite de 100 días, no pudiendo en ningún caso tener una duración ininterrumpida superior a dos semanas naturales en el plazo de un mes. Y en el caso del Exp. 160/2009, de 18 de junio se vincula la duración de la suspensión a la edad del personal afectado; nacidos antes o hasta 31/12/1953: 24 meses y posteriores a 31/12/1953: 120 días naturales.

Asimismo, el **número de personas afectadas** sobre el total de la plantilla también es significativo a la hora de evaluar la repercusión socio-laboral del expediente de regulación temporal de empleo. Hallamos varios EREs suspensivos que afectan a la totalidad de la plantilla²³¹ y algunos que casi alcanzan el total del personal de la empresa²³². En otros casos, sólo se facilita la cifra de personas a las que se dejará en suspenso laboralmente²³³. Y también hay supuestos

²³⁰ En similar sentido, Exp. 152/2009, de 12 de junio y 156/2009, de 2 de junio.

²³¹ En los Exp. 453/2009, de 26 de enero de 2010, 142/2009, de 8 de junio, 156/2009, de 2 de junio, 39/09, de 11 de marzo y 285/2010 de 5 de noviembre. Hay casos en que se combinan medidas suspensivas con otras extintivas o de reducción de jornada; el Exp. 448/2009, de 13 de enero de 2011, por ejemplo, dice dejar en suspenso los contratos de todo el personal, «con excepción de otros 54 trabajadores con quienes se extingue la relación laboral». El binomio suspensión-reducción se incrementa notablemente en los Expedientes del segundo semestre de 2011, como es el caso de los Expedientes 253/2011 de 18 de agosto, 255/2011 de 12 de agosto, 272/2011 de 25 de agosto, 286/2011 de 7 de septiembre, 290/2011 de 14 de septiembre, 320/2011 de 10 de noviembre, y 427/2011 de 20 de diciembre, entre otros.

²³² Entre otros, 33 suspensiones de un total de 34 (Exp. 319/2009, de 22 de septiembre), 23 puestos de trabajo de 30 (Exp. 152/2009, de 12 de junio), 299 trabajadores de una plantilla de 704 (Exp. 451/2009, de 15 de enero de 2010), 7 trabajadores de un total de 42 (Exp. 311/2010, de 24 de noviembre), 12 trabajadores de una plantilla de 139 (Exp. 315/2010, de 20 de diciembre), 269 trabajadores de 342 (Exp. 103/2009, de 29 de abril), 66 contratos de una plantilla de 328 (Exp. 160/2009, de 18 de junio), 427 personas de una plantilla de 564 (Exp. 198/2009, de 31 de julio), 97 trabajadores de una plantilla de 112 (Exp. 4/2009, de 5 de febrero), 10 trabajadores de una plantilla de 42 (Exp. 22/2009, de 19 de febrero), 21 suspensiones de un total de 29 (Exp. 327/2009, de 1 de septiembre), 23 contratos de 46 (Exp. 275/2010, de 22 de noviembre), 4 de una plantilla de 25 (Exp. 280/2010, de 16 de noviembre).

²³³ Por ejemplo, 69 trabajadores (Exp. 419/2009, de 23 de noviembre), 7 personas (Exp. 437/2009, de 4 de diciembre), 14 trabajadores (Exp. 429/2009, de 8 de

en los que se especifica la distribución de la plantilla afectada por centros de trabajo y/o Comunidades Autónomas, como medio para incidir en el superior calado o alcance de la medida suspensiva²³⁴.

Paradigmático es, por ejemplo, el caso del Exp. 186/2009, de 19 de junio, en que se autoriza la suspensión de 3.252 trabajadores de un total de 4.164, pertenecientes a cuatro centros de los doce que tiene la empresa, ubicados en tres provincias diferentes, de las once en las que tiene presencia, o el Exp. 287/2010, de 10 de noviembre en el que se aprueba la suspensión de 33 contratos de trabajo de las 36 personas de la plantilla, distribuidos en cuatro centros de trabajo de dos Comunidades Autónomas. Asimismo, es muy significativo el supuesto del Exp. 435/2009, de 3 de diciembre en el que se suspenden los contratos de 13 personas de una plantilla de 14 ó el Exp. 277/2010, de 19 de noviembre que afectará a 28 personas de las 29

enero de 2011), 337 trabajadores (Exp. 314/2010, de 23 de noviembre), 49 trabajadores (Exp. 129/2009, 20 de mayo), 12 trabajadores (Exp. 141/2009, de 30 de abril), 375 trabajadores (Exp. 191/2009, de 29 de julio), 78 trabajadores (Exp. 89/2009, de 27 de marzo), 70 trabajadores (Exp. 98/2009, de 11 de mayo), 11 personas (Exp. 455/2009, de 27 de enero), 218 trababajadores (Exp. 9/2009, de 11 de noviembre), 1954 trabajadores (Exp. 11/2009, de 27 de febrero), 13 contratos (Exp. 12/2009, de 18 de mayo), 24 trabajadores (Exp. 15/2009, de 17 de abril), 658 suspensiones (Exp. 16/2009, de 18 de febrero), 200 suspensiones (Exp. 59/2009, de 14 de julio), 33 contratos (Exp. 270/2010, de 25 de octubre), y 109 trabajadores (Exp. 272/2010, de 16 de noviembre).

²³⁴ Supuestos como los de, 82 trabajadores de 19 centros de trabajo ubicados en 11 Comunidades Autónomas (Exp. 403/2009, de 12 de noviembre), 386 trabajadores de 2 Comunidades Autónomas (Exp. 421/2009, de 24 de noviembre), 18 trabajadores de dos centros de trabajo de una plantilla de 27 (Exp. 425/2009, de 28 de noviembre), 75 trabajadores de una plantilla de 105 en tres Comunidades Autónomas (Exp. 446/2009, de 8 de enero de 2011), 7 trabajadores de tres centros de trabajo ubicados en tres Comunidades diferentes (Exp. 450/2009, de 15 de enero de 2010), 425 trabajadores de forma rotatoria, de 11 centros de trabajo (Exp. 414/2009, de 14 de julio), 4 personas de una plantilla de 23 repartidos en dos Comunidades Autónomas (Exp. 317/2010, de 18 de noviembre), 22 de un centro de trabajo y 2 de otro (Exp. 45/2009, de 30 de marzo), 10 trabajadores de dos centros de trabajo (Exp. 22/2009, de 19 de febrero), 7 personas de dos centros de trabajo (Exp. 33/2009, de 27 de febrero), 88 contratos de trabajo de dos centros (Exp. 97/2009, de 14 de abril), 75 trabajadores de siete centros de trabajo (Exp. 466/2009, de 17 de marzo), 15 trabajadores de dos centros de trabajo (Exp. 6/2009, de 5 de febrero), 412 trabajadores de varios centros de trabajo (Exp. 67/2009, de 12 de mayo), 71 contratos de trabajo de una plantilla de 122 trabajadores, afectando a ocho centros de trabajo de siete Comunidades Autónomas (Exp. 284/2010, de 1 de diciembre), y 57 trabajadores de una plantilla de 74, afectando a cuatro centros de trabajo (Exp. 286/2010, de 3 de noviembre).

que trabajan en la empresa. Y también puede negociarse un ERE suspensivo *mixto* (con diferentes etapas); así, el Exp. 46/2009, de 11 de marzo diferencia tres fases: en la primera afecta a 77 personas, en la segunda a 125, y por último a toda la plantilla.

IV.2.2.2. *Plan de acompañamiento social y otras medidas*

El plan social consiste en un conjunto de medidas que deben presentarse en la solicitud del expediente de regulación de empleo — ser negociadas posteriormente con la representación (legal) de los trabajadores—, con una doble finalidad: evitar o reducir el alcance del despido colectivo, y mitigar sus consecuencias para las personas que finalmente resulten afectadas²³⁵. Más allá de las medidas de acompañamiento requeridas por la normativa comunitaria²³⁶, en nuestro país el plan social se configura como una figura jurídica que —a pesar del escaso impacto que, con carácter general, hay tenido en el mercado laboral²³⁷— prevé la negociación de medidas de tipo monetario (indemnizaciones por despido o prejubilaciones, por ejemplo) y otras medidas alternativas o «paliativas» que faciliten el acceso al empleo de las personas despedidas (entre otras, recolocaciones, bolsas de empleo y formación)²³⁸.

A continuación se recopilan y comentan los planes sociales que acompañan a algunos de los expedientes de regulación de empleo (suspensivos) analizados, correspondientes al periodo 2009-2010, recordemos. A tenor de lo dispuesto en el artículo 47 ET, según su redacción hasta junio de 2010, con anterioridad a las reformas introducida por el RD-L 10/2010 (así como la Ley 35/2010) y el RD 801/2011, no existía una obligación de sumar medidas de este tipo en los expedientes suspensivos si no superaban el umbral de 50 trabajadores *ex*

²³⁵ ARAGÓN, J., ROCHA, F. y DE LA FUENTE, L., *Los planes sociales en los procesos de reestructuración de empresas en España*, CCNCC (MTIN), Madrid, 2010, pp. 11-12.

²³⁶ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE referente a la aproximación de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

²³⁷ SERRANO GARCÍA, J.M., «El plan social obligatorio para las reestructuraciones socialmente responsables», en *Expedientes de regulación de empleo*, Temas Laborales (Monografías), CARL, n° 99, 2009, pp. 216-220.

²³⁸ SERRANO GARCÍA, J.M., *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 216-230.

artículo 51 ET, a pesar de lo cual, en algunos casos, aunque no superen ese requisito numérico, las empresas y la representación del personal sí han negociado ciertas medidas para paliar los efectos negativos sobre las condiciones laborales de los trabajadores afectados²³⁹.

Veremos como, al igual que en el caso de los expedientes extintivos, el plan social se configura como un elemento de garantía para los trabajadores, puesto que reduce las consecuencias del expediente de regulación de empleo a través de una solución negociada del conflicto²⁴⁰. Y es obligado distinguir, a la vista del resultado del análisis de los expedientes consultados, entre planes sociales en sentido estricto y planes económicos²⁴¹. Así como advertir que el plan social (inicial) que presenta la empresa al incoar el expediente de regulación de empleo no siempre será igual que el plan social (final) que se pacte con la representación del personal y/o con los trabajadores y las trabajadoras de la empresa; el contenido material del plan puede verse modificado tras el periodo de consultas. También hablaremos, a veces, del plan de viabilidad empresarial que igualmente acompaña el proceso del expediente y que, en busca de la «viabilidad» de la empresa, también aporta estrategias empresariales (no negociadas) para mermar el impacto de las causas que motivaron aquel.

En cuanto al contenido de los denominados planes sociales localizados en los expedientes estudiados —no sujeto a límites legales, ni reglamentarios²⁴²— podemos destacar tres bloques temáticos de aquellos de naturaleza suspensiva (Gráfico 3):

²³⁹ Como se podrá ver a continuación, entre otros, Exp. 6/2009 de 5 de febrero, Exp. 11/2009 de 27 de febrero, Exp. 15/2009 de 17 de abril, Exp. 16/2009 de 18 de febrero, Exp. 103/2009 de 29 de abril, Exp. 129/2009 de 20 de mayo, Exp. 141/2009 de 30 de abril, Exp. 277/2010 de 19 de noviembre, Exp. 11/2009 de 27 de febrero, Exp. 97/2009 de 14 de abril, Exp. 466/2009 de 17 de marzo de 2010, Exp. 243/2010 de 6 de octubre, y Exp. 286/2010 de 3 de noviembre.

²⁴⁰ SERRANO GARCÍA, J.M., *El plan social en los despidos colectivos*, *op. cit.*, p. 77.

²⁴¹ SERRANO GARCÍA, J.M., «El plan social obligatorio para las reestructuraciones socialmente responsables», *op. cit.*, pp. 220-235.

²⁴² La normativa vigente no fija el contenido mínimo del plan social (*ex art. 51 ET*), sino que enumera alguna medida genérica (*numerus apertus*) para alcanzar los fines que le son propios. Es el caso de «las medidas adoptadas o previstas por la empresa para evitar o reducir los efectos de la regulación temporal de empleo y para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, así como la aplicación de las medidas adecuadas a la situación coyuntural que atraviesa la empresa» (art. 23 RD 801/2011).

- A) Medidas para evitar o reducir los efectos del Expediente
- B) Medidas para atenuar las consecuencias del Expediente
- C) Otras medidas

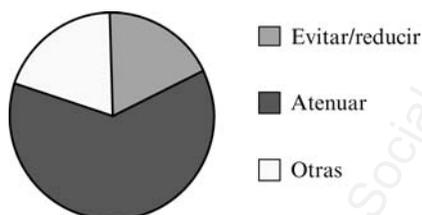


Gráfico 3. Tipología medidas de acompañamiento (Exp. suspensivos).
Elaboración propia.

Respecto al **primer grupo** [Gráfico 4], hay que destacar, entre otros, el Expediente 451/2009 de 15 de enero de 2010 que antes de solicitar el ERE suspensivo, cancela sus contratos de *outsourcing* con otras empresas, y su personal de plantilla se ocupa directamente del trabajo que se venía externalizando²⁴³, y el 314/2010 de 23 de noviembre que previamente a la solicitud del expediente reduce los turnos de fabricación. En el caso del Expediente 162/2009 de 3 de agosto se concede diez días a los trabajadores que pudieran verse afectados por el expediente suspensivo para optar por una movilidad geográfica (trabajar en otro centro de trabajo de la empresa)²⁴⁴ «si existen vacantes del perfil profesional del solicitante». Y el mismo Expediente 162/2009 también se acuerda sondear la existencia de posibles ofertas de empleo en empresas del mismo sector²⁴⁵.

También podemos citar las que limitan la posibilidad de realizar horas extraordinarias durante todo el período de duración del ERE²⁴⁶ o aquellas empresas que se comprometen a no trabajar a

²⁴³ Igualmente, Exp. 255/2010 de 20 de octubre, Exp. 403/2009 de 12 de noviembre y Exp. 414/2009 de 14 de julio de 2010.

²⁴⁴ También, Exp. 6/2009 de 5 de febrero.

²⁴⁵ Para facilitar la colocación de sus trabajadores en otras empresas del sector realizarán procesos de selección para el acceso a las mismas, y presentarán al Comité de Empresa un listado con los perfiles profesionales demandados al objeto de hacer posible su contratación final.

²⁴⁶ Exp. 98/2009 de 11 de mayo, Exp. 59/2009 de 14 de julio, Exp. 403/2009 de 12 de noviembre o Exp. 414/2009 de 14 de julio de 2010.

media jornada²⁴⁷. Y, más incidentalmente, casos en los que se negocia la posibilidad de que los trabajadores y las trabajadoras que deben suspender su contrato puedan extinguir el mismo con derecho a indemnización, como se ha visto en el Expediente 129/2009 de 20 de mayo²⁴⁸.

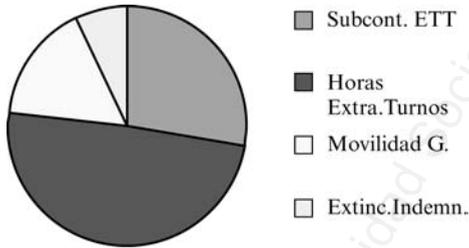


Gráfico 4. Medidas evitar/reducir (Exp. suspensivos).
Elaboración propia.

En cuanto a las **medidas paliativas** de los efectos del Expediente [Gráfico 5], son mayoritariamente las que prevén el derecho al disfrute de la totalidad de las vacaciones²⁴⁹, así como aquellas que mantienen el régimen de permisos y descansos recogidos en el Estatuto de los Trabajadores y/o en el convenio colectivo de aplicación, a pesar del cambio del régimen de ordenación del tiempo de trabajo²⁵⁰. Aunque también, hay que mencionar las de contenido económico que garantizan el cobro íntegro de las pagas extraordinarias²⁵¹.

²⁴⁷ Por ejemplo, Exp. 141/2009 de 30 de abril.

²⁴⁸ También en Exp. 162/2009 de 3 de agosto, Exp. 98/2009 de 11 de mayo, Exp. 414/2009 de 14 de julio de 2010 y Exp. 162/2009 de 3 de agosto.

²⁴⁹ Exp. 45/2009 de 30 de marzo, Exp. 46/2009 de 11 de marzo, Exp. 103/2009 de 29 de abril, Exp. 142/2009 de 8 de junio, Exp. 22/2009 de 19 de febrero, Exp. 156/2009 de 2 de junio, Exp. 186/2009 de 19 de junio, Exp. 11/2009 de 27 de febrero, Exp. 89/2009 de 27 de marzo, Exp. 466/2009 de 17 de marzo de 2010, Exp. 254/2010 de 2 de noviembre, Exp. 255/2010 de 20 de octubre, Exp. 262/2010 de 21 de octubre, Exp. 243/2010 de 6 de octubre, Exp. 11/2009 de 27 de febrero, Exp. 419/2009 de 23 de noviembre, Exp. 446/2009 de 8 de enero, Exp. 414/2009 de 14 de julio de 2010, Exp. 451/2009 de 15 de enero de 2010 o Exp. 314/2010 de 23 de noviembre.

²⁵⁰ Entre otros, Exp. 22/2009 de 19 de febrero y Exp. 255/2010 de 20 de octubre. En el Exp. 45/2009 de 30 de marzo se mantiene el derecho «a los puentes», por ejemplo.

²⁵¹ Exp. 45/2009 de 30 de marzo, Exp. 46/2009 de 11 de marzo, Exp. 103/2009 de 29 de abril, Exp. 142/2009 de 8 de junio, Exp. 22/2009 de 19 de febrero, Exp. 156/2009 de 2 de junio, Exp. 198/2009 de 31 de julio, Exp. 6/2009 de 5 de febrero,

En esta línea, el Expediente 6/2009 de 5 de febrero, para compensar las diferencias retributivas respecto a la situación previa, completa el **80% del salario** mensual percibido por los trabajadores durante el periodo de suspensión²⁵², el 46/2009 de 11 de marzo el **85%**²⁵³, el 156/2009 de 2 de junio el **90%**²⁵⁴, el 446/2009 de 8 de enero el **95%**, y el 319/2009 de 22 de septiembre el **100%**²⁵⁵. De manera similar, el Expediente 98/2009 de 11 de mayo acuerda conceder un «complemento a las prestaciones por desempleo» de 250 euros (lineales) en los primeros seis meses; en los restantes 350 euros, salvo quienes se hallen topadas en los máximos de la prestación, que seguirán percibiendo aquellos 250, así como un anticipo de 1.000 euros a partir de la acreditación de la situación legal de desempleo²⁵⁶, o el pacto

Exp. 9/2009 de 27 de febrero, Exp. 11/2009 de 27 de febrero, Exp. 22/2009 de 19 de febrero, Exp. 89/2009 de 27 de marzo, Exp. 466/2009 de 17 de marzo de 2010, Exp. 262/2010 de 21 de octubre, Exp. 11/2009 de 27 de febrero, Exp. 446/2009 de 8 de enero, Exp. 414/2009 de 14 de julio de 2010, Exp. 451/2009 de 15 de enero de 2010, Exp. 453/2009 de 26 de enero de 2010 o Exp. 314/2010 de 23 de noviembre. En el Exp. 98/2009 de 11 de mayo sólo se garantiza el pago del 50% de las pagas extraordinarias que se venían percibiendo.

²⁵² Entre otros, Exp. 11/2009 de 27 de febrero y Exp. 466/2009 de 17 de marzo de 2010. En el Exp. 421/2009 de 24 de noviembre se garantizan unas percepciones complementarias a las prestaciones de desempleo para que el nivel bruto de percepciones en cómputo anual sea del 80% durante los doce primeros meses y 82% para los siguientes.

²⁵³ Como también es el caso del Exp. 103/2009 de 29 de abril o Exp. 9/2009 de 27 de febrero.

²⁵⁴ También Exp. 89/2009 de 27 de marzo, Exp. 97/2009 de 14 de abril, Exp. 277/2010 de 19 de noviembre, Exp. 425/2009 de 28 de noviembre y Exp. 414/2009 de 14 de julio de 2010. Los Exps. 254/2010 de 2 de noviembre y 419/2009 de 23 de noviembre especifican el 92% «del salario bruto» y el Exp. 243/2010 de 6 de octubre el 92% «del salario neto».

²⁵⁵ En el Exp. 403/2009 de 12 de noviembre se fija un complemento de prestaciones por desempleo conforme a una escala en función del salario bruto del trabajador, cuyo porcentaje se verá incrementado para el caso de trabajadores afectados por anteriores expedientes suspensivos.

²⁵⁶ El Exp. 455/2009 de 27 de enero de 2010 establece un complemento lineal de 150 euros mensuales, idéntico para todos los afectados, de carácter indemnizatorio, que complemente las prestaciones por desempleo —no pudiendo superar, en total, el importe neto cobrado normalmente—, y la concesión, para quien lo solicite, de un anticipo mensual por idéntico importe a la prestación por desempleo, con un límite máximo del importe que resultaría de sumar la cantidad de la indemnización (más liquidación) en caso de extinguirse la relación laboral por causas económicas. También en el Exp. 315/2010 de 20 de diciembre se incluye un complemento de prestación de desempleo, con un importe máximo de 500 euros y con el límite del salario mensual, así como un anticipo (de la prestación de desempleo) por una

del Expediente 453/2009 de 26 de enero de 2010 en el que la empresa pone a disposición de los empleados un préstamo con nulo tipo de interés para cubrir el efecto de demora en la liquidación del desempleo. Más particular resulta el criterio económico del Expediente 257/2010 de 29 de octubre, al determinar que «si al final del año hay beneficios ser repartirá el 20% a los afectados por el expediente (suspensivo)»²⁵⁷.

Diferente es el supuesto del Expediente 262/2010 de 21 de octubre en el que se prevé una medida (económica) paliativa *ad futurum*, ya que se dispone que si la empresa amortiza los puestos de trabajo durante el tiempo de autorización de la suspensión debe indemnizar la empresa al trabajador con un 5% de la diferencia entre el salario real que percibía durante el período de suspensión del contrato si ésta no se hubiera producido, y la cantidad que percibiese en concepto de prestación de desempleo por el mismo período. O el caso del Expediente 252/2011 de 26 de julio que incorpora en su plan social un complemento económico equivalente a «la diferencia entre la prestación bruta por desempleo que cada trabajador venga percibiendo (equivalente al 70% de su base reguladora) y la que, como consecuencia de cumplir 180 días en situación de desempleo, pasen a percibir el 60%». Y en el caso del Expediente 286/2010 de 3 de noviembre la empresa también adquiere un *compromiso (difícilmente) previsible*; se compromete a compensar económicamente las percepciones de desempleo de los trabajadores con el contrato de trabajo en suspenso, añadiendo a la prestación la mitad de la diferencia del sueldo neto percibido con anterioridad a la autorización del ERE, «e intentando una vez que la empresa se recupere, pagarles la parte que resta hasta alcanzar el salario neto».

Es importante, a estos efectos, poder identificar en los Expedientes cómo se define tal «salario», que en ocasiones estará referido a la cuantía en bruto, y otras en neto. Además, en ambos supuestos,

cuantía mínima de 500 euros. Y el Exp. 448/2009 de 13 de enero de 2010 prevé la concesión por la empresa de anticipos por un importe correspondiente al 50% de la prestación por desempleo.

²⁵⁷ El Exp. 232/2010 de 5 de octubre también recoge un complemento que denomina «de empresa» —garantizado para las personas afectadas por el ERE suspensivo—, cuya escala económica dependerá de la facturación anual (de 2011): 15 millones de Euros, 5% de complemento; 16 mill., 10%; 17 mill., 15%; 18 mill., 20%; 19 mill., 25%; y 20 mill., 30%. Y en el Exp. 414/2009 de 14 de julio de 2010 se garantiza la percepción total del Bonus anual.

también se hallan EREs que especifican qué conceptos retributivos se incluyen en el cálculo de dicha indemnización y otros, en la mayoría de los casos, que nos hablan únicamente del salario (base)²⁵⁸.

En el **primer grupo (sobre importe bruto)** se encuadra, por ejemplo, el Expediente 191/2009 de 29 de julio que fija la cuantía del complemento a la prestación por desempleo en un 72% del salario bruto mensual, entendiendo por tal el «salario mensual fijo más los complementos de puesto de trabajo de devengo fijo mensual», el Expediente 103/2009 de 29 de abril que fija su importe en un 85% detallando, con mayor precisión, que conceptos retributivos incluye tal salario bruto²⁵⁹, el Expediente 11/2009 de 27 de febrero habla de un complemento que alcance el 80% del salario bruto²⁶⁰, para lo que se tomará como referencia «el promedio del salario durante los doce meses del año 2008» y excluyen «las cantidades correspondientes a pagas extras, premios y horas extraordinarias del periodo indicado», el Expediente 89/2009 de 27 de marzo eleva la cuantía al 90%²⁶¹ computando «todos los conceptos retributivos, con excepción de los pluses de nocturnidad, turno de tarde, tóxicos, penosos, peligrosos y transporte»²⁶², el Expediente 254/2010 de 2 de noviembre acuerda un complemento de hasta el 92% del salario bruto y se excluyen «los conceptos extrasalariales y el plus transporte»²⁶³, y el Expediente 319/2009 de 22 de septiembre complementa la prestación de desempleo hasta un 100% (del salario bruto). Por su parte, el Expediente 421/2009 de 24 de noviembre pacta un complemento para alcanzar el 80% del salario bruto en el primer año de suspensión de los

²⁵⁸ Entre otros, Exp. 9/2009 de 27 de febrero.

²⁵⁹ Salario base; desvinculación; complemento de puesto; complemento de máquina; plus personal, nocturno, complemento nocturnidad, ex jefe de equipo, tóxico, ex tóxico, prolongación jornada fijo, y plus transporte; promedio de los 6 meses anteriores a la suspensión de primas de producción, incentivos no referenciados a objetivos. Se excluyen expresamente «las guardias e incentivos referenciados a objetivos».

²⁶⁰ Los Exps. 466/2009 de 17 de marzo de 2010 y 11/2009 de 27 de Febrero fijan también un 80%.

²⁶¹ Como también hacen los Exps. 277/2010 de 19 de noviembre y 425/2009 de 28 de noviembre.

²⁶² En el caso del Exp. 97/2009 de 14 de abril el porcentaje del complemento es el mismo, y se hace constar la exclusión para el cálculo de «otros conceptos retributivos extrasalariales, pagas extraordinarias u otros conceptos retributivos de devengo superior al mes y/o de pago anual».

²⁶³ En el Exp. 419/2009 de 23 de noviembre el porcentaje es el mismo, y se excluyen «los conceptos extrasalariales, dietas y plus de transporte».

contratos y hasta el 82% en los meses restantes durante los que se prolongue la medida suspensiva, computando para el cálculo «los complementos ligados al desempeño del puesto de trabajo».

Por su parte, los EREs que negocian el **complemento de la prestación por desempleo hasta alcanzar el «salario neto»** de las personas afectadas por la suspensión lo hacen en los siguientes términos. Por ejemplo, en el Expediente 243/2010 de 6 de octubre la empresa se compromete a completar hasta el 92% «incluidos los complementos retributivos de carácter fijo y la parte proporcional de las pagas extraordinarias». El Expediente 446/2009 de 8 de enero de 2010 fija el complemento de la prestación en el importe para alcanzar el 95%, «tomando en cuenta el salario neto percibido en los últimos seis meses anteriores a la aprobación del expediente de regulación de empleo». Y el Expediente 414/2009 de 14 de julio de 2010 asegura un complemento que junto a la prestación de desempleo garantice el 90% del salario (neto mensual) hallando el promedio de los seis meses anteriores a la medida suspensiva, excluyendo «horas extraordinarias y *bonus* anuales». Es inusual, como ya se apuntaba anteriormente, el acuerdo que hallamos en el Expediente 286/2010 de 3 de noviembre por el que alcanza el compromiso de la empresa a «añadir al desempleo la mitad de la diferencia del sueldo neto percibido con anterioridad e intentar, una vez que la empresa se recupere, pagar la parte que resta hasta alcanzar el salario neto».

Otra posible fórmula de cálculo, en relación con el complemento salarial (sobre la prestación por desempleo), es la que se acuerda en el Expediente 347/2011 de 20 de diciembre, que incrementa el porcentaje a aplicar en función del salario percibido en cómputo anual, y a partir de cierto importe se pacta una cuantía fija. Así, dice:

- A) Salarios entre 0 y 30.000 €: 65% (no podrá superar 300 € brutos mensuales).
- B) Salarios entre 30.001 y 50.000 €: 65% (con un tope de 600 €).
- C) Salarios entre 50.001 y 75.000 €: 1.000 € brutos.
- D) Salarios entre 75.001 y 100.000 €: 1.200 € brutos.
- E) Salarios de 100.001 y más: 1.500€ brutos.

Hay que referir también, supuestos como el del Expediente 97/2009 de 14 de abril en el que se suscribe una cláusula de «rescate del personal» consistente en requerir la reincorporación (temporal o definitiva) de los trabajadores afectados por la suspensión «si hay necesidades productivas de la empresa», comunicándoselo a la per-

sona que corresponda con cinco días de antelación²⁶⁴. En el Expediente 255/2010 de 20 de octubre la empresa autoriza la realización de cualquier actividad por cuenta propia o ajena durante el período de suspensión²⁶⁵. Y, asimismo, se puede ver alguna cláusula con el compromiso de realizar alguna acción de formación profesional, como en el Expediente 16/2009 de 18 de febrero, si bien es verdad que, en la totalidad de los ejemplos, no se desarrolla o precisa el diseño de tal plan formativo²⁶⁶.

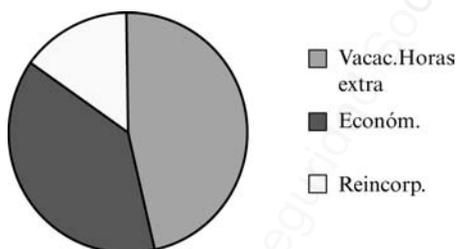


Gráfico 5. Medidas paliativas (Exp. suspensivos).
Elaboración propia.

En **tercer lugar**, debemos comentar la existencia de ciertas estrategias que se suman al Expediente con el fin de controlar su cumplimiento, como, por ejemplo, los derechos específicos de vigilancia y supervisión (de lo pactado) que se atribuye a la representación del personal en la empresa; información mensual de la evolución de las secciones de la empresa, reuniones periódicas para seguir las medidas y garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo, o reuniones para organizar los turnos de suspensión y que no afecten a los colectivos de trabajadores excluidos del ERE²⁶⁷. En el Expediente

²⁶⁴ Casos similares, Exp. 255/2010 de 20 de octubre y Exp. 256/2010 de 21 de octubre, con reincorporaciones de carácter temporal (7 días) y el requerimiento de un preaviso de 15 días. En el Exp. 262/2010 de 21 de octubre se prevé una relocalización «en turno rotativo» avisando a los trabajadores 24 horas antes de su reincorporación. Otros, Exp. 448/2009 de 13 de enero de 2010 y Exp. 450/2009 de 15 de enero de 2010.

²⁶⁵ No se considera concurrencia desleal, con excepción de los puestos comerciales para empresas del mismo sector.

²⁶⁶ Otros, Exp. 257/2010 de 29 de octubre, Exp. 15/2009 de 17 de abril o Exp. 315/2010 de 20 de diciembre.

²⁶⁷ Exp. 46/2009 de 11 de marzo. En el Exp. 98/2009 de 11 de mayo se comprometen a que no desaparezca ninguno de los Departamentos de la empresa (pre-existentes al ERE). Otros expedientes en los que se requiere la «intervención» de la

455/2009 de 27 de enero de 2010, se pacta no llevar a cabo despidos tras las suspensiones —dice «excepto por motivos disciplinarios», como es obvio— y, además, se acuerda que de producirse nuevas contrataciones de personal, estas serán tratadas en la Comisión de Seguimiento del expediente²⁶⁸. Y, en similares términos, en el Expediente 156/2009 de 2 de junio se comprometen a mantener el empleo de todas las personas afectadas por el expediente durante un año con posterioridad a la finalización de la suspensión autorizada, como medida conducente a mantener el empleo y a garantizar la estabilidad laboral²⁶⁹.

Por último, en este tercer bloque, nos referiremos a aquellas acciones empresariales más genéricas —normalmente ubicadas en el plan social «inicial» o en los planes de viabilidad— que se incluyen en los Expedientes para evitarlos, como es el caso de los intentos por «ampliar el mercado» (incluir nuevos productos o servicios, se reducen costes para ser más competitivos, ampliar facturación, etc.)²⁷⁰, la redistribución o reasignación funcional del personal (polivalencia)²⁷¹ y las reducciones salariales²⁷². En el caso del Expediente 255/2010 de 20 de octubre la empresa acuerdan dejar naves alqui-

representación del personal, en similares términos, Exp. 89/2009 de 27 de marzo, Exp. 254/2010 de 2 de noviembre y Exp. 419/2009 de 23 de noviembre.

²⁶⁸ Véase también, Exp. 272/2010 de 16 de noviembre, Exp. 129/2009 de 20 de mayo o Exp. 97/2009 de 14 de abril. Atribuyen expresamente, igualmente, funciones a la Comisión de seguimiento del expediente, Exp. 156/2009 de 2 de junio, Exp. 160/2009 de 18 de junio, Exp. 186/2009 de 19 de junio, Exp. 9/2009 de 27 de febrero, Exp. 11/2009 de 27 de febrero, Exp. 89/2009 de 27 de marzo, Exp. 255/2010 de 20 de octubre, Exp. 243/2010 de 6 de octubre, Exp. 414/2009 de 14 de julio de 2010, Exp. 451/2009 de 15 de enero de 2010, Exp. 315/2010 de 20 de diciembre y Exp. 314/2010 de 23 de noviembre.

²⁶⁹ En idénticos términos, Exp. 160/2009 de 18 de junio. En el Exp. 257/2010 de 29 de octubre pactan que, de continuar las pérdidas y las suspensiones, «estas (las suspensiones) serán prioritariamente las de Dirección».

²⁷⁰ Caso del Exp. 120/2009 de 4 de mayo. En similar sentido, Exp. 162/2009 de 3 de agosto, Exp. 455/2009 de 27 de enero de 2010, Exp. 257/2010 de 29 de octubre, Exp. 67/2009 de 12 de mayo, Exp. 419/2009 de 23 de noviembre, Exp. 429/2009 de 8 de enero de 2010, Exp. 311/2010 de 24 de noviembre y Exp. 414/2009 de 14 de julio de 2010.

²⁷¹ Entre otros, Exp. 22/2009 de 19 de febrero o Exp. 191/2009 de 29 de julio.

²⁷² Rebaja salarial que se aplica, en el caso del Exp. 142/2009 de 8 de junio, al personal fijo. Otros supuestos similares, Exp. 59/2009 de 14 de julio y Exp. 435/2009 de 3 de diciembre.

ladas y trasladarse a otros espacios en propiedad, y que el personal directivo no comercial no disponga de coche de empresa²⁷³.

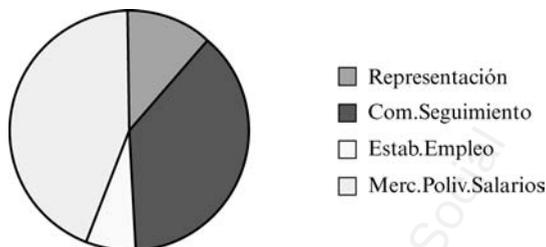


Gráfico 6. Otras medidas (Exp. suspensivos).
Elaboración propia.

En el caso particular de los expedientes suspensivos del año 2011, tramitados con posterioridad a la reforma legal laboral de junio de 2011 —para los que el vigente artículo 47 ET sí establece ya la obligación de presentar un plan social conforme a lo previsto en el artículo 51, sin exigir un número mínimo de personas afectadas—, se han buscado las *nuevas* medidas tendentes a promover las acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados por la suspensión «cuyo objeto sea aumentar la polivalencia o incrementar su empleabilidad» (art. 23 RD 801/2011).

En tal sentido, podemos destacar el contenido del Expediente 392/2011 de 5 de diciembre de 2011 que describe a lo largo de siete páginas un Plan formativo con cursos sobre «administración y oficina, «Comercial», «Derecho», «Diseño Cad-multimedia», «Diseño Web-internet», «Gestión medioambiental», «Habilidades directivas», «Idiomas», «Informática», «Office-Sistemas operativos: Windows-Linux», «Metal», «Prevención de riesgos laborales». Como declaración de principios, se dice al respecto que «se pretende impulsar la formación dentro de la plantilla, seleccionando diferentes cursos en función de los puestos de trabajo que se des-

²⁷³ En el Exp. 257/2010 de 29 de octubre, por ejemplo, la empresa decide disminuir el número de plazas de garaje alquiladas, acuerda renegociar los contratos de asesoría con despachos de abogados, así como renegociar las líneas de crédito con entidades financieras. Y en los Exps. 59/2009 de 14 de julio y 425/2009 de 28 de noviembre, se revisan las condiciones con proveedores y se controlan los gastos de viaje y gastos de representación. Otros similares, Exp. 451/2009 de 15 de enero de 2010 y Exp. 314/2010 de 23 de noviembre.

empeñan, orientando cada proceso formativo e incrementando la capacitación de los empleados que facilite el desempeño de su función». Y, en concreto, explicita que «la selección de los cursos de realizará de manera coordinada con la dirección de la empresa y éstos se realizarán en horas de trabajo» y que los mencionados cursos «serán impartidos por empresas especializadas y autorizadas en dicha materia».

Otros expedientes, con acuerdos sobre formación *más modestos*, pactan compromisos *ad futurum*, en aras de cumplir con los requisitos exigibles legalmente, pero no se concretan las acciones formativas²⁷⁴. Por ejemplo, el Expediente 264/2011 de 29 de julio de 2011 recoge como acuerdo en su plan social que «la compañía analizará qué acciones formativas destinadas a los trabajadores afectados se pueden implantar, teniendo en cuenta la propia situación económica de la empresa. En este sentido, se convocará a los miembros de esta Comisión (*ad hoc*) para informar sobre el contenido y planes de formación que se llevaría cabo próximamente» y, siguiendo la redacción legal, se puede leer que «concretamente, las medidas de formación tendrán necesariamente como objetivo aumentar la polivalencia e incrementar la empleabilidad de los trabajadores afectado». Se deja constancia, además, de la obligación de informar de todo ello a la representación del personal en la gestación del expediente (comisión negociadora *ad hoc* del ERE).

Y en el caso del Expediente 246/2011 de 26 de julio resulta inapropiado su contenido sobre la cuestión que nos ocupa, puesto que informa, muy brevemente, de la existencia de un Plan de formación que, según se dice, «recoge las necesidades formativas de su personal y que afecta a todos los sectores: fabricación, mantenimiento, calidad y compras, administración, ventas y otros servicios de apoyo» y se hace una declaración de intenciones de continuar con el desarrollo de acciones formativas similares durante el periodo de aplicación del ERE suspensivo, pero sin apuntar ninguna acción concreta.

²⁷⁴ Así es, entre otros, en el Exp. 374/2011 de 20 de diciembre, en cuyo plan social consta un apartado sobre «Realización de cursos de formación», en el que se incluye el compromiso empresarial a facilitar la formación, en estos términos: «La empresa está absolutamente dispuesta a escuchar a todos los trabajadores que finalmente quedaran vinculados por la suspensión para realizar, durante el periodo de suspensión, los cursos de formación que se consideraran relevante para el objeto de la actividad de la compañía y la orientación de la oferta que está llevando a cabo la misma».

También hay que subrayar el insuficiente contenido del Expediente 253/2011 sobre formación del personal afectado por la suspensión. Se puede leer en el Informe de la Inspección requerido por la Autoridad Laboral que «no se ha incluido ninguna medida que favorezca la formación» y que «sólo se anuncia que se va a establecer un Plan formativo de los trabajadores, no habiéndose concretado (a fecha de redacción del informe de la inspección) ninguna medida». Y algún otro expediente no incluye el Plan Social —a pesar de citarlo en el listado de documentación anexa a la solicitud del ERE— y, por ende, tampoco aporta nada sobre las acciones formativas a que hace referencia el RD 801/2011²⁷⁵, vigente hasta la fecha²⁷⁶.

IV.2.3. Valoración. A modo de conclusiones

Se advierte un incremento de los expedientes de regulación de empleo suspensivos en 2009 respecto de los extintivos, pero también se ha podido comprobar que algunos de los expedientes autorizados en 2010 (de naturaleza extintiva), son *continuidad* de otros de suspensión. Lo cual hace intuir que, si el ánimo o finalidad de los ERE suspensivos es evitar la extinción de los contratos de trabajo, no puede ser garantizada la utilidad o éxito de estos expedientes de regulación de empleo *temporales* en el actual contexto de crisis financiera y de empleo épica en nuestro sistema de relaciones laborales.

No es tarea fácil hacer una tipología de los expedientes suspensivos, dada la gran heterogeneidad de los ERE estudiados. Es difícil elevar a categorías los expedientes consultados, pero sí se pueden apuntar ciertas tendencias:

- A) Desde el punto de vista de las causas que motivan a la empresa a solicitar el expediente son mayoritarias las orga-

²⁷⁵ Exps. 247/2011 de 19 de agosto, 261/2011 de 11 de agosto, y 265/2011 de 18 de agosto de 2011. Otros, a pesar de incluir plan de acompañamiento social no pactan ninguna medida formativa, como ocurre en los Exps. 248/2011 de 17 de agosto, 252/2011 de 26 de julio, o 255/2011 de 12 de agosto.

²⁷⁶ La Disposición final decimoquinta del RD-L 3/2012 faculta al Gobierno para aprobar —en el plazo de un mes desde su entrada en vigor— un nuevo Reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada, que desarrolle las últimas modificaciones legales, con especial atención, entre otras materias, a las «medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario».

nizativas y de producción. La suspensión temporal de los contratos de trabajo es una medida que ayuda a gestionar la producción y reestructurar la organización empresarial, que resultará menos traumática que la extinción de la relación laboral. En los expedientes se ha podido observar que la justificación de la empresa de las pérdidas económicas o de las deudas adquiridas suele llevar aparejada la necesidad de extinguir contratos, mientras que las suspensiones facilitan la mera reorganización de recursos humanos y, a la vez, reducir costes y ampliar mercado (a medio o corto plazo).

- B) En relación con la negociación durante el procedimiento del expediente, se han visto múltiples fórmulas de representación del personal y diferentes mecanismos de participación de las personas que forman parte de la plantilla afectada por el expediente, lo que no hace posible hablar de un único modelo, ni de uno prioritario.

Y, en esta línea, llama la atención la directa relación entre la aprobación del ERE en la empresa —a través del acuerdo de la representación de las empresas, del personal y/o de los trabajadores y las trabajadoras— y la autorización del mismo por parte de la Autoridad Laboral. A pesar de las posibles disfunciones que halla (y señala), a veces, la Inspección de Trabajo sobre las causas alegadas por la empresa y las medidas adoptadas, por lo general, se observa que los expedientes en los que se logra suscribir un acuerdo, son autorizados por la Administración.

- C) Respecto al modo de gestionar la suspensión laboral se han manejado las variables de número de días de suspensión, método de ejecución de las suspensiones, y número de personas afectadas (según categoría profesional y/o centros de trabajo). Como pauta general, se puede hablar de un sistema de suspensiones *preciso*, ya que normalmente se acompaña el listado de personas afectadas y el calendario concreto de suspensiones.

Pese a ello, se han advertido casos paradigmáticos —condición que se les atribuye dado que tienen una mayor repercusión socio-laboral del expediente de regulación temporal de empleo, cuantitativa y cualitativamente—, que así se han señalado, que recogen procedimientos particulares de

organización de las suspensiones laborales. En tal sentido, cabe destacar aquellos ERE que afectan a la totalidad de las plantillas y, en su caso, a todos los centros de trabajo de la empresa que plantea el expediente de diferentes Comunidades Autónomas, así como los supuestos en que se acuerda un plan de suspensiones *mixto* (progresivo).

- D) En cuanto a las acciones o estrategias que acompañan al expediente *temporal* se ha detectado que, mayoritariamente, se encuentran en los planes sociales que hemos llamado iniciales —esto es, la versión inicial presentada por la empresa, previa a la negociación (colectiva)—, así como en los planes de viabilidad empresarial. Lo cierto y verdad es que, como ya se ha explicado, gran parte de los ERE analizados corresponden a los años 2009 y 2010, presentados y autorizados con anterioridad a las últimas reformas laborales que inciden, en especial, en la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo y en nuestro modelo de negociación colectiva. Pese a ello, la presencia de planes sociales que acompañan a los expedientes suspensivos es escasa, y de aquellos que se han podido cotejar se puede decir que su contenido material es todavía insuficiente. Sí se puede decir, a pesar de tal valoración, como tendencia general, que priman las medidas paliativas del expediente en detrimento de las evitadoras y, en especial, las de contenido económico que suplen la pérdida retributiva motivada por la suspensión del contrato —esto es, por la consiguiente percepción de la prestación de desempleo—.

Con carácter general, a la vista de los expedientes de naturaleza suspensiva *temporal* que se han podido consultar de los años 2009 y 2010, podríamos hablar todavía de un escaso contenido de los planes sociales. A pesar del claro empeño del legislador español por promover el plan social que acompañe a los ERE y fomentar su contenido material —no sólo con medidas evitadoras o alternativas al propio expediente, sino con acciones que atenúen o palien sus consecuencias y efectos— el resultado cuantitativo y cualitativo de este análisis constata que aún está pendiente una reforma *de facto* en la dinámica negociada entre empresarios y trabajadores que vaya más allá del pacto sobre las condiciones económicas del acuerdo. Habría que apostar, pues, por la mejora de las medidas de acompañamiento y, además, por los instrumentos de control del plan social

y las estrategias para lograr el cumplimiento de ese plan y de todas aquellas otras medidas que se incluyen en el expediente con idéntica finalidad.

Mención especial merecen los ERE autorizados en el año 2011, tramitados con posterioridad a la aprobación del RD 801/2011 y después de la reforma de la negociación colectiva a través del RD 7/2011. Al leer los EREs aprobados en el segundo semestre de 2011, incorporados a la muestra analizada, se observa un notable incremento de los Expedientes de naturaleza suspensiva (temporales). Y, además, se han hallado varios casos en los que suman las suspensiones laborales a las reducciones de jornada —como sistema preventivo y/o evitador de la decisión más drástica de la extinción—, lo que parece cumplir con el tenor del renovado marco legal. Ahora bien, el incremento cuantitativo de estos expedientes no supone, sin embargo, una mejora (cualitativa) de los planes de acompañamiento, sino que resultan insuficientes, en particular o señaladamente, en materia de acciones formativas para facilitar la empleabilidad y polivalencia de las personas que tienen temporalmente su contrato de trabajo en suspenso.

Con carácter general, a la vista de los expedientes de naturaleza suspensiva *temporal* que se han podido consultar de los años 2009, 2010 y 2011, podríamos hablar todavía de un escaso contenido de los planes sociales. A pesar del claro empeño del legislador español, por promover el plan social que acompañe a los ERE y fomentar su contenido material —no sólo con medidas evitadoras o alternativas al propio expediente, sino con acciones que atenúen o palien sus consecuencias y efectos— (así era, al menos, antes de la reforma legislativa de febrero de 2012) el resultado cuantitativo y cualitativo de este análisis constata que aún está pendiente una reforma *de facto* en la dinámica negocial entre empresarios y trabajadores que vaya más allá del pacto sobre las condiciones económicas del acuerdo. Habría que apostar, pues, por la mejora de las medidas de acompañamiento y, además, por los instrumentos de control del plan social y las estrategias para lograr el cumplimiento de ese plan y de todas aquellas otras medidas que se incluyen en el expediente con idéntica finalidad. Lo cual, a la vista del RD-L 3/2012, no parece ser la tendencia legislativa; y tendremos que remitirnos a un nuevo estudio, caso por caso, del grado o alcance (y éxito) del acuerdo negociado por el empresario y la representación del personal afectado.

IV.3. EXPEDIENTES DE REDUCCIÓN DE JORNADA

JUANA M.^a SERRANO GARCÍA,

*Titular U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social;
Universidad Castilla-La Mancha.*

IV.3.1. Introducción

El expediente de reducción de jornada no es una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, ya que antes de que se incentivara el recurso a esta figura en la reforma laboral introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, las reducciones de jornada ya se venían tramitando por la vía del expediente de regulación de empleo (en adelante ERE), considerando situación legal de desempleo la reducción temporal de la jornada autorizada en estos expedientes.

La Exposición de Motivos de la Ley 35/2010 declara que viene a «reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales, y, en particular, las medidas de reducción temporal de jornada, como mecanismo que permita el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas».

La nueva ordenación de la reducción temporal de jornada va acompañada de dos medidas paralelas: una primera, dirigida al trabajador, relacionada con el derecho a desempleo parcial durante la reducción de jornada —arts. 203 y 208 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)—, y una segunda, dirigida a la empresa, consistente en un sistema de bonificaciones empresariales a la Seguridad Social durante los períodos de reducción temporal de jornada, si se cumplen determinadas condiciones a las que nos referiremos a posteriori.

La parquedad con la que se ha regulado esta figura en la citada Ley deja algunos vacíos en el procedimiento²⁷⁷ que, en algunos ca-

²⁷⁷ Algún autor habla de claroscuros en su delimitación conceptual y en su configuración temporal, así como, en la regulación de sus efectos en materia de Seguridad Social: F. FERRANDO GARCÍA, La reducción del tiempo de trabajo (sus-

sos, son cubiertos por los sujetos negociadores en el acuerdo previo al periodo de consultas y, en otros, resueltos por la aplicación analógica del art. 51 ET, al que hace una remisión expresa el art. 47 ET.

El orden que se va a seguir en la exposición de esta figura será el clásico, de forma que, abordaremos, en primer lugar, las causas alegadas, sus caracteres y peculiaridades con respecto a las que justifican las extinciones; en segundo lugar, la participación colectiva, los sujetos legitimados para negociar, las medidas acordadas en los escasos planes sociales presentados y las facilidades o dificultades de alcanzar un acuerdo; en tercer lugar, el procedimiento administrativo autorizador, la resolución administrativa, y para terminar, nos detendremos en las medidas estatales adoptadas para el fomento del expediente de reducción de jornada.

En el estudio de esta institución nos referiremos a las modificaciones que ha incluido la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, algunas tan importantes como la supresión de la autorización administrativa, que afectará, en general, al desarrollo del procedimiento y, en particular, a la participación de los representantes legales durante el periodo de consultas.

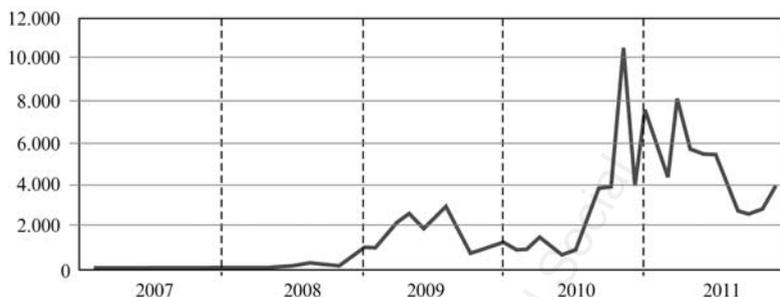
IV.3.2. El incremento numérico de los expedientes de reducción de jornada

La normativa anterior a la Ley 35/2010 ya permitía la reducción de jornada, pero sus escasas ventajas provocaron que los empresarios no recurrieran a esta medida con frecuencia, sino que optaran en la mayoría de las ocasiones por los EREs de carácter extintivo.

En el siguiente cuadro se ve el ascenso meteórico del número de EREs por reducción de jornada a finales de 2010 y principios del 2011, coincidiendo con la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

pensión del contrato y reducción de la jornada) como instrumento de flexibilidad interna», en AA.VV., *Comentario a la Reforma laboral de 2010*, dir. A. MONTROYA MELGAR y F. CAVAS MARTINEZ, Civitas, 2011, p.231.

TRABAJADORES AFECTADOS POR EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO, REDUCCIÓN DE JORNADA. VALORES ABSOLUTOS EN UNIDADES



Fuente: MTIN. Boletín de Estadísticas Laborales.

El ascenso de esta modalidad de expedientes es aún más llamativo si se contrastan estos números con los referidos a EREs de extinción y de suspensión. Como puede verse en el siguiente cuadro, los extintivos han descendido del año 2009 al 2010 en un 12,64%, mientras los suspensivos han disminuido hasta un 20,32%.

Ahora bien, cuando comparamos con lo que ha sucedido en el año 2011 las cifras se elevan considerablemente con respecto al año 2010 y de los 21.107 expedientes presentados en 2011, nos encontramos que el 30,34% han sido expedientes de reducción de jornada, cuando en el año 2009 no significaron más que el 10,9% del total de los expedientes presentados.

NÚMERO Y TIPOLOGÍA DE EXPEDIENTES AUTORIZADOS				
Años	Total	Extinción	Suspensión	Reducción
2001	4.581	2.424	2.072	85
2002	4.474	2.863	1.523	88
2003	4.329	2.630	1.580	119
2004	4.405	2.608	1.725	72
2005	3.977	1.916	1.974	87
2006	3.481	2.276	1.164	41
2007	3.794	2.319	1.444	31
2008	6.249	2.914	3.060	275
2009	19.434	3.985	13.318	2.131
2010	17.269	3.481	10.611	3.177
2011	21107	4295	10407	6405

Cuadro realizado a partir de los datos que ofrece el Ministerio de Trabajo e Inmigración en la página web: <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>

Los expedientes de reducción de jornada presentados en 2011 (6405) han duplicado los presentados en 2010 (3177), es verdad, que tenemos que tener en cuenta que hasta el 17 de Septiembre 2010 no entró en vigor la Ley 35/2010, por lo tanto, de los doce meses de 2010 sólo dos meses y medio contaban ya con la reforma.

Las estadísticas demuestran que con la entrada en vigor de la reforma laboral de 2010 se ha producido un importante repunte de los EREs de reducción de jornada frente a los extintivos. En 2011, de los 21.107 EREs presentados, sólo 4.295 han sido extintivos frente a los 6.405 expedientes de reducción de jornada.

Este incremento de los EREs de reducción de jornada no va acompañado de una disminución de las otras modalidades de expedientes, porque se ha mantenido, más o menos, el número de expedientes extintivos y suspensivos en los años 2009, 2010 e incluso 2011. El relanzamiento ha sido de los expedientes de reducción de jornada que han pasado de 3177 en 2010 a 6405 en 2011.

El aumento del número de expedientes de reducción de jornada implica, a su vez, el de trabajadores afectados, que en 2011 han supuesto un 63,24 % más que en 2010, mientras que los trabajadores afectados por expedientes extintivos han aumentado sólo un 33 % entre estos dos años y los afectados por medidas suspensivas han crecido sólo un 2,4%.

AÑOS	TOTAL TRABAJADORES AFECTADOS	EXTINCIÓN	SUSPENSIÓN	REDUCCIÓN
2001	122.344	37.778	83.795	771
2002	71.643	39.975	30.400	1.268
2003	83.481	42.960	38.513	2.008
2004	60.276	31.169	28.582	525
2005	72.563	34.911	36.802	850
2006	51.952	27.169	24.626	157
2007	58.401	25.742	32.433	226
2008	148.088	40.572	104.841	2.675
2009	549.282	63.476	465.215	20.591
2010	302.746	52.534	211.942	38.270
2011	342.831	67.564	214.755	60.512

Cuadro realizado a partir de los datos que ofrece el Ministerio de Trabajo e Inmigración en la página web: <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>

Ello significa que los trabajadores incluidos en EREs de reducción de jornada han sido los que más han aumentado en números relativos desde que entró en vigor la reforma, sin perjuicio de que el modelo de expediente más utilizado sea el suspensivo que en 2011 afectó a 214.755 trabajadores.

El peso adquirido por los expedientes de reducción de jornada desde la entrada en vigor de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, está claro, hasta el punto que se han situado casi a la par los afectados por extinciones y por reducciones. En 2011 fueron 67.564 trabajadores incluidos en expedientes extintivos y en reducciones de jornada fueron 60.512. Mientras que en el año 2010 los trabajadores incluidos en EREs de extinción fueron 52.534 y por reducciones de jornada 38.270, lo que significa una diferencia de un 72,8% menos de afectados por reducciones que por extinciones.

Una vez comprobado que el número de expedientes y de trabajadores afectados por reducciones de jornada ha crecido exponencialmente en el último año, nos detenemos en la tipología de empresas que acuden a esta medida. Atendiendo a las estadísticas y a los expedientes revisados para este estudio hay que decir que son las de pequeño y mediano tamaño las que más recurren a la reducción de jornada. De un total de 60.512 trabajadores afectados en 2011, 35479 pertenecían a empresas de menos de 50 trabajadores, ello supone que más de la mitad de los afectados por reducción de jornada pertenecen a pequeñas empresas.

De los 35.479 trabajadores, un 35,8% corresponden a micro-empresas de 1 a 9 trabajadores, un 39,8% a empresas de 10 a 24 y un 24,2 % a empresas de entre 25 y 49 trabajadores, como se puede ver el mayor porcentaje corresponde a pequeñas empresas.

Del total de afectados por EREs de reducción de jornada en 2011, 21.833 trabajadores corresponden un 60,5% a empresas medianas de entre 50 y 249 trabajadores de plantilla y el resto 39,5 % se lo reparten las grandes empresas de 250 trabajadores en adelante.

TRABAJADORES AFECTADOS POR MEDIDAS DE REDUCCIÓN DE JORNADA, SEGÚN TAMAÑO DE LA EMPRESA									
AÑOS	Total	De 1 a 9	De 10 a 24	De 25 a 49	De 50 a 249	De 250 a 499	De 500 a 999	De 1000 a 4999	De 5000 y +
2001	771	132	165	70	390	14	-	-	-
2002	1.268	192	169	266	573	68	-	-	-
2003	2.008	193	352	383	758	322	-	-	-
2004	525	130	180	18	193	4	-	-	-
2005	850	190	143	191	326	-	-	-	-
2006	157	47	56	35	19	-	-	-	-
2007	226	52	64	106	4	-	-	-	-
2008	2.675	583	720	447	737	188	-	-	-
2009.	20.591	4.480	4.953	4.023	3.986	2.365	313	15	456
2010	38.270	6.612	7.284	5.280	6.222	2.199	1.357	2.560	6.756
2011	60.512	12.729	14.132	8.618	13.215	3.296	1582	6938	2

Cuadro realizado a partir de los datos que ofrece el Ministerio de Trabajo e Inmigración en la página web: <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>

IV.3.3. Ordenación legal de la reducción de jornada

Atendiendo a la Ley 35/2010 la reducción de jornada temporal debe efectuarse por expediente administrativo de regulación de empleo precedido de un periodo de consultas con los representantes legales.

El citado procedimiento ha sido modificado sustancialmente por la Ley 3/2012, que elimina la autorización administrativa previa a la decisión empresarial de reducción de jornada, alegando la necesidad de agilizar este mecanismo alternativo a los despidos y fomentar su utilización. Sin embargo, las cifras mostradas en el apartado anterior muestran un aumento tan vertiginoso de los expedientes de reducción de jornada en el último año, que hacen que este argumento, basado en la necesidad de «afianzar este mecanismo en la práctica empresarial», caiga por su propio peso. Desde la reforma que introdujo la Ley 35/2010, aún existiendo control administrativo previo de las decisiones empresariales de reducción de jornada, esta

ha sido una medida muy utilizada por el empresario, por lo tanto, las razones del legislativo para suprimir este importante control público de la decisión empresarial tienen que ser necesariamente otras.

El art. 47 ET prevé que la jornada de trabajo podrá reducirse entre un mínimo del 10% y un máximo del 70% por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 51 ET. Los límites porcentuales mínimo y máximo de reducción de jornada no parecen dar ninguna flexibilidad al empresario en esta materia, éste no podrá solicitar la reducción en un porcentaje inferior al mínimo, o superior al máximo²⁷⁸, tendrá que plantearla dentro de los porcentajes o utilizar la suspensión por días completos.

La reducción de jornada amparada por la Ley es la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual, lo que significa que la reducción puede aplicarse diariamente, pero también semanal, mensual o anualmente, de forma que el trabajador no preste servicios por días completos (uno o varios a la semana, al mes o al año). Esta posibilidad de aplicar la reducción de jornada por días completos confunde esta figura con la suspensión contractual, que también implica una cesación temporal de las prestaciones básicas de trabajar y retribuir por días completos. La suspensión se caracteriza porque se produce en días consecutivos, mientras la reducción de jornada en días alternos. No obstante, la diferencia entre ambas no está clara entre los negociadores, que denominan suspensiones contractuales a situaciones que deberían calificarse de reducción de jornada, en tanto en cuanto afecta a días enteros, pero alternos, no consecutivos.

Otras veces, no hay confusión de figuras por parte del empresario solicitante, pero la proximidad entre ambas provoca la constante transformación de una en otra durante el periodo de consultas. El Exp.97/09 de 14 de abril y el Exp.98/09 de 11 de mayo 2009 solicitan

²⁷⁸ El tope mínimo del 10% vienen a evitar que la reducción sea insignificante e impide que se estén ocultando otros fines, mientras el máximo del 70% trata de evitar que sea una reducción prácticamente total que desdibuje sus diferencias con la mera y simple suspensión de la relación laboral (art.47.2 ET): J. CRUZ VILLALÓN, «La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010», *Relaciones Laborales*, nº 21-22, 2010, p.88.

reducciones de jornada, pero acaban acordando la combinación de esas medidas con las suspensiones contractuales. En concreto, en el último ERE citado acuerdan 70 suspensiones de contratos de trabajo durante un máximo de 12 meses (ampliable por acuerdo en otros 4 meses)²⁷⁹ y 30 reducciones de jornada de al menos 1/3 de la misma durante un período máximo de 12 meses)²⁸⁰. El Exp.11/09 de 27 de Febrero, plantea una reducción de jornada para 1990 trabajadores, justificándolo en causas «productivas»²⁸¹, y acaba acordándose la suspensión de las relaciones contractuales. La misma transformación ha sufrido el Exp.429/09 de 8 Enero, que se inicia para solicitar una reducción de jornada y se acaba acordando uno de carácter suspensivo²⁸².

El procedimiento del art. 47 ET es de obligado cumplimiento por el empresario porque la reducción de jornada no puede ser impuesta unilateralmente al trabajador, ya que de conformidad con el artículo 12, apartado 4.e), del ET, la novación del contrato de trabajo de jornada completa a parcial sólo cabe previo pacto de las dos partes de la relación laboral (Art. 12.4 ET²⁸³). La modificación temporal de la jornada de trabajo requiere un expediente administrativo de regulación de empleo, salvo que la empresa esté en situación concursal, en cuyo caso, la suspensión, extinción colectiva de contratos o la reducción de jornada deberá ser acordada ante el Juzgado de lo Mercantil que esté conociendo del concurso (artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio).

²⁷⁹ Solicitud inicial de ERE ante la DGT era de 80 contratos en suspenso.

²⁸⁰ Porcentaje no superior al 40% ni inferior al 33%, según términos, forma y condiciones del Acta final de acuerdo.

²⁸¹ Las causas productivas las justifican en la necesidad de «regularizar el alto nivel de stock» que tiene la empresa, se trata de adecuar el stock a las necesidades de ventas, a fin de mejorar en competitividad.

²⁸² Se solicita reducción de jornada en un 37,5 % para 16 trabajadores y 66,6% para 3 trabajadores de ocho centros de trabajo distintos de seis comunidades autónomas (solicitud inicial). La solicitud final, tras la conclusión de las consultas es de suspensión de contratos de trabajo de 14 trabajadores durante 9 meses y medio, del 1 de enero de 2010 hasta el 15 de octubre de 2010 y la reducción de jornada de una trabajadora en un 37,5 % durante el período de nueve meses y medio.

²⁸³ «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 los dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41».

IV.3.4. El elemento causal en la reducción de jornada

En este apartado no se va a realizar un análisis de la doctrina o de la jurisprudencia existente en torno a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino que nos limitaremos a destacar las peculiaridades que presenta el elemento causal en los expedientes de reducción de jornada a partir de la casuística presentada en los expedientes analizados.

La reforma introducida por la Ley 3/2012 en el art. 47 ET mantiene las causas, si bien es cierto que olvida su definición y tampoco se hace ninguna referencia a otro precepto, como antes se hacía al art. 51 ET. Curiosamente, cualquiera de los preceptos de esta última reforma en los que se citan las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción contienen, a su vez, una definición del contenido de éstas, más o menos flexible, sin embargo ello no se ha hecho en el art. 47 ET.

Ahora bien, los expedientes objeto de este estudio se fundamentan en el anterior art. 47 ET, redactado por la Ley 35/2010, y en este precepto no había una definición de las causas pero sí una remisión expresa al procedimiento del art. 51 ET. Las causas técnicas, organizativas, productivas o económicas, especialmente las causas económicas, se configuran de modo diverso, en función de que las medidas que se pretendan adoptar sean medidas de flexibilidad interna —movilidad geográfica o una modificación sustancial de condiciones de trabajo— o de carácter extintivo. Las medidas de reducción de jornada extinguen parcial y temporalmente el contrato, contribuyen a superar una situación de carácter coyuntural en la empresa, por lo que las causas han de ser apreciadas con mayor flexibilidad, es decir, no con el nivel de exigencia propio de medidas más rigurosas o definitivas como son las extinciones.

Las causas alegables para la reducción de jornada son las mismas que para la extinción colectiva, con la diferencia de que en el primer caso prima la coyunturalidad de la situación, en tanto que la empresa prevé su recuperación, mientras en el segundo supuesto estamos ante una situación permanente o estructural. En este segundo caso hemos encontrado un elevado porcentaje de EREs cuya causa económica es estructural y está basada en la caída del sector inmobiliario, pero cuando la caída de dicho sector sólo les ha afectado indirectamente se han planteado reducciones de jornada.

da²⁸⁴, como pueden ser empresas suministradoras de servicios en ese sector o que tienen su fuente de ingresos relacionada indirectamente con él²⁸⁵.

TRABAJADORES AFECTADOS POR EXTINCIONES Y REDUCCIONES DE JORNADA POR SECTORES					
Medidas	Año	Total	Industria	Construcción	Servicios
Reducción de jornada	2011	60.512	24.903	5.780	29.605
Extinción	2011	67.564	21.667	9.447	35.714

Cuadros realizado a partir de los datos que ofrece el Ministerio de Trabajo e Inmigración en la página web: <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>

Atendiendo al cuadro anterior se puede comprobar que el número de trabajadores de la construcción afectados por extinciones es más elevado (9.447) que los afectados por reducciones de jornada (5.780), ello en tanto que esta segunda medida tiene carácter coyuntural y se prevé la recuperación del empleo en la empresa.

En la práctica, nos hemos encontrado que los EREs no siempre delimitan las causas por las que se presentan, limitándose a señalar que son las contenidas en el art. 51 ET (Exp..283/2010 de 15 diciembre 2010, Exp.284/10 de 1 de Diciembre). A veces, alguno de los documentos que acompañan la solicitud es el que determina la causa, en el caso del último ERE citado, es el informe que presenta una de las Comunidades Autónomas afectadas el que se refiere a «causas económicas».

Aunque en un porcentaje muy elevado de ocasiones se alega la caída del sector inmobiliario, encontramos casos en los que los ex-

²⁸⁴ El Exp.326/10 de 2 diciembre 2010 está directamente relacionado con la crisis del sector inmobiliario ya que se trata de una empresa que se dedica a la venta de inmuebles.

²⁸⁵ La mayoría de los EREs relacionados más directamente con el sector inmobiliario han sido de extinción pero cuando se trata de grandes empresas, no llegan a solicitar extinción, limitándose a la reducción de jornada, por ejemplo: en el Exp.353/11 de 7 de Diciembre, la actividad de la empresa era el mantenimiento de obras de instalaciones mecánicas, climatización y eléctricas, con 353 trabajadores, y pide la reducción de jornada de 249 trabajadores. El Exp.11/09 de 27 de Febrero, dedicada a la actividad de fabricación de porcelana sanitaria, solicita la reducción de jornada de los 1990 trabajadores de su plantilla.

pedientes se basan en la situación de crisis general que vivimos y en el cambio de hábitos de la población. Un ejemplo de ello es el Exp.317/10 de 18 noviembre, en el que una empresa dedicada a la venta de pescado fresco, solicita una reducción de jornada, fundamentalmente, porque en esta situación de crisis han cambiado los hábitos de consumo de las familias que dejan de consumir pescado fresco por el congelado y los precocinados.

Se puede observar en la muestra de expedientes revisados que las reducciones de jornada que se justifican en causas económicas son muy variadas y van desde un descenso de la facturación (Exp.319/09 de 22 de Septiembre²⁸⁶, Exp.282/2010 de 14 de Diciembre²⁸⁷ y Exp.324/11 de 8 de Noviembre²⁸⁸, Exp.444/09 de 30 de Diciembre²⁸⁹), a una pérdida de clientes (Exp.257/10 de 29 de Octubre, Exp.45/09 de 30 marzo 2009 o el Exp.15/09 de 3 de Abril²⁹⁰), hasta un incremento de la morosidad de los clientes (Exp.328/10 de 29 noviembre 2010²⁹¹), o la presión a la baja de los precios por los

²⁸⁶ Este ERE lo presenta una empresa dedicada a la comercialización y venta de herramientas de corte y lo justifica basándose en causas económicas, organizativas y de producción; en concreto, las causas económicas las justifica en unas ventas negativas, dado que se han reducido en un 41%. De momento, la empresa presenta las cuentas desde el ejercicio 2006 al 2008 y tienen resultados positivos, « rondando en mayor o menor medida según anualidad, el millón de euros », aunque prevé posibles pérdidas a finales del ejercicio corriente.

²⁸⁷ En este ERE el descenso de facturación provoca una reducción de jornada en un 20% en un periodo de 1 año y afecta a 74 trabajadores.

²⁸⁸ Este ERE afecta a una empresa dedicada a la compra-venta de muebles, objetos de decoración, artículos de mimbre, etc. y alega causas económicas al producirse un « continuo descenso de la facturación de los años precedentes hasta el ejercicio 2010 », apreciando un breve aumento en la facturación en el primer semestre de 2011, sin que éste sea suficiente para recuperar la caída de los ejercicios anteriores. La empresa demuestra la coyunturalidad de la medida, dado el carácter estacional del mercado en el que se desarrolla la actividad de la empresa, en el primer trimestre del año se concentra la mayor parte de su actividad y ello se comprueba en la facturación de la entidad.

²⁸⁹ Acreditación de una situación económica negativa conforme al informe de la Inspección de Trabajo, en los años 2007 y 2008 hay beneficios, pero en éste último se observa un descenso ostensible de los mismos con respecto al año anterior y en el año 2009 se agudizan todavía más el descenso y hay una previsión de pérdidas.

²⁹⁰ Esta empresa que se dedica a la limpieza de edificios y locales presenta su ERE por la pérdida de un cliente importante que dice que le provoca una merma de actividad del 50% pero no presenta cuentas económicas anuales, la razón está en que su causa es productiva no económica.

²⁹¹ Importante incremento de morosidad e impagados en el ejercicio 2010 que merman la tesorería de la empresa y falta de liquidez, teniendo que recurrir a fi-

servicios prestados o la falta de liquidez del mercado impidiendo el acceso a los instrumentos habituales de financiación (Exp.283/2010 de 15 diciembre 2010²⁹², Exp.177/09 de 15 de junio). Todos ellos tienen en común que no presentan pérdidas.

Son escasos los EREs de reducción de jornada que se presentan con pérdidas y los que lo hacen son cuantías bajas en el Exp.425/2009, de 28 de Noviembre, las causas económicas son «disminución de la facturación desde 2008, intensificándose en 2009, al haber un descenso de la demanda de los productos ante la situación de crisis y un recorte de gastos por parte de los clientes que reducen sus encargos. Ello lleva a la empresa a unas pérdidas acumuladas a 30 septiembre 2009 de 326.770 euros»²⁹³. En el Exp.177/09, de 15 de junio, la disminución de las ventas en un 16% le ha llevado a unas pérdidas de 150.000€. Otros EREs en los que se alega disminución de la facturación, no presentan pérdidas en el momento pero las prevén para el futuro: Exp.313/10 de 28 de Febrero²⁹⁴ o el Exp.312/10 de 14 de Di-

nanciación externa. La crisis del sector de la construcción afecta directamente al subsector de pintura plástica. Alta inversión en la Línea de Alta Decoración cuya recuperación se ha visto ralentizada por la severa crisis.

²⁹² Este ERE es informado por la Inspección de Trabajo que se adentra en el estudio de las causas, pese a que ha sido presentado con acuerdo. En el informe se comprueba que la empresa solicitante forma parte de un grupo, que la sociedad dominante del grupo muestra unos resultados, que si bien no son negativos, son bastante exigüos; a ello se añade que la empresa no consigue demostrar el carácter coyuntural de la situación, sin perjuicio de que el Inspector lo enmarca en la actual situación de crisis económica; además observa en la información suministrada que existe confusión patrimonial y de recursos humanos entre las diferentes empresas del grupo y por último, dice «si bien parece razonable que la medida sea aplicable a todas las empresas del grupo, al hallarse todas en una situación parecida de descenso de servicios en su sector de actividad y por tanto de sobredimensionamiento de la plantilla en relación con la carga de trabajo, de la documentación presentada no queda suficientemente acreditada la causa alegada» por la empresa.

²⁹³ Este ERE también se justifica en causas «organizativas», diciendo que tras el análisis de la estructura de la plantilla y de los puestos de trabajo, la empresa ha realizado un estudio con respecto a la plantilla mínima para poder afrontar los proyectos actuales con el nivel de calidad contratado. Considerando que se encuentra en un periodo crítico y temporal, estimando que a partir de septiembre 2010 se va recuperando progresivamente la capacidad económica del país y del mercado y por lo tanto los clientes invertirán y realizarán más proyectos, recuperando la normalidad en 2011, esta es la medida más adecuada.

²⁹⁴ Se alega reducciones de la facturación y de las ventas desde el año 2008, calculándose un resultado de elevadas pérdidas para el año 2010, con problemas de tesorería.

ciembre²⁹⁵. Ambos EREs se refieren a empresas dedicadas a la venta de uniformes de trabajo que se ven afectadas por la crisis general en la que está inserto el país.

Las causas técnicas, organizativas o de producción se mencionan conjuntamente en muchos de los EREs revisados, sin que el empresario sea capaz de diferenciar una causa de la otra. Las causas productivas, vinculadas a situaciones derivadas del equilibrio de producción de la empresa y su posición en el mercado, son las más alegadas; las causas técnicas están más relacionadas con los cambios en los medios o instrumentos de producción y nunca se incluyen solas en un expediente y, por último, las causas organizativas, vinculadas a los métodos y sistemas de trabajo del personal, tampoco son habituales en los EREs de reducción.

En general, observamos confusión por parte del empresario a la hora de definir estas tres causas, aunque hay excepciones: en el Exp.429/09 de 8 Enero²⁹⁶ se alegan causas productivas, porque se ha originado una «reducción drástica en el volumen de contratación habitual con una drástica caída de la facturación, habiéndose producido un descenso en los contratos de puesta a disposición formalizados en los 10 primeros meses de 2009 con respecto al período equivalente» y causas económicas basándose la disminución de ingresos. En el Exp.11/09 de 27 de Febrero, se alegan causas productivas, fundamentándose en el alto nivel de stock que tiene la empresa, originado por la crisis del sector inmobiliario. También se presenta por esta causa el Exp.15/09 de 3 de Abril, basándose en la pérdida de uno de sus principales clientes, que tendrá sobre la empresa una merma en su actividad de un 50%, aproximadamente. En el Exp.450/09 de 15 de enero, se alegan causas productivas y organizativas, basándose en el «descenso de las ventas» con previsión de crecimiento antes de verano.

²⁹⁵ Se alega descenso de la actividad desde el año 2009, fecha en la que se produce una caída de ventas que supera el 33 por 100 y consecuentemente la empresa tiene ese año un escaso margen de beneficios y en el año 2010 permanece el descenso de cifras, sin que se confíe que la facturación llegue a la cifra de 2009, provocando dificultades de tesorería.

²⁹⁶ Se solicita reducción de jornada en 37,5 % para 16 trabajadores y 66,6% para 3 trabajadores de ocho centros de trabajo distintos de seis comunidades autónomas (solicitud inicial). La solicitud final, tras la conclusión de las consultas es de suspensión de contratos de trabajo de 14 trabajadores durante 9 meses y medio, del 1 de enero de 2010 hasta el 15 de octubre de 2010 y la reducción de jornada de una trabajadora en un 37,5 % durante el período de nueve meses y medio.

La confusión en torno al contenido de las causas existe y, por ello, son escasos los EREs que se presentan con una sola causa. En el Exp.235/10, de 3 de noviembre, presentado por una importante empresa del sector aeronáutico, la empresa alega la existencia de causas económicas, organizativas y de producción, dada la sobredimensión de la plantilla y la sobreoferta de plazas y competencia de las compañías «low cost» que le provoca una evolución negativa en el mercado.

TRABAJADORES AFECTADOS POR MEDIDAS DE REDUCCIÓN DE JORNADA, SEGÚN CAUSA ALEGADA				
Años	Económicas	Técnicas	Organizativas o producción	Otras
2001	526	24	203	18
2002	930	77	158	103
2003	1463	0	323	222
2004	329	6	142	48
2005	369	5	76	400
2006	97	1	52	7
2007	134	1	68	18
2008	1444	180	1017	34
2009	9452	515	1296	328
2010	15341	427	22315	187
2011	37.126	677	22.642	67

Cuadro realizado a partir de los datos que ofrece el Ministerio de Trabajo e Inmigración en la página web:
<http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>

Las causas económicas y organizativas o de producción son las que más se han alegado en estos EREs de reducción de jornada, en concreto, 37.126 expedientes se han fundamentado en causas económicas y 22.642 en causas organizativas o de producción. Las causas técnicas son las menos invocadas en las reducciones de jornada, en 2011 sólo 677 expedientes se prestan a esta causa.

En el marco de las causas es importante que determinemos el ámbito en el que éstas deben justificarse. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto para señalar que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa, mientras que el de las causas técnicas, organizativas o de producción es el sector concreto de actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide

el buen funcionamiento (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 13 de febrero y 19 de marzo de 2002; 21 de julio de 2003; 31 de enero; 12 de diciembre de 2008, y 16 de septiembre de 2009).

Como ya hemos señalado, la mayoría de EREs de reducción de jornada estudiados pertenecen a pequeñas y medianas empresas, que no forman parte de ningún grupo, con alguna excepción, como el de la empresa afectada por el Exp.284/10 de 1 de Diciembre, en el que el informe que presenta una de las Comunidades Autónomas en las que está ubicada la empresa se adentra a ver las implicaciones de la pertenencia de la empresa a un importante grupo empresarial. Esta circunstancia es alegada por un trabajador para negarse a entrar en el ERE de reducción de jornada, la propia autoridad laboral constata este hecho pero dice que hay acuerdo y que en él no aprecia abuso de derecho.

IV.3.4.1. *Las causas determinan el porcentaje de reducción de jornada y el periodo de duración*

La coyunturalidad o temporalidad de la situación económica, técnica, organizativa o de producción que atraviesa la empresa, es la que lleva al empresario a optar por una reducción de jornada y no por una extinción, pero ¿cómo se puede comprobar la adecuación de la jornada que se quiere reducir y el periodo en el que se producirá la causa alegada?. La comprobación es difícil, casi imposible, salvo cuando la causa alegada sea económica, porque en ese supuesto se reduce la jornada atendiendo al ahorro en salarios que se va a originar pero, para el resto de causas, esta prueba se complica.

El margen de maniobra del empresario a la hora de determinar el porcentaje de jornada que va a reducir a la plantilla y el periodo es muy elevado. Como es sabido, la jornada se puede reducir de forma temporal entre un 10% y un 70% de la jornada legal, es decir, de las cuarenta horas semanales estatutariamente previstas. Aunque esta es una interpretación discutida, pero que una interpretación conjunta del art. 47 ET y del art. 203.3 LGSS nos permite sostenerla, los topes mínimo (10%) y máximo (70%), están pensados sobre la jornada ordinaria de cuarenta horas semanales, sea cual sea su distribución diaria, semanal, mensual o anual, de hecho, en la práctica

no nos hemos encontrado ningún ERE con trabajadores a tiempo parcial afectados²⁹⁷.

En la determinación del porcentaje de jornada a reducir, así como, del periodo durante el cual se va a llevar a cabo la medida, juegan un papel importante los sujetos negociadores en el periodo de consultas, así se deduce del examen de las actas levantadas tras cada una de las reuniones que conforman el periodo de consultas y que acompañan al expediente. En ellas se puede comprobar que las consultas sirven para reducir las pretensiones iniciales del empresario.

Otro factor que condiciona el porcentaje de reducción de jornada y el periodo en el que se va a llevar a cabo es la renovada medida del Gobierno de reposición de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo parcial con un límite máximo de 180 días.

En la práctica, las reducciones que se solicitan están en torno a un tercio de la jornada, en el Exp.425/2009 de 28 de Noviembre, se autoriza una reducción del 33,4% de la jornada anual de trabajo durante 42 días²⁹⁸, también se reduce un tercio la jornada en el Exp.444/2009 de 30 de Diciembre, durante un plazo de 120 días en dos centros de trabajo de comunidades autónomas distintas²⁹⁹. Son

²⁹⁷ J. GUALDA ALCALÁ y M.A. GUALDA ALCALÁ, «Principales novedades del RDL 10/2010, de 16 de Junio de 2010 (BOE 17 de junio 2010), sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, *Revista de Derecho Social*, nº 50, 2010, p. 232, considera que los trabajadores a tiempo parcial no pueden estar afectados por esta reducción de jornada. En contra, F. FERRANDO GARCÍA, «La reducción del tiempo de trabajo», op cit. p. 241, que considera que será posible reducir la jornada de un trabajador a tiempo parcial si su jornada queda fuera de los límites establecidos para el resto de los trabajadores que sufren reducción de jornada.

²⁹⁸ La distribución se acuerda por las partes. Estos días serán coincidentes con los viernes. La jornada objeto de reducción consiste en 3 horas sobre cada jornada diaria completa, quedando la jornada de trabajo fijada en 5 horas en dichos días objeto de reducción.

²⁹⁹ La reducción temporal se realizará desde el 11 de enero de 2010 hasta el 10 de mayo de 2010, siempre que el 11 de enero haya sido dictada y notificada a esta empresa la resolución autorizando el expediente. En caso contrario, la reducción comenzará a aplicarse el día laborable siguiente a aquel en que dicha resolución se le notifique a la empresa. La jornada actual completa es de 40 horas semanales, distribuidas de lunes a jueves de 8.00 a 14.00 y de 15.00 a 17.30 horas y los viernes de 8.00 a 14.30 y un horario de verano en julio y agosto de 8.00 a 15.00 horas. Con la reducción, la jornada quedará en 26 horas y 40 minutos semanales distribuidas en horario de lunes a viernes de 8.40 a 14.00.

más escasos los EREs con porcentajes inferiores al tercio, en el Exp. 279/2010 de 19 de Noviembre, se reduce a 3 trabajadores y se varía para cada trabajador, en uno es del 25% en los otros dos del 16,66%, dicha reducción se producirá durante 180 días laborables.

En otras ocasiones, la reducción de jornada supera el tercio de la jornada, por ejemplo en el Exp.450/09 de 15 enero 2010, se autoriza entre un 42% y un 50% para 6 trabajadores y la suspensión de contrato de un trabajador. En el Exp.313/10 de 28 de Febrero, se autoriza una reducción del 40% de la jornada, durante un período máximo de un año por cada trabajador, afectando a la totalidad de la plantilla de la empresa (106 trabajadores situados en dos centros de trabajo de dos comunidades distintas). La reducción también es de un 40% durante 180 días, que se aplicará en un período de doce meses a partir de la fecha de aprobación del expediente en el Exp.312/10 de 14 de Diciembre, afectando a toda la plantilla (58 trabajadores de la empresa, distribuidos en 9 centros de trabajo, ubicados en 8 Comunidades Autónomas).

En el Exp.326/10 de 2 de Diciembre, la medida consiste en una reducción del 50% de la jornada durante 6 meses para los 4 trabajadores de la empresa, ubicados en dos centros de trabajo en diferentes comunidades autónomas.

A veces, la resolución sólo fija un máximo de reducción de jornada, como en el Exp.97/09 de 14 de abril, que señala que se autoriza hasta un máximo del 50% del tiempo de trabajo, durante un periodo de doce meses desde la notificación de la resolución administrativa que autorice el presente expediente.

En general, nos encontramos que las reducciones de jornada suelen ser similares para toda la plantilla afectada, aunque, en ocasiones, se hacen distinciones por puestos de trabajo afectados o situación personal. Por ejemplo, en el Exp.342/11 de 25 de Noviembre, se pactan condiciones diferentes de reducción de jornada para dos trabajadores afectadas que están embarazadas.

RELACIÓN TAMAÑO DE EMPRESA-REDUCCIÓN DE JORNADA Y TRABAJADORES AFECTADOS				
Nº EXP. PRESENTADO POR LA EMPRESA	SECTOR	TAMAÑO EMPRESA	REDUCCIÓN DE JORNADA DEL 50% O MÁS	TRABAJADORES AFECTADOS
Exp. 326/10, de 2 diciembre	Inmobiliario	-10 trabajadores	X	Toda la plantilla
Exp. 328/10 de 29 noviembre	Indirectamente inmobiliario	-50 trabajadores	X	26 de 35
Exp. 328/10 de 29 noviembre	Servicios	-50 trabajadores		18 de 27
Exp. 444/09 de 30 diciembre	Industria	-50 trabajadores	1/3 de la jornada	86% de afectados
Exp. 450/09 de 15 enero	Informático	-10	De un 42% a un 50 %	Toda la plantilla
Exp. 429/09 de 8 Enero	ETT	-50	37,5 % para 16 trabajadores y 66,6% para 3 trabajadores	Toda la plantilla
Exp. 317/10 de 18 noviembre	Alimentación	-50	X	4 afectados de 23
Exp. 313/2010, de 28 de Febrero	Textil	+50 (106 trabajadores)	40% de la jornada	Toda la plantilla
Exp. 312/10 de 14 diciembre 2010	Textil	+50 (58 trabajadores)	40% de la jornada	Toda la plantilla
Exp. 11/2009 de 27 de febrero	Industria	+1000		33% de la plantilla
Exp. 15/2009 de 17 abril	Servicios limpieza	+50		24 afectados
Exp. 282/2010 de 14 de Diciembre		+50	20% en un periodo de 1 año	74 afectados
Exp. 279/2010 de 19 de noviembre		-10	1 trabajador reduce 25%; 2 trabajadores 16,66%	3 afectados de 5
Exp. 45/09 de 30 marzo			50%, 40%, 33,75%, 35%.	24 afectados
Exp. 53/09 de 8 abril	Construcción		1/3 de la jornada	11 afectados
Exp. 68/09 de 7 abril			X	15
Exp. 177/09 de 15 junio	Industria (impresión)	-50	34% de reducción	27 afectados de 38
Exp. 257/10 de 29 octubre	ETT	-50(15 trabajadores)	37.5% de reducción	4 afectados por reducción y 11 por suspensión.
Exp. 117/09 de 5 mayo	Servicios (radio)		90%	30 trabajadores

Cuadro propio realizado a partir de la muestra de Expedientes de Regulación de Empleo consultados para la realización de esta investigación que se ciñe a los años 2009, 2010 y 2011.

Como ya se ha señalado son muy numerosas las pequeñas y medianas empresas de menos de 50 trabajadores que buscan en la reducción de jornada el paréntesis de tiempo necesario para volver a una producción normal. Esta medida de regulación de empleo puede ser la más barata para la pequeña y mediana empresa, que hasta puede obtener beneficios de su utilización, posteriormente, nos referiremos a la bonificación del 80% que podían llegar a obtener las empresas en las cuotas a la Seguridad Social.

En general, las reducciones de jornada que se solicitan se mueven en un abanico que va del 33% al 50% y el número de afectados con relación al total de la plantilla es bastante elevado, son muchos los casos en los que la reducción afecta al conjunto de los trabajadores.

HORAS DE REDUCCIÓN DE JORNADA		
Años	Total horas reducidas	Horas por trabajador
2001	341.629	443
2002	536.466	423
2003	829.630	413
2004	190.453	363
2005	347.089	408
2006	74.554	475
2007	107.155	474
2008	1.607.092	601
2009	12.654.344	615
2010	16.053.399	419
2011	34.304.455	567

Cuadro realizado a partir de los datos que ofrece el Ministerio de Trabajo e Inmigración en la página web:
<http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>

Si traducimos a porcentajes las horas de trabajo reducidas podemos comprobar que la media de horas que se han reducido por trabajador en 2011 es de 567 que sobre una jornada media anual de 1750 h. supone un 32,4 %, es decir, se acerca al tercio de jornada que vienen requiriendo la mayoría de los expedientes revisados. En cifras globales se puede comprobar el aumento de las horas reducidas en 2011 con respecto a 2010. Mientras en 2011 el número de horas fue de 34.304.455 y en el año 2010 fueron menos de la mitad (16.053.399).

En cuanto al periodo por el que se solicita la reducción no es posible dar una media, aunque siempre será temporal. No es posible la reducción de jornada indefinida o permanente, esta posibilidad no está amparada por nuestra legislación, no encaja en el marco del art. 47 ET³⁰⁰.

A tenor de la redacción que la Ley 35/2010 le da al art. 47 ET habría que entender que las únicas situaciones de reducción de jornada admisibles son las temporales, porque son las tuteladas por la Administración pública y protegidas por la Ley General de Seguridad Social, garantizándoles el «desempleo parcial». Sin embargo, el art. 203.3 LGSS menciona la reducción de jornada definitiva para exceptuarla del derecho a desempleo parcial. La descoordinación entre la norma estatutaria y la de Seguridad Social nos plantea si esta última modalidad pervive o no, después de la reforma de la Ley 35/2010.

Inicialmente, dado que la Ley General de Seguridad Social se refiere a las reducciones de jornada definitivas, aunque sólo para excluir las del campo del desempleo parcial, suponemos que este tipo de reducción es posible. El RD 5/2001 permite que el empresario pueda modificar la jornada de forma unilateral, sin necesidad de cumplir el procedimiento administrativo (art.47 ET) y sin derecho a desempleo ni a indemnización a los trabajadores a tiempo parcial. Este Real Decreto eliminó el límite que diferenciaba el tiempo parcial del tiempo completo, de forma que cualquier jornada de trabajo inferior a la considerada en convenio colectivo como jornada completa, pasa a ser considerada a tiempo parcial y estos trabajadores serán los que puedan ver reducida su jornada de forma permanente sin cumplir el procedimiento del art. 47 ET. Ello significa que puede darse que un trabajador a tiempo parcial tuviera una jornada prácticamente igual a un trabajador tiempo completo, pero con menores derechos laborales, ya que se le puede ampliar o reducir unilateralmente su jornada (modificándole el horario diario, semanal y mensual o el tiempo de descanso).

³⁰⁰ Sin embargo, la falta de regulación no impide que las partes opten por la extinción del contrato a tiempo completo suscribiendo, posteriormente, otro a tiempo parcial con la misma empresa. Para evitar estos encubrimientos la ley debería contemplar la reducción definitiva de la jornada como nueva situación legal de desempleo, ello pese a que advertimos que la medida presenta elevados riesgos de fraude: D. TOSCANI Y J. LÓPEZ GANDÍA, *La Reforma laboral de 2010. Análisis de la ley 35/2010 de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, El Derecho y Quantor, Madrid, 2011, p. 372.

No obstante, cabe otra interpretación, basada en que el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 47.2 sólo se refiere a la reducción temporal de jornada, de forma que no admite las reducciones definitivas, ahora bien, si se admitieran puesto que la Ley General de Seguridad Social se refiere a ellas y el RD 5/2001 las permite, habría que garantizar el derecho del trabajador a una indemnización proporcional al tiempo de trabajo por el que se reduce su jornada habitual, en tanto que deberíamos entender que estamos ante una extinción parcial del contrato de trabajo.

En conclusión, el olvido por parte del legislador de incluir en el art. 47.2 ET las reducciones definitivas de jornada, que deberían estar sometidas al mismo control y a las mismas garantías que las reducciones de jornada temporales, conlleva la imposibilidad de llevar a cabo las primeras, o bien, considerarlas extinciones parciales del contrato de trabajo que generan al trabajador un derecho a una indemnización proporcional al tiempo que se le ha reducido la jornada.

IV.3.4.2. *Otras medidas empresariales que acompaña a la reducción*

La reducción de jornada no suele ser la única medida empresarial adoptada en estos expedientes, ésta suele venir acompañada de otras medidas para garantizar la viabilidad de la empresa. En ocasiones, las citadas medidas se incluyen en un plan de viabilidad, por ejemplo en el Exp.425/2009 de 28 de Noviembre, se propone la renegociación de alquileres y el ahorro en proveedores; o el Exp.317/10 de 18 noviembre, en el que la empresa adopta otras medidas relacionadas con la apertura de una nueva línea de negocio distinta de la habitual.

En muchas ocasiones, nos hemos encontrado que la reducción de jornada va acompañada de «flexibilidad en la organización de los horarios», lo que significa que se aprovecha este expediente para introducir una modificación sustancial en las condiciones de trabajo del art. 41 ET. Habitualmente, esta medida se pacta de acuerdo con las previsiones legales, así en el Exp.342/11 de 25 de Noviembre, uno de los puntos del acuerdo es la «flexibilidad horaria», dejando a la decisión de cada departamento afectado la forma en la que los

trabajadores van a reducir el 20% de la jornada autorizada³⁰¹. En algunos acuerdos la «flexibilidad horaria» va acompañada de ciertas garantías para el trabajador, como el Exp.313/10 de 28 Febrero 2010 y el Exp.312/10 de 14 de Diciembre, en los que se garantiza un «preaviso de 15 días para la comunicación de la variación en la reducción de jornada o en los cambios de horario de trabajo».

Otra medida habitual en estos expedientes es la distribución irregular de jornada. En el Exp.235/10, de 3 de noviembre, se señala que la jornada oscilará entre 9 horas diarias en los periodos de mayor actividad y 4 horas diarias en los de menor actividad, debiéndose publicar los turnos con una antelación de 7 días.

Con la reforma introducida por la Ley 3/2012, ya no se requiere el pacto sobre este aspecto, dado que se ha modificado el apartado 2º del art. 34 ET y se ha introducido la posibilidad de que «mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto en contrario, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 por ciento de la jornada de trabajo».

Con la distribución irregular de la jornada la empresa trata de dar cobertura a aquellas necesidades que puedan surgir en el proceso productivo durante el periodo de reducción, dado que no podrán recurrir a las horas extraordinarias. Estas horas están prohibidas por el art. 47.2 ET, salvo fuerza mayor. Antes de la reforma de 2012 esta prohibición tenía su justificación en que nos hallábamos ante una prestación de servicios a tiempo parcial y el art. 12.4.c) del ET prohibía realizar este tipo de horas, ahora bien, tras la reforma de 2012 esta exclusión ha desaparecido del contrato a tiempo parcial, mantenido el art.47.2 ET con el texto anterior³⁰².

³⁰¹ Cada uno de los responsables se encargarán de que el calendario esté accesible públicamente el día 1 de cada mes. En este acuerdo se pactan incluso las modalidades de reducción: —agrupar los días en que estará suspendido hasta un máximo de los días de suspensión correspondientes a un mes(4 días) atendiendo a las necesidades de la empresa. —Reducir el horario diariamente por las horas que correspondan. —Cada trabajador podrá no trabajar un día a la semana.

³⁰² La Ley 3/2012, de 10 de Febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral en su art. 5 regulador del *contrato a tiempo parcial*, modifica la letra c) del apartado 4 del artículo 12 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, quedando redactada del siguiente modo: «c) Los trabajadores a tiempo parcial

Tras esta afirmación hay que plantearse, a quien es extensible esta prohibición de realización de horas extraordinarias, ¿a todos los trabajadores de la plantilla de la empresa que presenta el ERE o sólo a los incluidos en él? La Ley no dice nada al respecto, pero si no la extendemos a toda la plantilla no tendrá sentido la prohibición porque estaríamos admitiendo la reducción de la jornada de algunos para incrementar la de otros. En el Exp.98/09 de 11 de mayo 2009, se pacta la exigencia de no realizar horas extraordinarias durante todo el periodo de duración del expediente y se obliga a que no desaparezca ninguno de los departamentos preexistentes al expediente.

Ante la imposibilidad de realización de horas extras ¿cómo se pueden salvar las situaciones de la empresa en las que tengan periodos punta de producción con necesidad de horas adicionales? Los trabajadores con jornadas reducidas podrán cubrir esas necesidades y esos «excesos de jornada» deberán acumularlos a fin de reducir el porcentaje de reducción de jornada autorizada³⁰³. La empresa tendría que solicitar una resolución complementaria pidiendo la disminución del tiempo por el que inicialmente se solicitó la reducción de jornada. Esta solución se adopta en el Exp.342/11 de 25 de Noviembre, en el que se acepta que cuando sea necesario recuperar al personal afectado por el ERE deberá preavisárselo al trabajador y todo el tiempo por el que sea requerido deberá ser descontado del periodo solicitado.

IV.3.5. La participación colectiva previa a la reducción de jornada

Esta fase de participación colectiva en la decisión empresarial de reducción de jornada es previa a la resolución administrativa y

podrán realizar horas extraordinarias. El número de horas extraordinarias que se podrán realizar será el legalmente previsto en proporción a la jornada pactada. Las horas extraordinarias realizadas en el contrato a tiempo parcial computarán a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y bases reguladoras de las prestaciones. La realización de horas complementarias se registrará por lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo.

En todo caso, la suma de las horas ordinarias, extraordinarias y complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado uno de este artículo.»

³⁰³ En el mismo sentido F. FERRANDO GARCÍA, «La reducción del tiempo de trabajo...», op. cit., p. 234.

requiere el inicio de un periodo de consultas. Durante éste los representantes legales y el empresario intentarán alcanzar un acuerdo que garantice la autorización de la medida por parte de la Autoridad Laboral.

Esta fase del control colectivo de la decisión, unilateralmente adoptada por el empresario, es fundamental para conocer las causas alegadas, sus efectos sobre la plantilla, la necesidad de la medida, la proporcionalidad de la reducción de jornada solicitada en relación con la causa, etc., pero para que exista un «auténtico control» tiene que existir una representación legal de los trabajadores y en la práctica nos venimos encontrando que muchas empresas no la tienen, fundamentalmente, por su tamaño pequeño o mediano, aunque ello no sea una razón excluyente de este tipo de representaciones.

El periodo de consultas tendrá efectos beneficiosos para los trabajadores si se dan estos tres elementos: 1º) negocian unos representantes legales conocedores de la situación empresarial, no una mera representación nombrada «ad hoc» legitimada temporalmente para negociar en esa situación de dificultad, 2º) el empresario negocia de «buena fe» y tiene interés por alcanzar un acuerdo, 3º) el acuerdo le reporta tanto a los trabajadores como al empresario algún tipo de beneficio o, al menos, a éste último le facilita el camino de la puesta en marcha de su decisión de reducción. Si alguno de estos condicionantes no se dan la participación colectiva pierde eficacia.

En cuanto al primer elemento hay que decir que en muchos de los EREs revisados encontramos, que los sujetos negociadores no son éstos, sino miembros de una comisión «ad hoc» que se elige para negociar, lo que dificulta el proceso negociador ya que desconocen la situación empresarial. La mayoría de las empresas afectadas no cuentan con representación legal de los trabajadores, son muchos los EREs en los que se nombran comisiones (Exp.425/09 de 28 noviembre 2009, la reducción afecta a 18 trabajadores de 27; Exp. 444/09 30 diciembre 2009, que afecta a 11 trabajadores, siendo éstos el 84,61% de la plantilla; Exp.283/10 de 15 de Diciembre, afecta una empresa con 17 trabajadores (dos centros sin representación); Exp.313/10 de 28 de Febrero, que afecta a 106 trabajadores; Exp.312/10 de 14 de Diciembre, que afecta a 58 trabajadores; Exp.326/10 de 2 de Diciembre, que afecta a los 4 trabajadores de la plantilla; Exp.328/10 de 29 noviembre 2010, que afecta a 26 de los 35 trabajadores; Exp.240/2010 de 8 de octubre, son 48 trabajadores los incluidos; Exp.279/2010 de 19 de noviembre, afecta a 3 trabajadores

de un total de 5³⁰⁴; Exp.282/2010 de 14 de Diciembre, afecta a los 79 trabajadores de la plantilla³⁰⁵). No obstante, con la Ley 35/2010 el empresario seguía interesado en alcanzar un acuerdo, ya que éste le facilitaba el camino a la resolución administrativa autorizatoria.

También nos encontramos con bastante asiduidad que ante la ausencia de representación no se nombra una representación «ad hoc», sino que la empresa opta por negociar directamente con los trabajadores, alcanzando acuerdos individuales (Exp.450/09 de 15 de enero 2010 que afecta a 6 trabajadores; Exp.429/09 de 8 de enero 2010 que afecta a 15 trabajadores (14 suspensiones y 1 reducción); Exp.317/10 de 18 de Noviembre que afecta a 4 de 23 trabajadores). Estos acuerdos son sólo tenidos en cuenta por la Autoridad laboral a la hora de resolver.

En cuanto al segundo y tercer elemento, relacionados con la «buena fe» negociadora y el interés por alcanzar un «acuerdo» hay que decir que ambos son determinantes del contenido final de la solicitud empresarial, no en vano, un elevado porcentaje de EREs acaban con acuerdo y con condiciones mejoradas con respecto a la solicitud inicial.

Con la reforma introducida por la Ley 3/2012, ha desaparecido el interés del empresario por el logro del acuerdo, ya que sea cual sea el resultado del periodo de consultas, éste no tendrá que recurrir a la Administración laboral para que le autorice la reducción de jornada decidida, dado que ha sido eliminada la autorización previa.

IV.3.5.1. *Plan de acompañamiento social*

Los planes sociales nacieron adscritos a los despidos colectivos, pero siempre han sido una institución ignorada en los expedientes de regulación de empleo extintivos, lo que hacía impensable su extensión a otras situaciones de regulación de empleo. La Ley 35/2010 los extiende a las suspensiones contractuales y a las reducciones de jornada³⁰⁶, si bien es cierto, que la última reforma introducida por la Ley 3/2012, ya no los exige para estas situaciones.

³⁰⁴ La reducción de jornada varía para cada trabajador en uno es del 25% en 2 del 16,66% y la autorización durante 180 días.

³⁰⁵ Se autoriza un 20% de reducción durante un año.

³⁰⁶ La última reforma introducida en 2012 suprime esta figura de las reducciones de jornada, de la misma forma que elimina la posibilidad de incrementar

En la práctica de los EREs extintivos hemos podido comprobar que el plan social suele contener medidas, fundamentalmente, para acompañar a los despidos, en escasas ocasiones, el plan contiene medidas para evitarlos, para que así fuera debía recurrirse al expediente de regulación de empleo de forma anticipada a la situación crítica a la que pueda llegar la empresa.

Cuando se opta por un ERE de reducción de jornada, la empresa se halla en una situación coyuntural, ello le permite mantener el empleo y no extinguir, quizás, por ello, se extendió la exigencia del plan a esta situación. Pero, ¿tiene carácter obligatorio o es discrecional para el empresario?. Desde la letra de la Ley podríamos sostener su obligatoriedad en todos los EREs de reducción de jornada, pero la teoría choca de frente con la realidad, porque son muchos los expedientes que se presentan sin un plan social adecuado y, sin embargo, se acaban autorizando con esa deficiencia. En el Exp.324/11 de 8 de Noviembre, el informe del Inspector de Trabajo señala que no se han adoptado medidas para evitar o reducir los efectos de la regulación de empleo, es decir, medidas sociales y que el acuerdo adoptado no es válido, porque no están representados todos los afectados, pero la resolución acaba siendo autorizatoria de la reducción de jornada, pese a no existir plan social alguno, tras comprobar la concurrencia de las causas.

Lo que observamos en los expedientes analizados es confusión en torno a cuál deber ser el contenido de un plan social y el de un plan de viabilidad, por ejemplo, en el Exp.313/10 de 28 de Febrero o en el Exp.312/10 de 14 de Diciembre, el plan social que se presenta para paliar o impedir otras medidas más drásticas de reducción de plantilla contiene: medidas de ajuste de los costes salariales y de Seguridad Social a las actuales circunstancias de producción, ante la disminución que tiene de su carga de trabajo. En este plan, que erróneamente se denomina «social» se plantean medidas para el fortalecimiento de los mercados nacionales e internacionales, así como, el mantenimiento de la totalidad de los puestos. La única medida propuesta que se puede calificar de «social» son unos cursos de formación ofrecidos para los períodos de no ocupación. También encontramos esa confusión de figuras en el Exp.22/2009 de 19 febrero 2009.

la bonificación en las cuotas por contingencias comunes a la Seguridad Social si el empresario adoptaba determinadas medidas sociales en el acuerdo final.

Expuestas las dificultades en relación al plan social, examinemos en qué tipo de medidas sociales está pensando el legislador cuando lo incluye en los expedientes de reducción de jornada. El art. 23 RD 801/2011, refiriéndose al plan social, exige que contenga medidas para evitar o reducir los efectos de la regulación de empleo y para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, así como, medidas adecuadas a la situación coyuntural que atraviesa la empresa. Más allá de marcarse los objetivos, el legislador en el párrafo 3º del art. 23 indica algunas de las medidas que podrá contener, tales como: 1) Medidas formativas que aumenten la polivalencia e incrementen la empleabilidad del trabajador; 2) Medidas para la conciliación basadas en la flexibilidad interna; 3) Otras medidas que favorezcan el mantenimiento del empleo.

Este no es el único precepto referido al plan social de los EREs de reducción de jornada, porque la Ley 35/2010 en su art. 9, modificando la Ley 27/2009, de 30 de Diciembre, a la que le añade un apartado 2 bis) a su art. 1, se manifiesta, de nuevo, sobre el contenido del plan social a fin de expresarse en torno a las bonificaciones que puede obtener el empresario en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, si presenta en el ERE de reducción de jornada o de suspensión de contratos con un determinado contenido.

Ya hemos mencionado las escasas medidas sociales susceptibles de incluirse en los planes sociales que acompañan a las reducciones de jornada y en la práctica no es mucho más rica de contenidos.

Atendiendo a las tesis anteriores en torno a las medidas sociales, habría que descartar las medidas puramente económicas, sin embargo, también las encontramos, éstas vienen a compensar los perjuicios que ocasiona la reducción de salario. Cuando la reducción de jornada afecta a trabajadores que no tienen derecho a desempleo, la empresa complementa hasta el 90% o el 95% de su salario neto anual, el porcentaje está en función del salario anual del trabajador, más o menos de 24.000 € al año (Exp.282/2010 de 14 de Diciembre). A veces, este complemento no se garantiza sólo a los trabajadores que no tienen derecho a desempleo, sino que se extiende a todos los afectados un complemento que, sumado al importe bruto de la prestación contributiva de desempleo, alcance el 80% del

salario bruto de los días afectados (Exp.11/09 de 27 de Febrero³⁰⁷), el 90% del salario bruto en el Exp.425/09 de 28 noviembre 2009 y en el Exp.97/09 de 14 de Abril e incluso el 100% del salario neto que venga percibiendo el trabajador en el Exp.313/10 de 28 Febrero 2010, en el Exp.312/10 de 14 diciembre 2010 o en el Exp.319/09 de 22 de Septiembre. En el Exp.235/2010 de 3 de noviembre, se acuerda un incentivo, como es el pago único de 500 € brutos, por cada módulo de 5 horas semanales de reducción horaria. En el Exp.98/09 de 11 de Mayo, se pacta un complemento lineal de 250 € durante los 6 primeros meses y 350 € en los restantes, salvo quienes se hallen topados en los máximos de la prestación por desempleo que seguirán percibiendo 250 €.

En algún caso aislado, como puede ser el Exp.98/09 de 11 de Mayo, se prevé compensación si tras la celebración del ERE de reducción de jornada, se presentara otro de suspensión de contratos, reducción de la jornada, o incluso de extinción de la relación laboral, y el trabajador no tuviera derecho a la prestación por desempleo, en cuyo caso, la empresa asumirá el pago de la cuantía que le correspondiera de prestación durante 8 meses, como máximo.

Otras veces, las medidas vienen a mitigar el periodo de espera entre la reducción de jornada y la percepción del desempleo parcial, asumiendo la empresa el salario de las horas de reducción hasta que se perciban las prestaciones de desempleo (Exp. 313/10, de 28 Febrero³⁰⁸, Exp.312/10 de 14 diciembre 2010).

En escasas ocasiones encontramos en estos planes sociales medidas de carácter formativo, en el Exp.15/2009, de 17 Abril de 2009, se habla de un plan de formación continua con cursos de perfeccionamiento profesional, pero esta medida no se llega a concretar. El Exp.287/2010 de 10 de noviembre, contiene acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de lo trabajadores con el objetivo de incrementar su polivalencia funcional, pero no se encuentra en ningún lugar en qué van a consistir estos cursos, cual va a ser su contenido, etc. También el Exp.313/10, de 28 Febrero, ofrece como

³⁰⁷ Para determinar cuál es el salario bruto se tomará como referencia el promedio del salario de los 12 meses anteriores al momento en que se presentó el ERE, quedando excluidas las cantidades correspondientes a pagas extras, premios y horas extraordinarias.

³⁰⁸ La misma medida de anticipación se adopta en el ERE 312/10 de 14 diciembre, Exp.425/09 de 28 Noviembre 2009, Exp. 313/10 de 28 Febrero 2010.

única medida, cursos en los períodos de no ocupación para los asalariados sin concretar su contenido. En el Exp. 257/10 de 29 octubre, se propone a los afectados hacer cursos de formación que puedan compatibilizar con las reducciones y suspensiones.

En numerosos planes se pacta que el periodo de suspensión de los contratos de trabajo sea computado a los efectos del devengo de las pagas extraordinarias y a efectos del periodo de disfrute de las vacaciones (Exp.11/09 de 27 de Febrero, Exp.353/11 de 7 de Diciembre), de forma que no sufran los trabajadores reducción ni de las pagas extras ni del periodo vacacional.

Otros contenidos sociales son las cláusulas en las que las partes pactan que queda en suspenso la aplicación de la cláusula de exclusividad pactada y firmada en contrato de trabajo, es decir, permite el pluriempleo siempre que se cumplan algunas condiciones: 1º) Que se comunique la situación a la empresa para que ajuste la cotización de conformidad con las reglas de Seguridad Social. 2º) Que no se produzca menoscabo de la propia actividad de la empresa, dedicación y disponibilidad adecuada ni afecte al horario a realizar en la empresa; 3º) Que no exista incompatibilidad, competencia ni conflicto de intereses con el trabajo que se lleva a cabo en la empresa (Exp.353/11 de 7 de Diciembre).

En este punto, nos planteamos la compatibilidad de la reducción de jornada con la posible contratación del trabajador por otra empresa, entendiendo que no existe incompatibilidad alguna; sin embargo, en algún ERE se hace constar esta opción del trabajador de forma expresa, en el Exp.409/11 de 27 de Diciembre, se prevé que los trabajadores podrán prestar servicios temporalmente en otra compañía, sin que ello suponga renunciar a su puesto de trabajo. Pero esta posibilidad impedirá al trabajador afectado acudir a cualquier llamamiento que le haga la empresa fuera de los plazos y periodos establecidos, por lo que la empresa solicitante de la regulación de empleo no podrá obligar al trabajador a prestar servicios fuera del horario pactado con la reducción.

En el Exp. 353/11 de 7 de Diciembre se pacta también que durante la vigencia del ERE de reducción de jornada no se puede contratar a ninguna persona para suplir las funciones del personal afectado por el expediente, también se compromete la empresa a no realizar ningún despido con base en las causas del ERE presentado (económicas, organizativas o productivas).

Otra modalidad de medida que encontramos se relaciona con la indemnización a percibir en caso de despido de alguno de los trabajadores afectados tras la reducción de jornada, que se calculará conforme a la base de cotización que le hubiera correspondido a jornada completa (Exp.313/10 de 28 de Febrero).

IV.3.6. El procedimiento administrativo de reducción de jornada

El procedimiento administrativo del expediente de regulación de empleo del art. 51 ET será aplicable a las reducciones de jornada, cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados por la suspensión (art. 47, redactado conforme a la Ley 35/2010). El empresario tiene que consultar a los órganos de representación de los trabajadores para tratar de alcanzar un acuerdo con ellos y solicitar la autorización a la autoridad laboral para llevar a cabo las reducciones de jornada.

Con la última reforma introducida por la Ley 3/2012 ha desaparecido esta fase administrativa, porque se ha eliminado el control público de la decisión empresarial de reducción de jornada. La supresión de esta fase no sólo supone la eliminación de un importante filtro que debía pasar la decisión empresarial, sino que implica, a su vez, un debilitamiento del derecho de participación de los representantes legales de los trabajadores en el periodo de consultas, ello se debe a la pérdida de interés del empresario por alcanzar un acuerdo en esta fase, en tanto que, sea cual sea el resultado de ésta, podrá adoptar la decisión que estime oportuna.

En el seguimiento realizado de los diferentes expedientes se han podido comprobar los efectos positivos que el control público y la actuación de la Inspección de Trabajo tienen sobre la decisión empresarial final. Así, por ejemplo, en el Exp.353/11 de 7 de Diciembre, observamos que la empresa solicita una reducción de un 18% de la jornada durante 18 meses a 249 trabajadores (plantilla de 353) y tras el proceso de negociación en el periodo de consultas y la mediación de la autoridad laboral acaban acordando que la reducción se limita a un 14% durante un año y que afecte a 231 trabajadores de los 353 de la plantilla. En el Exp.11/09 de 27 de Febrero, lo que se produce es un cambio de medida, inicialmente se solicitan reducciones de jornada de un 33% para 1990 trabajadores durante un año y las partes acaban acordando que se produzcan suspensiones

rotativas por centros de trabajo durante un año a 1954 trabajadores o en el Exp.111/09 de la reducción que se solicitaba de 42,12% pasa a acordarse una suspensión de 38,71% (96 días laborables). Lo mismo sucede en el Exp.348/11 de 3 de enero, en el que se solicita reducción de jornada en un porcentaje del 25% durante un año para 1260 trabajadores y 180 extinciones y tras un largo periodo de negociación sin alcanzar acuerdo, la Administración acaba autorizando la reducción de un 25% durante un año extendida a 1972 trabajadores, y rechazando las 140 extinciones solicitadas. También se observan cambios tras el periodo de negociación en el Exp.429/09 de 8 de Enero 2010 en el que se solicitan 19 reducciones de jornada y se acaba acordando 14 suspensiones y 1 reducción de jornada. En el Exp.53/09 de 8 abril se reduce el número de horas de 38 h. de reducción inicialmente solicitadas a 25,20 h. acordadas.

IV.3.6.1. *Documentación justificativa de la reducción de jornada*

El art. 47.1 b) ET señala que la documentación será la «estrictamente necesaria» para demostrar que la medida temporal de reducción de jornada es ineludible para superar una situación de carácter coyuntural que sufre la empresa. El art. 22 del RD 801/2011 no se detiene mucho más en la descripción de la documentación que se presentará con la solicitud que el citado precepto y establece que si la causa aducida por la empresa es de índole económica, la documentación exigible, según el art. 6.2, se limitará a la del último ejercicio económico, así como, a las cuentas provisionales del vigente. No se refiere a las técnicas, organizativas o de producción por lo que entenderemos que es aplicable lo previsto para los EREs extintivos.

Generalmente, los documentos que acompañan a un ERE de reducción de jornada son:

- El escrito de solicitud del ERE.
- La comunicación de apertura del periodo de consultas, solicitando informe a los representantes legales de los trabajadores de los centros afectados.
- Memoria explicativa de causas que determinan el expediente con un informe técnico de las causas motivadoras del expediente. Este documento suele ir acompañado en el caso de causas económicas de las cuentas anuales de los últimos tres años.

- Lista de trabajadores afectados y en algunos casos los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados.
- Plan de acompañamiento social.

IV.3.6.2. *Memoria explicativa de las causas*

La memoria explicativa de las causas que determinan el ERE no es tan extensa como para los EREs extintivos, el propio RD 801/2011 prevé que si la causa es económica el empresario se limitará a la del último ejercicio económico y a las cuentas provisionales del año en curso, sin embargo, la realidad demuestra que apenas encontramos variación entre una y otra modalidad de expediente porque el empresario cuando alega causas económicas, sigue presentando los últimos dos años³⁰⁹.

En cuanto al contenido que tiene esta memoria cuando el ERE viene justificado por causas técnicas, organizativas o de producción es difícil determinarlo porque la tendencia es que el empresario alegue, sino las cuatro causas posibles, al menos, dos o tres, de forma que entre ellas casi siempre encontramos las económicas y, por tanto, los documentos a los que nos hemos referido anteriormente.

IV.3.6.3. *Trabajadores afectados*

Cuando el ERE de reducción de jornada sólo afecte a una parte de los trabajadores de la plantilla será importante que el empresario declare los criterios elegidos para seleccionar a los trabajadores a fin de eliminar la arbitrariedad en su selección.

En general, en los expedientes analizados no encontramos colectivos de trabajadores especialmente afectados o perjudicados, porque la tendencia de éstos es incluir a toda la plantilla. Sí existen las de algunas cláusulas protectoras de trabajadores, como son aquellos que ya están afectados por una reducción de jornada por

³⁰⁹ En el Exp.284/10, de 1 de Diciembre 2010, que se presenta por todas las causas legales previstas, como se puede observar no se limitan a presentar el último año de cuentas sino que lo hacen de los últimos 3 años, incluyendo las previsiones del próximo año.

guarda legal, a los que suele dejárseles fuera del ERE, salvo que decidan renunciar a la reducción de jornada por guarda legal estando vigente el expediente³¹⁰. También se protege, en algún caso, a los trabajadores que no tienen un periodo de carencia suficiente para acceder al desempleo³¹¹ o a los que ya tienen un contrato a tiempo parcial³¹².

Atendiendo a las estadísticas se puede comprobar que el número de hombres afectados duplica el de mujeres, fundamentalmente, porque el número de mujeres que ya están a tiempo parcial es muy elevado. De las 51222 personas afectadas por un ERE de reducción de jornada en los últimos once meses de 2011 resulta que el 66,96% eran hombres, por lo que la tasa de mujeres afectadas por esta modalidad de EREs no alcanza el 34%.

TRABAJADORES AFECTADOS POR REDUCCIÓN DE JORNADA SEGÚN SEXO			
AÑOS	TOTAL	VARONES	MUJERES
2001	771	461	310
2002	1.268	851	417
2003	2.008	1.374	634
2004	525	318	207
2005	850	572	278
2006	157	82	75
2007	226	124	102
2008	2.675	1.876	799
2009	20.591	15.148	5.443
2010	38.270	27.730	10.540
2011	60.512	40.871	19.641

Cuadro realizado a partir de la muestra de los datos que ofrece el Ministerio de Trabajo e Inmigración en la página web: <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>

³¹⁰ Exp.425/09 de 28 noviembre 2009. Exp.353/11 de 7 de Diciembre, en él se deja claro que no les afectará a estos trabajadores. El Exp.342/11 de 25 de Noviembre, prevé expresamente que no afectará a dos trabajadoras embarazadas hasta su reincorporación después de la maternidad, y partir de ese momento, dependiendo de si reducen o no voluntariamente su jornada por guarda legal se les podrá incluir en el ERE (si no reducen la jornada por guarda legal voluntariamente se les aplicará una reducción del 20% como al resto de la plantilla).

³¹¹ En el Exp.15/09 de 3 de Abril 2009 se solicita por parte de la representación legal de los trabajadores que no se afecte a los que no tienen acceso al desempleo.

³¹² Exp.425/09 de 28 noviembre 2009.

IV.3.7. El resultado de las consultas y la resolución administrativa

La resolución administrativa será la que autorice o deniegue al empresario las reducciones de jornada solicitadas, pero esta resolución final depende, en buena parte, del resultado del periodo de consultas. Si se alcanza acuerdo, la autoridad laboral se limitará a aceptarlo, una vez que compruebe que no existe fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su obtención. Por esta razón, la mayoría de las regulaciones de empleo se presentan con acuerdo, ya sean de carácter extintivo, suspensivo o de reducción de jornada.

En general, atendiendo a la totalidad de EREs de 2011 encontramos que 19.314 han sido acordados frente a los 1.793 no acordados, lo que supone que sólo un 9,2% de los expedientes no se pactan. En particular, en materia de reducción de jornada en 2011 se pactan 5.988 EREs frente a 417 no pactados. El elevado número de acuerdos se repite en todas las modalidades de expediente, porque en ese mismo año se presentaron pactados 3897 expedientes de extinción frente a 398 que fueron sin acuerdo; o en suspensiones fueron acordados 9.429 frente a 978 no acordados.

En caso de desacuerdo, la autoridad laboral será la que decida finalmente si autoriza o no el ERE de reducción de jornada, para lo cual tendrá que comprobar que concurren las causas alegadas y que la medida solicitada es proporcional y razonable.

AÑOS	PACTADOS				NO PACTADOS			
	TOTAL	EXTINCIÓN	SUSPENSIÓN	REDUCCIÓN	TOTAL	EXTINCIÓN	SUSPENSIÓN	REDUCCIÓN
2001	3.230	2.147	1.010	73	1.351	277	1.062	12
2002	3.514	2.391	1.047	76	960	472	476	12
2003	3.491	2.219	1.177	95	838	411	403	24
2004	3.742	2.431	1.247	64	663	177	478	8
2005	3.088	1.738	1.283	67	889	178	691	20
2006	3.065	2.140	886	39	416	136	278	2
2007	3.163	2.190	945	28	631	129	499	3
2008	5.583	2.733	2.602	248	666	181	458	27
2009	17.532	3.693	11.849	1.990	1.902	292	1.469	141
2010	15.636	3.151	9.515	2.970	1.633	330	1.096	207
2011	19.314	3.897	9.429	5.988	1.793	398	978	417

Cuadro propio realizado a partir de la muestra de Expedientes de Regulación de Empleo consultados para la realización de esta investigación que se ciñe a los años: 2009, 2010 y 2011.

En algún caso aislado, como es el Exp.283/10 de 15 de Diciembre 2010, se alcanza un acuerdo de dudosa legalidad a juicio del Inspector actuante, que considera que el acuerdo es insuficiente, dado que hay cuatro trabajadores que estima no están representados en él y, además, observa un grave defecto formal en la solicitud con respecto al plan social, porque las acciones formativas no se especifican y ni siquiera considera que exista la causa aducida por la empresa. Sin embargo, la existencia del acuerdo justifica una resolución de carácter autorizatorio.

Ante los EREs no pactados la Autoridad Laboral tiene un mayor abanico de posibilidades a la hora de resolver, no tiene que quedarse en la autorización de la solicitud inicial pudiendo autorizar las últimas peticiones de los trabajadores contenidas en el último «acta de consultas».

IV.3.8. Medidas estatales de apoyo a la reducción de jornada

El art. 9 de la Ley 35/2010, contempla medidas de apoyo a la reducción de jornada y a la suspensión de contratos de trabajo. El legislador reconoce, primero, que con el desempleo parcial sólo se consume la prestación por desempleo en función de las horas que se reduce la jornada, no por días completos, como sucedía anteriormente; segundo, que el empresario tendrá bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social si alcanza acuerdo con los representantes ante esta medida.

El objetivo de estas medidas es incentivar el recurso empresarial a estas modalidades de expedientes, que permiten la conservación de los puestos de trabajo y, por otro lado, vencer la resistencia de los representantes de los trabajadores a la adopción de un acuerdo en este sentido.

IV.3.8.1. El desempleo en la reducción de jornada

En materia de prestaciones por desempleo, la Ley 35/2010 ha introducido una significativa modificación, dado que se ha empezado a acuñar el término desempleo parcial, de forma que, la consunción de prestaciones se producirá por horas y no por días, el porcentaje consumido será equivalente al de reducción de jornada autorizada,

lo que elimina la posibilidad de que pese a la reducción de horas diaria se consumiera desempleo por días completos, lo que provocaba una mayor utilización de la extinción que de la reducción, ya que conllevaba igual consumo de prestaciones.

Se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria aquella que se autorice por un período, 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, lo que limita su aplicación en los casos de contratos temporales afectados por un ERE de reducción temporal de la jornada diaria, cuyo periodo temporal de aplicación se mantenga hasta la fecha de la finalización del contrato temporal.

La reducción de un porcentaje de la jornada puede dar lugar a un cese de la actividad diaria parcial o por días completos, en el primer caso, estaríamos ante un «desempleo parcial» y en el segundo ante un «desempleo total», produciéndose un cese de la actividad en días alternos, si fueran continuados estaríamos ante una suspensión contractual.

No obstante, se observa una disfunción entre la normativa laboral y de Seguridad Social, porque la primera se refiere a los límites mínimo y máximo, sin distinguir si se refiere a la jornada ordinaria diaria, semanal, mensual o anual (art. 47.2 ET), mientras la Ley de Seguridad Social alude a los citados límites como requisito para considerar la existencia de desempleo parcial, cuando la reducción de la jornada afecta a la disminución del trabajo diario (art.203.3 LGSS).

El límite mínimo y máximo se tendrá en cuenta en un periodo de referencia semanal, mensual o anual, de forma que la reducción del tiempo de trabajo no podrá superar el 70% de la jornada diaria ordinaria, porque atendiendo a la normativa reguladora de la protección por desempleo, el trabajador no tendría derecho a prestación, ya que de conformidad con el apartado 2 del art. 203 LGSS no estaría en situación de desempleo total, por no cesar en la actividad un día completo, pero tampoco en desempleo parcial, dado que la reducción de jornada diaria supera el 70%. Otra interpretación en la que se admitiera las reducciones de jornada por encima del tope produciría una merma en la protección social de los trabajadores, que resultaría inadmisibles y sin sentido, dado que antes de la última reforma este perjuicio no se podía dar, puesto que la LGSS no

contemplaba un límite máximo a la reducción de la jornada que determinara el acceso al desempleo parcial³¹³.

Los trabajadores a los que se haya suspendido su contrato de trabajo o reducido su jornada en virtud de un expediente de regulación de empleo, que posteriormente vean extinguido su contrato de trabajo mediante un nuevo ERE extintivo (art.51 ET) o por un despido objetivo (art.52 c) ET), tendrán derecho a la reposición de la prestación por desempleo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial durante las situaciones previas de suspensión del contrato o reducción de jornada hasta un máximo de 180 días (art. 3.1 Ley 27/2009).

La última reforma de 2012 retoma este beneficio y lo mantiene siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2012, ambos inclusive; b) Que el despido se produzca entre el 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013.

La reposición prevista en el apartado 1 de este artículo será de aplicación cuando en el momento de la extinción de la relación laboral: a) Se reanude el derecho a la prestación por desempleo. b) Se opte por la reapertura del derecho a la prestación por desempleo inicial, en ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 210.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. c) Se haya agotado la prestación por desempleo durante la suspensión o la reducción de jornada y no se haya generado un nuevo derecho a prestación por desempleo contributiva.

No en vano, encontramos muchos expedientes en los que se pone como condición que la suma de las reducciones no supere el total de 180 días de consumo de la prestación contributiva de desempleo, calculado individualmente por trabajador (Exp.313/10 de 28 de Febrero).

IV.3.8.2. *Bonificaciones en las cuotas a la seguridad social*

El RD-Ley 2/2009 y, posteriormente, la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, regularon la aplicación de bonificaciones de cuotas en

³¹³ F. FERRANDO GARCÍA, «La reducción del tiempo de trabajo...», op. cit., p. 239-240.

los supuestos de expedientes de regulación de empleo por suspensión o reducción de jornada —50% en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes y durante un periodo máximo de 240 días— a fin de fomentar estas medidas tendentes a garantizar el mantenimiento del empleo, adquiriendo el empresario el compromiso de mantener a los trabajadores afectados durante el año posterior a la finalización de la suspensión o reducción.

El RD-Ley 10/2010, y posteriormente, la Ley 35/2010, amplían el referido derecho a la bonificación del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes hasta el 80%, cuando la empresa en los procedimientos de regulación de empleo que hayan concluido con acuerdo, incluya medidas para reducir los efectos de la regulación temporal de empleo entre los trabajadores afectados, tales como: acciones formativas durante el período de suspensión de contratos o de reducción de jornada, cuyo objetivo sea aumentar la polivalencia del trabajador o incrementar su empleabilidad, o cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa. Esta regulación, que posibilita la ampliación de la bonificación, únicamente, puede darse si el expediente de regulación de empleo ha finalizado con acuerdo, sin extenderlo a los expedientes que hayan finalizado sin acuerdo, aunque la autoridad laboral haya considerado procedente su autorización, ello conllevará, un elemento más de presión en el periodo de consultas, al tener la representación de los trabajadores «la llave» del aumento de la bonificación, que ha desaparecido con la Ley 3/2012.

La bonificación queda comprometida a que el empresario mantenga el empleo de los trabajadores afectados durante al menos seis meses con posterioridad a la finalización de la suspensión o reducción autorizada, procediendo, en caso de incumplimiento de esta obligación, al reintegro de las bonificaciones aplicadas respecto de dichos trabajadores.

Estas bonificaciones nos llevan a preguntarnos por el contenido real de los planes sociales que se presentan y que las justifican. Entre los planes sociales que acompañan a los EREs de reducción de jornada no hemos encontrado ninguna que descienda al detalle de las medias ofrecidas por la empresa, sin embargo, las empresas están disfrutando de las bonificaciones, lo que nos lleva a preguntarnos, ¿está utilizándose esta medida de forma fraudulenta? El Exp.283/10

de 15 de Diciembre, presentado con acuerdo fue autorizado y bonificado con el porcentaje del 80% en las cuotas a la Seguridad Social, pese a que el Inspector actuante observa que en el plan social presentado no se delimitan o especifican las acciones formativas que ofrece la empresa, y así lo hace constar en su informe.

Preocupa, por tanto, el contenido de las acciones formativas que pueden llevar al empresario a unas deducciones del 80%, porque como ya señalan algunos autores «habrá que concretar por medio del desarrollo reglamentario estos supuestos que afectan a una cuestión tan importante como el derecho a bonificaciones de manera que quede garantizado el valor formativo de las acciones llevadas a cabo por la empresa. Cabría en este punto cierto control o fiscalización a cargo de los Servicios públicos de empleo o de la Autoridad laboral que autorizó el ERE»³¹⁴.

La ampliación de la bonificación al 80% ha desaparecido con la Ley 3/2012 que sólo mantiene la bonificación del 50% 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 por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o fuerza mayor, 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.

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, vuelve a ampliarse con respecto a los 6 meses que se requerían antes. En caso de incumplimiento de esta obligación, deberá reintegrar las bonificaciones aplicadas respecto de dichos trabajadores, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, 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 como procedente, dimisión, muerte, jubila-

³¹⁴ D. TOSCANI y J. LÓPEZ GANDÍA, *La Reforma laboral de 2010. Análisis de la ley 35/2010 de 17 de septiembre de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, El Derecho y Quantor, Madrid, 2011, p. 273.

ción o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador.

Por lo tanto, las empresas que hayan extinguido o extingan por despido reconocido o declarado improcedente o por despido colectivo contratos a los que se haya aplicado la bonificación establecida en este artículo quedarán excluidas por un periodo de doce meses de la aplicación de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social. La citada exclusión afectará a un número de contratos igual al de las extinciones producidas. El periodo de exclusión se contará a partir del reconocimiento o de la declaración de improcedencia del despido o de la extinción derivada del despido colectivo.

Anexo I

LISTADO DE EXPEDIENTES CONSULTADOS (por número de Resolución/Fecha)

Remedios Menéndez Calvo

AÑOS		
2009	2010	2011
4/09, de 5 de febrero	188/10, de 8 de octubre	1/11, de 26 de enero
5/09, de 16 de enero	207/10, de 20 de octubre	11/11, de 8 de febrero
6/09, de 5 de febrero	216/10, de 28 de octubre	12/11, de 9 de febrero
7/09, de 19 de febrero	224/10, de 25 de octubre	17/11, de 31 de enero
9/09, de 27 de febrero	225/10, de 6 de octubre	246/11, de 26 de julio
10/09, de 4 de marzo	232/10, de 5 de octubre	247/11, de 19 de agosto
11/09, de 27 de febrero	235/10, de 3 de noviembre	248/11, de 17 de agosto
12/09, de 18 de mayo	240/10, de 8 de octubre	249/11, de 26 de julio
15/09, de 17 de abril	242/10, de 6 de octubre	250/11, de 28 de Julio
16/09, de 18 de febrero	243/10, de 6 de octubre	252/11 de 26 de julio
17/09, de 5 de marzo	244/10, de 15 de octubre	253/11, de 18 de agosto
20/09, de 18 de febrero	253/10, de 24 de noviembre	255/11, de 12 de agosto
21/09, de 9 de marzo	254/10, de 2 de noviembre	257/11, de 6 de septiembre
22/09, de 19 de febrero	255/10, de 20 de octubre	261/11, de 11 de agosto
23/09, de 30 de marzo	256/10, de 21 de octubre	264/11, de 29 de julio
28/09, de 6 de mayo	257/10, de 29 de octubre	265/11, de 18 de agosto
29/09, de 14 de mayo	258/10, de 10 de octubre	272/11, de 25 de agosto
30/09, de 5 de marzo	259/10, de 26 de octubre	286/11, de 7 de septiembre

(Cont.)

AÑOS		
2009	2010	2011
31/09, de 23 de febrero	260/10, de 16 de noviembre	290/11, de 14 de septiembre
33/09, de 27 de febrero	261/10, de 20 de octubre	320/11, de 10 de noviembre
34/09, de 11 de marzo	262/10, de 21 de octubre	324/11, de 8 de noviembre
35/09, de 3 de abril	263/10, de 16 de noviembre	337/11, de 2 enero de 2012
37/09, de 5 de marzo	264/10, de 3 de noviembre	338/11, de 9 de diciembre
38/09, de 26 de febrero	265/10, de 29 de noviembre	342/11, de 25 de noviembre
39/09, de 11 de marzo	266/10, de 24 de noviembre	348/11, de 3 de enero de 2012
40/09, de 18 de marzo	267/10, de 26 de noviembre	353/11, de 7 de diciembre
45/09, de 30 de marzo	268/10, de 11 de noviembre	370/11, de 23 de noviembre
46/09, de 11 de marzo	269/10, de 25 de octubre	371/11, de 18 de noviembre
53/09, de 8 de abril	270/10, de 25 de octubre	374/11, de 20 de diciembre
54/09, de 14 de abril	271/10, de 25 de octubre	382/11, de 30 de noviembre
56/09, de 6 de mayo	272/10, de 16 de noviembre	384/11, de 20 de diciembre
59/09, de 14 de Julio	274/10, de 16 noviembre	392/11, de 5 de diciembre
60/09, de 26 de marzo	275/10, de 22 de noviembre	409/11, de 27 de diciembre
61/09, de 24 de abril	277/10, de 19 de noviembre	427/11, de 20 de diciembre
67/09, de 12 de mayo	278/10, de 21 de enero de 2011	449/11, de 30 de enero de 2012
68/09, de 7 de abril	279/10, de 19 de noviembre	456/11, de 9 de enero de 2012
69/09, de 3 de abril	280/10, de 16 de noviembre	
72/09, de 3 de abril	281/10, de 27 de diciembre	
73/09, de 2 de abril	282/10, de 14 de diciembre	
74/09, de 27 de marzo	283/10, de 15 de diciembre	
76/09, de 3 de abril	284/10, de 1 de diciembre	
79/09, de 4 de junio	285/10, de 5 de noviembre	
86/09, de 18 de junio	286/10, de 3 de noviembre	
89/09, de 27 de marzo	287/10, de 10 de noviembre	
96/09, de 21 de mayo	288/10, de 19 de noviembre	
97/09, de 14 de abril	310/10, de 23 de diciembre	
98/09, de 11 de mayo	311/10, de 24 de noviembre	
99/09, de 17 de abril	312/10, de 14 de diciembre	
103/99, de 29 de abril	313/10, de 28 de febrero de 2011	
111/09, de 8 de mayo	314/10, de 23 de noviembre	
117/09, de 5 de mayo	315/10, de 20 de diciembre	

(Cont.)

AÑOS		
2009	2010	2011
120/09, de 4 de mayo	316/10, de 28 de diciembre	
129/09, de 20 de mayo	317/10, de 18 de noviembre	
131/09, de 28 de mayo	319/10, de 23 de noviembre	
141/09, de 30 de abril	320/10, de 3 de diciembre	
142/09, de 8 de junio	321/10, de 20 de diciembre	
152/09, de 12 de junio	326/10, de 2 de diciembre	
154/09, de 4 de junio	327/10, de 10 de diciembre	
155/09, de 16 de junio	328/10, de 29 de noviembre	
156/09, de 2 de junio	329/10, de 13 de diciembre	
160/09, de 18 de junio		
162/09, de 3 de agosto		
167/09, de 22 de mayo		
171/09, de 25 de mayo		
175/09, de 10 de junio		
177/09, de 15 de junio		
182/09, de 28 de julio		
186/09, de 19 de junio		
191/09, de 29 de julio		
198/09, de 31 de julio		
307/09, de 7 de Agosto		
309/09, de 25 de agosto		
311/09, de 11 de agosto		
316/09, de 9 de octubre		
319/09, de 22 de septiembre		
324/09, de 24 de agosto		
325/09, de 19 de noviembre		
326/09, de 6 de octubre		
327/09, de 1 de septiembre		
402/09, de 12 de noviembre		
403/09, de 12 de noviembre		
414/09, de 14 de julio		
416/09, de 21 de enero de 2010		
417/09, de 30 de noviembre		

(Cont.)

AÑOS		
2009	2010	2011
419/09, de 23 de noviembre		
421/09, de 24 de noviembre		
425/09, de 28 de noviembre		
426/09, de 30 de noviembre		
427/09, de 16 de diciembre		
429/09, de 8 de enero de 2010		
435/09, de 3 de diciembre		
437/09, de 4 de diciembre		
439/09, de 15 de enero de 2010		
444/09, de 30 de diciembre		
446/09, de 8 de enero de 2010		
447/09, de 3 de febrero de 2010		
448/09, de 13 de enero de 2010		
449/09, de 7 de enero de 2010		
450/09, de 15 de enero de 2010		
451/09, de 15 de enero de 2010		
452/09, de 17 de enero de 2010		
453/09, de 26 de enero de 2010		
455/09, de 27 de enero de 2010		
458/09, de 11 de enero de 2010		
461/09, de 2 de marzo de 2010		
463/09, de 1 de febrero de 2010		
466/09, de 17 de marzo de 2010		
467/09, de 12 de enero de 2010		

Anexo II
EL ESTUDIO EN CIFRAS
(Tablas y gráficos)

Remedios Menéndez Calvo

Tabla 1. Causas 2009 (técnicas, organizativas, de producción y/o económicas).

Expediente (2009)	CAUSAS			
	T	O	P	E
4/09, de 5 de febrero			X	
5/09, de 16 de enero			X	
6/09, de 5 de febrero		X	X	
7/09, de 19 de febrero			X	
9/09, de 27 de febrero				X
10/09, de 4 de marzo			X	X
11/09, de 27 de febrero			X	
12/09, de 18 de mayo			X	
15/09, de 17 de abril			X	
16/09, de 18 de febrero			X	X
17/09, de 5 de marzo				X
21/09, de 9 de marzo		X	X	
20/09, de 18 de febrero		X	X	
22/09, de 19 de febrero		X	X	
23/09, de 30 de marzo		X	X	X
28/09, de 6 de mayo			X	X
29/09, de 14 de mayo			X	X
30/09, de 5 de marzo			X	X
31/09, de 23 de febrero		X		X

Expediente (2009)	CAUSAS			
	T	O	P	E
33/09, de 27 de febrero			X	
34/09, de 11 de marzo		X	X	X
35/09, de 3 de abril		X		X
37/09, de 5 de marzo				X
38/09 de 26 de febrero			X	
39/09 de 11 de marzo				X
40/09, de 18 de marzo		X		X
45/09, de 30 de marzo			X	X
46/09, de 11 de marzo			X	X
53/09, de 8 de abril				X
54/09, de 14 de abril		X	X	X
56/09, de 6 de mayo		X	X	X
59/09, de 14 de Julio		X	X	
60/09, de 26 de marzo		X	X	
61/09, de 24 de abril		X	X	X
67/09, de 12 de mayo		X	X	X
68/09, de 7 de abril		X	X	
69/09, de 3 de abril				X
72/09, de 3 de abril	X	X	X	
73/09, de 2 de abril			X	X
74/09, de 27 de marzo			X	X
76/09, de 3 de abril				X
79/09, de 4 de junio		X	X	X
86/09, de 18 de junio		X		X
89/09, de 27 de marzo		X	X	
96/09, de 21 de mayo		X	X	X
97/09, de 14 de abril		X	X	
98/09, de 11 de mayo		X	X	
99/09, de 17 de abril		X	X	
103/09, de 29 de abril		X	X	
111/09, de 8 de mayo		X		X
117/09, de 5 de mayo			X	X
120/09, de 4 de mayo			X	X
129/09, de 20 de mayo		X		X
131/09, de 28 de mayo		X	X	
141/09, de 30 de abril			X	
142/09, de 8 de junio		X		X
152/09, de 12 de junio		X	X	
154/09, de 4 de junio			X	
155/09, de 16 de junio		X		X
156/09, de 2 de junio	X	X	X	

Expediente (2009)	CAUSAS			
	T	O	P	E
160/09, de 18 de junio			X	X
162/09, de 3 de agosto	X	X	X	X
167/09, de 22 de mayo		X	X	
171/09, de 25 de mayo		X	X	X
175/09, de 10 de junio		X	X	X
177/09, de 15 de junio			X	X
182/09, de 28 de julio		X	X	
186/09, de 19 de junio			X	X
191/09, de 29 de julio	X	X	X	X
198/09, de 31 de julio			X	X
307/09, de 7 de Agosto		X	X	X
309/09, de 25 de agosto		X	X	X
311/09, de 11 de agosto		X	X	X
316/09, de 9 de octubre	X	X	X	
319/09, de 22 de septiembre		X	X	X
324/09, de 24 de agosto		X	X	
325/09, de 19 de noviembre		X	X	
326/09, de 6 de octubre		X		X
327/09, de 1 de septiembre		X		X
402/09, de 12 de noviembre		X		X
403/09, de 12 de noviembre			X	X
414/09, de 14 de julio		X	X	X
416/09, de 21 de enero de 2010	X	X	X	X
417/09, de 30 de noviembre	X	X	X	X
419/09, de 23 de noviembre			X	X
421/09, de 24 de noviembre		X	X	X
425/09, de 28 de noviembre		X		X
426/09, de 30 de noviembre			X	X
427/09, de 16 de diciembre		X	X	X
429/09, de 8 de enero de 2010			X	X
435/09, de 3 de diciembre				X
437/09, de 4 de diciembre			X	X
439/09, de 15 de enero de 2010	X	X		
444/09, de 30 de diciembre			X	X
446/09, de 8 de enero de 2010			X	X
447/09, de 3 de febrero de 2010		X	X	X
448/09, de 13 de enero de 2010		X	X	
449/09, de 7 de enero de 2010		X	X	
450/09, de 15 de enero de 2010		X	X	
451/09, de 15 de enero de 2010		X	X	X
452/09, de 17 de enero de 2010		X		X

Expediente (2009)	CAUSAS			
	T	O	P	E
453/09, de 26 de enero de 2010		X	X	X
455/09, de 27 de enero de 2010		X		X
458/09, de 11 de enero de 2010		X	X	
461/09, de 2 de marzo de 2010		X	X	
463/09, de 1 de febrero de 2010		X	X	X
466/09, de 17 de marzo de 2010		X	X	
467/09, de 12 de enero de 2010		X	X	

Tabla 2. Causas 2010 (técnicas, organizativas, de producción y/o económicas).

Expediente (2010)	CAUSAS			
	T	O	P	E
188/10, de 8 de octubre			X	
207/10, de 20 de octubre				X
216/10, de 28 de octubre		X		X
224/10, de 25 de octubre			X	X
225/10, de 6 de octubre			X	
232/10, de 5 de octubre			X	X
235/10, de 3 de noviembre		X	X	X
240/10, de 8 de octubre	X	X		X
242/10, de 6 de octubre		X	X	X
243/10, de 6 de octubre			X	X
244/10, de 15 de octubre	X	X	X	X
253/10, de 24 de noviembre			X	X
254/10, de 2 de noviembre			X	X
255/10, de 20 de octubre			X	X
256/10, de 21 de octubre			X	X
257/10, de 29 de octubre			X	X
259/10, de 26 de octubre	X	X	X	X
260/10, de 16 de noviembre				X
261/10, de 20 de octubre		X	X	
262/10, de 21 de octubre				X
263/10, de 16 de noviembre		X		
264/10, de 3 de noviembre			X	X
265/10, de 29 de noviembre		X	X	X
267/10, de 26 de noviembre		X	X	X
268/10, de 11 de noviembre			X	
269/10, de 25 de octubre			X	
270/10, de 25 de octubre			X	

Expediente (2010)	CAUSAS			
	T	O	P	E
271/10, de 25 de octubre		X	X	
274/10, de 16 noviembre				X
275/10, de 22 de noviembre			X	X
277/10, de 19 de noviembre		X	X	X
278/10, de 21 de enero de 2011		X	X	
279/10, de 19 de noviembre		X	X	X
281/10, de 27 de diciembre		X	X	X
282/10, de 14 de diciembre				X
283/10, de 15 de diciembre				X
284/10, de 1 de diciembre	X	X	X	X
285/10, de 5 de noviembre			X	X
287/10, de 10 de noviembre			X	
288/10, de 19 de noviembre		X	X	X
310/10, de 23 de diciembre			X	X
311/10, de 24 de noviembre			X	X
312/10, de 14 de diciembre				X
313/10, de 28 de febrero de 2011				X
314/10, de 23 de noviembre		X	X	X
315/10, de 20 de diciembre				X
316/10, de 28 de diciembre		X	X	X
317/10, de 18 de noviembre				X
319/10, de 23 de noviembre				X
320/10, de 3 de diciembre				X
321/10, de 20 de diciembre				X
326/10, de 2 de diciembre				X
327/10, de 10 de diciembre		X	X	X
328/10, de 29 de noviembre				X
329/10, de 13 de diciembre				X

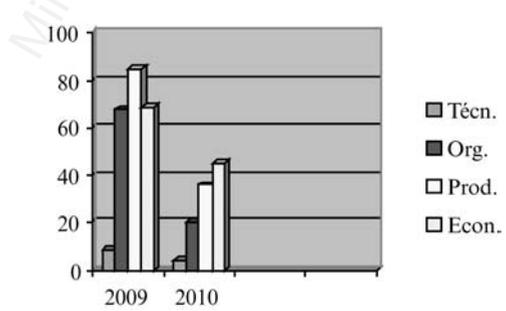


Gráfico 1. Causas 2009 y 2010 (I).

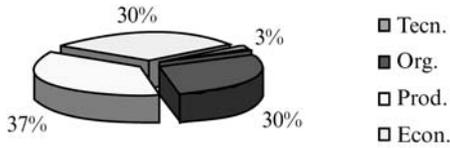


Gráfico 2. Causas 2009 y 2010 (II).

Tabla 3. Modalidades 2009 (extintivos, suspensivos y/o de reducción de jornada).

Expediente (2009)	TIPOLOGÍA		
	E	S	RJ
4/09, de 5 de febrero		X	
5/09, de 16 de enero	X	X	
6/09, de 5 de febrero		X	
7/09, de 19 de febrero	X		
9/09, de 27 de febrero		X	
10/09, de 4 de marzo		X	
11/09, de 27 de febrero		X	X
12/09, de 18 de mayo		X	
15/09, de 17 de abril		X	X
16/09, de 18 de febrero		X	
17/09, de 5 de marzo	X		
21/09, de 9 de marzo	X		
20/09, de 18 de febrero	X		
22/09, de 19 de febrero		X	
23/09, de 30 de marzo	X		
28/09, de 6 de mayo	X		
29/09, de 14 de mayo	X		
30/09, de 5 de marzo		X	
31/09, de 23 de febrero	X		
33/09, de 27 de febrero		X	
34/09, de 11 de marzo	X		
35/09, de 3 de abril	X		
37/09, de 5 de marzo	X		
38/09, de 26 de febrero	X		
39/09, de 11 de marzo		X	
40/09, de 18 de marzo	X		

Expediente (2009)	TIPOLOGÍA		
	E	S	RJ
45/09, de 30 de marzo		X	X
46/09, de 11 de marzo		X	
53/09, de 8 de abril			X
54/09, de 14 de abril	X		
56/09, de 6 de mayo	X		
59/09, de 14 de Julio	X	X	
60/09, de 26 de marzo	X		
61/09, de 24 de abril	X		
67/09, de 12 de mayo		X	
68/09, de 7 de abril			X
69/09, de 3 de abril	X		
72/09, de 3 de abril	X	X	
73/09, de 2 de abril	X		
74/09, de 27 de marzo	X		
76/09, de 3 de abril	X		
79/09, de 4 de junio	X		
86/09, de 18 de junio	X		
89/09, de 27 de marzo		X	
96/09, de 21 de mayo	X		
97/09, de 14 de abril		X	
98/09, de 11 de mayo		X	X
99/09, de 17 de abril	X		
103/99, de 29 de abril		X	
111/09, de 8 de mayo	X		X
117/09, de 5 de mayo			X
120/09, de 4 de mayo		X	
129/09, de 20 de mayo	X	X	
131/09, de 28 de mayo	X		
141/09, de 30 de abril	X	X	
142/09, de 8 de junio		X	
152/09, de 12 de junio	X	X	
154/09, de 4 de junio	X		
155/09, de 16 de junio	X		
156/09, de 2 de junio		X	
160/09, de 18 de junio		X	
162/09, de 3 de agosto	X	X	

Expediente (2009)	TIPOLOGÍA		
	E	S	RJ
167/09, de 22 de mayo	X		
171/09, de 25 de mayo	X		
175/09, de 10 de junio	X		
177/09, de 15 de junio			X
182/09, de 28 de julio	X		
186/09, de 19 de junio		X	
191/09, de 29 de julio	X	X	
198/09, de 31 de julio		X	
307/09, de 7 de Agosto	X		
309/09, de 25 de agosto	X		
311/09, de 11 de agosto	X		
316/09, de 9 de octubre	X		
319/09, de 22 de septiembre		X	
324/09, de 24 de agosto	X		
325/09, de 19 de noviembre	X		
326/09, de 6 de octubre	X		
327/09, de 1 de septiembre		X	
402/09, de 12 de noviembre	X		
403/09, de 12 de noviembre		X	
414/09, de 14 de julio		X	
416/09, de 21 de enero de 2010	X		
417/09, de 30 de noviembre	X		
419/09, de 23 de noviembre		X	
421/09, de 24 de noviembre		X	
425/09, de 28 de noviembre			X
426/09, de 30 de noviembre		X	
427/09, de 16 de diciembre	X		
429/09, de 8 de enero de 2010		X	X
435/09, de 3 de diciembre		X	
437/09, de 4 de diciembre		X	
439/09, de 15 de enero de 2010	X		
444/09, de 30 de diciembre			X
446/09, de 8 de enero de 2010		X	
447/09, de 3 de febrero de 2010	X		
448/09, de 13 de enero de 2010	X	X	

Expediente (2009)	TIPOLOGÍA		
	E	S	RJ
449/09, de 7 de enero de 2010	X		
450/09, de 15 de enero de 2010		X	X
451/09, de 15 de enero de 2010	X	X	
453/09, de 26 de enero de 2010		X	
455/09, de 27 de enero de 2010		X	
458/09, de 11 de enero de 2010	X		
461/09, de 2 de marzo de 2010	X		
463/09, de 1 de febrero de 2010	X		
466/09, de 17 de marzo de 2010		X	
467/09, de 12 de enero de 2010	X		

Tabla 4. Modalidades 2010 (extintivos, suspensivos y/o de reducción de jornada)

Expediente (2010)	TIPOLOGÍA		
	E	S	RJ
188/10, de 8 de octubre	X		
207/10, de 20 de octubre	X		
216/10, de 28 de octubre	X		
224/10, de 25 de octubre	X		
225/10, de 6 de octubre	X		
232/10, de 5 de octubre		X	
235/10, de 3 de noviembre	X		
240/10, de 8 de octubre			X
242/10, de 6 de octubre	X		
243/10, de 6 de octubre		X	
244/10, de 15 de octubre	X		
253/10, de 24 de noviembre	X		
254/10, de 2 de noviembre		X	
255/10, de 20 de octubre		X	
256/10, de 21 de octubre		X	
257/10, de 29 de octubre		X	X
258/10, de 10 de octubre	X		
259/10, de 26 de octubre			X
260/10, de 16 de noviembre		X	

Expediente (2010)	TIPOLOGÍA		
	E	S	RJ
261/10, de 20 de octubre	X		
262/10, de 21 de octubre		X	
263/10, de 16 de noviembre	X		
264/10, de 3 de noviembre	X		
265/10, de 29 de noviembre	X		
266/10, de 24 de noviembre	X		
267/10, de 26 de noviembre	X		
268/10, de 11 de noviembre			X
269/10, de 25 de octubre	X	X	
270/10, de 25 de octubre		X	
271/10, de 25 de octubre	X		
272/10, de 16 de noviembre		X	
274/10, de 16 noviembre	X	X	
275/10, de 22 de noviembre		X	
277/10, de 19 de noviembre		X	
278/10, de 21 de enero de 2011	X		
279/10, de 19 de noviembre			X
280/10, de 16 de noviembre		X	
281/10, de 27 de diciembre	X		
282/10, de 14 de diciembre			X
283/10, de 15 de diciembre			X
284/10, de 1 de diciembre		X	
285/10, de 5 de noviembre		X	
286/10, de 3 de noviembre	X		
287/10, de 10 de noviembre		X	
288/10, de 19 de noviembre	X		
310/10, de 23 de diciembre	X		
311/10, de 24 de noviembre		X	
312/10, de 14 de diciembre			X
313/10, de 28 de febrero de 2011			X
314/10, de 23 de noviembre	X	X	
315/10, de 20 de diciembre		X	
316/10, de 28 de diciembre	X		
317/10, de 18 de noviembre		X	X
319/10, de 23 de noviembre	X		

Expediente (2010)	TIPOLOGÍA		
	E	S	RJ
320/10, de 3 de diciembre	X		
321/10, de 20 de diciembre	X		
326/10, de 2 de diciembre			X
327/10, de 10 de diciembre	X		
328/10, de 29 de noviembre			X
329/10, de 13 de diciembre	X		



Gráfico 3. Tipología 2009 y 2010 (I).

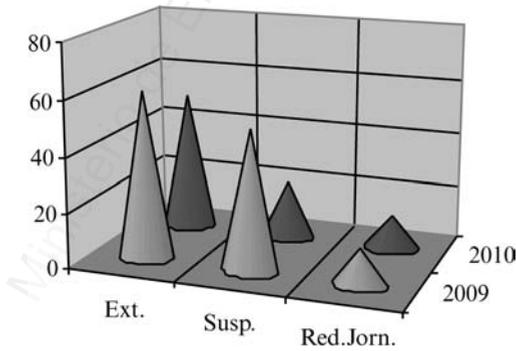


Gráfico 4. Tipología 2009 y 2010 (II).

MEDIDAS SOCIALES								
Expediente (2009)	«Plan de viabilidad»				«Plan social»			
	E	PS	L	O	E	PS	L	O
402/09, de 12 de noviembre					X			X
403/09, de 12 de noviembre						X	X	X
414/09, de 14 de julio								
416/09, de 21 de enero de 2010					X	X	X	X
417/09, de 30 de noviembre	X		X	X	X			X
419/09, de 23 de noviembre						X	X	
421/09, de 24 de noviembre						X	X	
425/09, de 28 de noviembre						X	X	
426/09, de 30 de noviembre	X		X		X			
427/09, de 16 de diciembre					X	X	X	
429/09, de 8 de enero de 2010								
435/09, de 3 de diciembre			X					
437/09, de 4 de diciembre								
439/09, de 15 de enero de 2010					X		X	X
444/09, de 30 de diciembre						X		
446/09, de 8 de enero de 2010						X	X	
447/09, de 3 de febrero de 2010					X	X		
448/09, de 13 de enero de 2010			X	X	X	X		X
449/09, de 7 de enero de 2010					X	X	X	X
450/09, de 15 de enero de 2010								
451/09, de 15 de enero de 2010					X	X	X	X
452/09, de 17 de enero de 2010								
453/09, de 26 de enero de 2010					X		X	
455/09, de 27 de enero de 2010	X		X		X			X
458/09, de 11 de enero de 2010			X		X			
461/09, de 2 de marzo de 2010	X		X		X			
463/09, de 1 de febrero de 2010					X	X		X
466/09, de 17 de marzo de 2010			X		X		X	
467/09, de 12 de enero de 2010					X		X	X

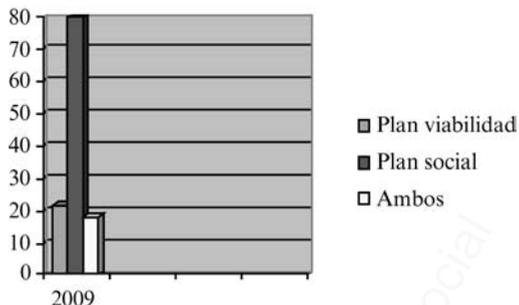


Gráfico 5. Medidas sociales 2009 (I).

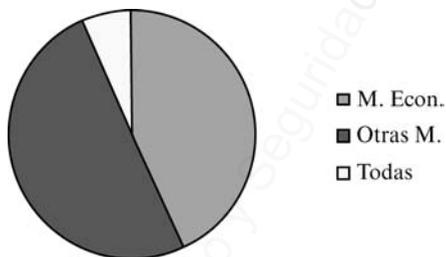


Gráfico 6. Medidas sociales 2009 (II).

Tabla 6. Medidas sociales «previas» y «de acompañamiento» 2010 (económicas, previsión social, laborales y otra índole).

MEDIDAS SOCIALES								
Expediente (2010)	«Plan de viabilidad»				«Plan Social»			
	E	PS	L	O	E	PS	L	O
188/10, de 8 de octubre			X		X		X	X
207/10, de 20 de octubre					X		X	X
216/10, de 28 de octubre			X		X			X
224/10, de 25 de octubre					X			
225/10, de 6 de octubre								
232/10, de 5 de octubre					X			X
235/10, de 3 de noviembre					X		X	X
240/10, de 8 de octubre								
242/10, de 6 de octubre					X	X	X	X
243/10, de 6 de octubre					X		X	X
244/10, de 15 de octubre					X	X		X
253/10, de 24 de noviembre	X		X		X	X	X	X
254/10, de 2 de noviembre						X	X	
255/10, de 20 de octubre	X			X			X	X

MEDIDAS SOCIALES								
Expediente (2010)	«Plan de viabilidad»				«Plan Social»			
	E	PS	L	O	E	PS	L	O
327/10, de 10 de diciembre					X	X	X	X
328/10, de 29 de noviembre					X		X	
329/10, de 13 de diciembre					X			

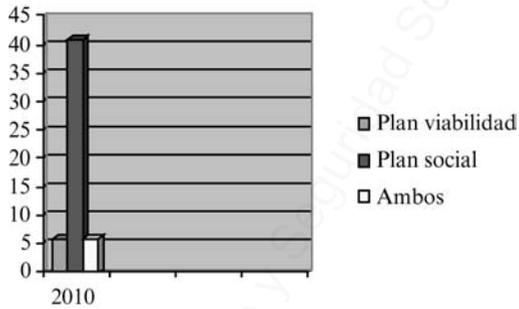


Gráfico 7. Medidas sociales 2010 (I).

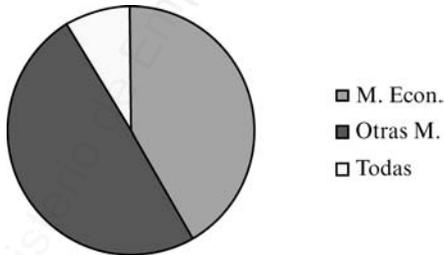


Gráfico 8. Medidas sociales 2010 (II).

Esta obra colectiva versa sobre la problemática de la negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo. Para ello, se ha analizado una amplísima muestra de expedientes de regulación de empleo autorizados por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración durante los años 2009, 2010 y 2011, tanto en materia de despidos colectivos como en la de suspensiones de contratos y reducciones de jornada. La legislación que ha servido de referencia al estudio ha sido la vigente en el momento de aprobarse tales expedientes, pero, en aspectos muy concretos y a modo de contraste, se han incorporado las modificaciones aportadas por la reforma laboral de 2012. Pese a los recientes cambios legales, se trata de un trabajo que contribuye al conocimiento de una cuestión muy compleja y actual, que estaba necesitada de un profundo estudio.

ISBN: 978-84-8417-441-7



9 788484 174417