



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: **Relaciones Laborales**
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso **2010/2014**
Convocatoria: **Julio**

La acción fraudulenta de los Expedientes de Regulación de Empleo Temporales.

« The fraudulent action of the Temporary Redundancy Dismissal Procedure»

Realizado por: **Kesiá Rodríguez González**
Tutorizado por el Profesor: **Brais Columba Iglesias Osorio.**
Departamento: **Derecho del Trabajo.**
Área de conocimiento: **Derecho Procesal Laboral.**

ABSTRACT

Increasingly, we experiment how a relative or acquaintance has suffered a dismissal.

Nowadays, any worker can be a victim of managerial extinctive decisions. Thus, the figure of the collective dismissals is the daily bread, so much as the political parties' corruption. For this reason, I considered studying the Employment Regulation Orders because, besides being a topic currently relevant, it is such an interesting figure for studying, and it has a very complex regulation. Along the end-of-degree dissertation, I will explain the regulations of collective dismissals, as well as his normative peculiarities, focusing in Redundancy Dismissal Procedure, concretely, the temporary Redundancy Dismissal Procedure.

This new juridical escape route against businesses' economical negative situation, is one of the most emblematic and problematic actions of our labor legislation. Therefore, I considered so important treating this topic especially, since many businessmen use this route of temporary Redundancy Suspension Procedure, in order to cover up in contravention of the law a Redundancy Dismissal Procedure – “they make redundant their workers, and consequently they claim to get paid a Jobseeker Allowance, in order to save up the redundancy's indemnities, and after his incorporation to the company, businessmen fire that workers”-.

And is for this motive, that the unemployment rate is one of the economical vectors with huge exponential and dizzy growths in the last times.

RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

Cada vez más, experimentamos como un familiar o conocido ha sufrido un despido.

Hoy en día, cualquier trabajador por cuenta ajena puede ser víctima de la decisión extintiva empresarial. Así, la figura de los despidos colectivos es el pan de cada día, tanto como la corrupción de nuestros partidos políticos. Es por esta razón, por la que estimé estudiar los expedientes de regulación de empleo, ya que, además de ser un tema de la actualidad, es una figura normativa muy compleja e interesante de estudiar.

A lo largo del Proyecto Fin de Grado, explicaré las distintas regulaciones normativas de los despidos colectivos, así como, sus peculiaridades normativas, centrándome con mayor profundidad, en los expedientes de regulación de empleo, concretamente, los expedientes de regulación de empleo temporales. Esta nueva vía jurídica de escape ante la situación económica negativa de la empresa, es una de las actuaciones más emblemáticas y problemáticas de nuestro ordenamiento laboral. Es por ello, que consideré de gran importancia tratar este tema en particular, puesto que muchos empresarios usan esta vía de suspensión temporal de los contratos de trabajo de sus empleados para, posteriormente, enmascarar bajo fraude de ley, un expediente de regulación de empleo extintivo- “envían a sus trabajadores para el Paro, para ahorrarse las indemnizaciones por despido, y tras su reincorporación a la empresa, mandarlos a casa”-.

Y es, por este motivo, que el desempleo es uno de los vectores de la actividad económica que con mayor rapidez está sufriendo un crecimiento exponencial y vertiginoso en los últimos años.



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



ÍNDICE

1. Introducción -----	1
2. El despido colectivo. -----	2
a. Fundamento dogmático de los expedientes de regulación de empleo. ----	2
b. Elemento causal. -----	3
c. Factor numérico como elemento definidor del carácter colectivo del despido. -----	8
3. Evolución normativa. -----	10
4. Delimitación conceptual de los Expedientes de Regulación de Empleo.-----	14
5. Tipos de Expedientes de Regulación de Empleo. -----	15
6. Situaciones Especiales. -----	17
- Expedientes por fuerza Mayor. -----	17
- Los expedientes en las Administraciones Publicas. -----	19
- Los expedientes en las empresas en situación de concurso. -----	21
- Expedientes en los grupos de empresas. -----	23
7. La regulación de los Expedientes de Regulación de Empleo ordinarios. ----	24
- Legitimación. El concepto de interesado. -----	24
- Documentación acreditativa común. -----	25
8. Procedimiento -----	27
9. Expedientes de regulación de empleo Temporales. ERTES. -----	32
10. Plano procesal de los ERES. -----	36
- Legitimación activa -----	37
- Legitimación pasiva -----	38
- Impugnación de oficio -----	39
- Impugnación individual por los trabajadores afectados. -----	40
11. Régimen fiscal de los ERES. -----	41
12. Consecuencias generales. -----	43
13. Aplicación práctica. -----	45
14. Conclusiones. -----	46
15. Bibliografía. -----	49

1. INTRODUCCION

"El trabajador no está ligado de modo permanente al trabajo como hipotético siervo de la gleba".¹

Antaño, en las relaciones entre el dueño del capital y quienes prestaban los servicios, se utilizaban distintas figuras del ordenamiento jurídico, especialmente la figura del contrato arrendamiento de servicios y la compra-venta de servicios, en que el trabajador vendía su fuerza de trabajo al empresario-dueño de las tierras. Tras la Revolución Industrial y ante el masivo éxodo que se produjo del campo a la ciudad, aumentó la mano de obra dispuesta a trabajar en las industrias, de manera que el empresario utilizó tal coyuntura para explotar a los trabajadores, exigiéndoles muchas horas de trabajo al día, pagándoles un salario que apenas les llegaba para satisfacer sus necesidades mínimas, sometiendo a los trabajadores a condiciones inhumanas y degradantes. Todo esto hizo que el trabajador, la clase obrera, consciente de su situación, se manifestara y comenzara a exigir más derechos, la llamada "Cuestión Social". Por todo ello, nace el Derecho del Trabajo como una disciplina autónoma en el ordenamiento jurídico español. El derecho al trabajo es la base para una vida digna.

Por lo que, surgen grandes diferencias con el contrato de arrendamiento y las relaciones laborales se desvinculan del mismo para tomar la figura de un contrato laboral bajo unas condiciones mínimas irrenunciables a favor de los trabajadores.

Ahora bien, en la práctica esa relación laboral no será eterna, puesto que la vida del contrato finaliza con la extinción del mismo. Dichas extinciones pueden darse por mutuo acuerdo entre las partes pactantes. Por otro lado, a nivel individual, en primer lugar, por voluntad del trabajador; ya bien por modificaciones sustanciales en las condiciones laborales o, bien por incumplimiento grave del deber del empresario, así como, en la falta de pago o retrasos en el abono del salario pactado. En segundo lugar, por causas no imputables al trabajador describiéndose las siguientes: causas consignadas válidamente en el contrato; expiración del tiempo convenido o realizado de la obra o servicio objeto del contrato; así como también, por muerte, gran invalidez o

¹ Sentencia de la Sala de lo Social de 20 de marzo de 1986

invalidez permanente total o absoluta del trabajador; por jubilación, extinción por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo y, por último, por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.²

La recesión financiera y económica de origen internacional que se ha desarrollado desde el 2007 y su impacto en el empleo se ha traducido en la necesidad de las empresas de recurrir al despido definitivo, la suspensión temporal del empleo o bien a modificaciones en los turnos mediante reducciones de la jornada, y todo ello con el objetivo de aminorar los costes laborales y el excedente de plantilla que se producen por causas económicas y técnico-organizativas de carácter objetivo.

Dado a su alcance transcendental en la actualidad, éste último, será objeto de estudio a lo largo del Proyecto Fin de Carrera. A continuación, se estudiarán los efectos de los Expedientes de Regulación de Empleo, los cuales configuran la vía de escape más usada por las empresas hoy en día. Concretamente, estudiaremos los Expedientes Temporales de Regulación de Empleo que, bajo la ausencia de la buena fe contractual, enmascaran un ERE extintivo. Esto es, una utilización inadecuada para una finalidad distinta de la prevista por la norma, de la posibilidad extintiva que permite el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores³.

2. EL DESPIDO COLECTIVO.

A - FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO.⁴

El fundamento dogmático de los expedientes de regulación de empleo, lo contemplamos en el artículo 51.1 ET, el cual adapta al ordenamiento jurídico español la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros referentes a los despidos colectivos. El precepto configura esta

² Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia nº 472/2013.

⁴ THOMSON REUTERS, “*Expedientes de Regulación de Empleo*” Civitas, 2009.

modalidad de extinción como una resolución unilateral del contrato realizada por voluntad del empresario con fundamento en motivos no inherentes a la persona o conducta de los trabajadores, y de acuerdo a determinadas causas tasadas y número de empleados afectados.

La razón de ser de los despidos colectivos queda ubicada en el haz de facultades otorgadas al titular del poder directivo, en concreto, auto organizativo o de gestión de la fuerza de trabajo, con amparo último en los principios constitucionales de libertad de empresa y defensa de la productividad, recogidos en el artículo 38 CE.

Por otro lado, la Norma fundamental plantea un juego de pesos y contrapesos que el legislador deberá articular con tiento. El concreto, habrá de hacerlo poniendo en relación el poder otorgado al empleador-propietario para hacer efectivo el derecho del artículo 38 CE con los otros valores constitucionales en presencia también ha de positivizar, señeramente el artículo 35 CE el cual reconoce el *derecho a trabajar*. Por tal motivo, y si bien parece indudable que el reconocimiento expreso efectuando a la empresa una economía de mercado, hace preciso conferir a su titular ciertas facultades de organización y de dirección de la actividad productiva (tanto capital como trabajo), que pasan así a formar parte del contenido esencial de esta libertad.

Este juego aparece subordinado a una previa decisión de " *política social* " sometida a los avatares de un criterio susceptible de variar de un momento a otro. Puede oscilar favoreciendo, bien la posición del empresario, bien la estabilidad laboral, no en vano; cuando se trata del despido, el derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 CE exigirá una actuación legal más incisiva a favor de la parte débil del contrato.

B. ELEMENTO CAUSAL DEL DESPIDO COLECTIVO⁵

*<< 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 (...) >>.*⁶

Para su utilización, la extinción colectiva ha de aparecer vinculada a unas determinadas circunstancias suficientemente acreditadas y con entidad bastante, pues

⁵ IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y JESUS R. MERCADER UGUINA. "Reforma laboral 2012". Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. LEX NOVA 2012.

⁶ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

<< soluciones tan drásticas como los despidos (...), para operar, han de perturbar de modo decisivo la actividad de la empresa >>; presentes ya en la Recomendación número 119 y en el Convenio número 158 de la OIT, no constituyen ninguna novedad. De este modo, la sujeción al principio de causalidad viene a constituir una manifestación del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, tiene una clara intención de obstaculizar el poder del empleador para extinguir el contrato y el mayor o menor rigor en esta exigencia hará inclinar el fiel de la balanza del lado del reconocido en el artículo 38 CE, primando la libertad empresarial, o del artículo 35 CE, proporcionando mayor estabilidad en el empleo.

Las causas previstas por el legislador español son una conjunción de heterogéneos elementos de carácter constitutivo: económicas, técnicas, organizativas o de producción. Aunque en la teoría distinga cuatro tipos, en la práctica suelen aparecer entremezcladas.

1. ECONÓMICA

La primera por orden de aparición, la económica, está unida a la situación negativa sobre la cual recaen varias interpretaciones, pero sea cual sea, la significación adoptada, en todo caso para su consideración conviene precisar que la situación de rentabilidad debe considerarse **negativa**, en función de la actividad empresarial, esto es, sin limitarse al examen de lo que se considera en términos contables ingresos o resultados de la explotación, ordinarios o por actividad ordinaria, sino extendiéndolo a los financieros, extraordinarios o por actividades extraordinarias. Así lo impone una lógica consideración de todas las partidas contables, como fiel reflejo de la realidad económica de la empresa.

Por este motivo, los Tribunales no han hecho más que reflejar la variedad de interpretaciones existente:

A) En primer lugar, la *Teoría restrictiva o estricta* y fiel al literal de la ley, entiende que concurren causas económicas cuando hay una situación netamente negativa y no una simple reducción de beneficios⁷. << Se concreta en el resultado de la explotación, en su equilibrio de ingresos y gastos, de costes y beneficios, y conforme al texto legal siempre ha de ser negativa, exigencia que no se establece en relación con las otras causas >>. En resumen, << si quedaran acreditadas pérdidas cuantiosas en ejercicios

⁷ STSJ País Vasco, 10 de octubre de 1995 y Galicia 8 julio de 1996

sucesivos en la cuenta de pérdidas y ganancias, tales números rojos constituyen el supuesto más típico de " *situación económica negativa*".

B) La construcción opuesta formula de modo amplio este requisito y considera que concurren causas económicas con una mala evolución, unos beneficios decrecientes, pérdidas potenciales o puestos en los que la disminución de la demanda lleva a una caída de la producción que provoca el exceso de plantilla⁸.

c) En tercer término, la tesis *eclética* trata de llegar a un justo equilibrio. Entre los supuestos extremos de transitoria disminución de beneficios respecto a los ejercicios anteriores y una crisis total que haga imposible cualquier reflotamiento pueden registrarse situaciones intermedias, aptas y bastantes para la adopción de esta medida, debiendo ser ponderada la justificación. No cabe interpretar, la causa de forma simplista, pues habrá supuestos en los cuales las pérdidas no constituyan lo exigido por el legislador, y habrá otros en los cuales un contexto incluso de beneficios, acompañado de una crisis que se presenta como estructural, tendrá la consideración debatida. Según esta formulación, lo motivos << *serían aquellos relacionados con acaecimientos en virtud de los cuales ocurra o fundadamente se prevea la concurrencia de producción con pérdidas sostenidas, faltando los recursos o siendo inútil la inversión de los que se obtuvieran para la prosecución de la actividad productiva* >>⁹. En todo caso, sí cabe hallar un límite extremo en todas las posiciones, pues no es necesario, de ningún modo, que la situación económica negativa de la empresa sea irreversible; antes al contrario, lo más propio y característico de estos supuestos es que se trate de situaciones no definitivas, es decir, recuperables y que precisamente con la adopción de esas medidas lo que se busca y pretende es superar esa situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma.

2. TÉCNICA.

La segunda de las razones apunta a la necesidad de reestructurar la empresa para que siga funcionando de forma eficiente. La obligación de adaptarse a las nuevas exigencias de un entorno libre de mercado globalizado en un ámbito supranacional y altamente competitivo implica la reducción de los costes de explotación mediante la modernización de los procesos productivos, todo ello, siempre unido a los avatares del

⁸ STS 24 septiembre 2001 , y STSJ Cataluña 3 julio 1999

⁹ MANUEL ALONSO OLEA; "*Derecho del Trabajo*" 2009. Pág.390

progreso técnico, eliminando esfuerzo productivo humano.

El cambio pretendido puede venir motivado por una posible vejez o inutilidad total o parcial de los medios de producción o el interés en incorporar nuevos métodos -que conllevan reestructuración de los servicios o especialización precisas- o máquinas, pues la introducción de la microelectrónica, la robótica y la informática imponen profundas transformaciones estratégicas frente a las que no se encuentran inmune el elemento personal como factor de producción.

Por ejemplo, bajo tal motivo han sido amparadas las innovaciones científicas que llevan cambios en aspectos organizativos o productivos de la sociedad o las paras biológicas en la actividad pesquera que no se consideran fuerza mayor.

El motivo analizado actúa conforme a las siguientes pautas: existencia real y efectiva de una reestructuración en los equipos productivos o de servicios; necesidad o conveniencia objetiva de la misma, condicionada a las exigencias del mercado. De ahí a que las causas técnicas, sean siempre económicas en tanto las reconversiones o cambios de organizativos urgen problemas de rentabilidad. Y, por último, el cambio operado ha de afectar a los puestos determinados; provocando un exceso de personal y, por ello, dificultades palmarias de absorción de los titulares de dichas ocupaciones a riesgo de poner en peligro la propia supervivencia de la entidad¹⁰.

3. ORGANIZATIVAS.

La coyuntura socioeconómica parece ser el antecedente de esta causa, pues pretende evidentemente flexibilizar las relaciones de trabajo y facilitar los despidos mediante el acomodamiento de las plantillas de las empresas y la exigencia misma de éstas a las situaciones de los mercados, tanto por la intensidad de los cambios tecnológicos como por la globalización del tráfico internacional, señaladamente en el seno del Espacio Social Económico Europeo de servicios, mercancías y capital.

Los Tribunales la definen como *aquella encaminada a una mejor organización de los recursos productivos existentes para obtener de ellos un mayor rendimiento, o el mismo pero a un menor coste*¹¹. Y, a diferencia de las causas técnicas, ésta no requiere una previa inversión en bienes de capital y tampoco el empleador ha de atravesar por una situación económica negativa.

A modo de ejemplo, cabe aludir a la introducción de innovadoras formas de ordenación

¹⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ “Expedientes de regulación de empleo”. Madrid, 2012.

¹¹ STSJ Málaga 9 de Febrero 1996.

de la actividad agrupación de instalaciones o personal para conseguir una mayor productividad, utilización intensiva de las instalaciones mediante el establecimiento de un régimen de turnos, reconversión de empleados o cambios de puestos por saturación de jornada. También cabe cobijar el recurso de exteriorización o subcontratación de servicios y procesos de fusión, si efectivamente la decisión responde a dificultades acreditadas en el funcionamiento de la unidad productiva.

El Tribunal Supremo da el visto bueno a las extinciones acudiendo a dichas razones << únicamente si el empleador demuestra que la utilización de contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial >>. Además, << exige, como mínimo, demostrar que la sustitución del trabajador por otra empresa supone una mejor organización de los recursos atendiendo el problema de viabilidad existente, de forma que si la empresa no acredita que su sistema organizativo mejora con el cambio introducido, mejora en su organización, no puede quedar justificada la extinción producida >>.

4. DE PRODUCCIÓN.

Por causas productivas cabe entender cuántas << inciden sobre la capacidad de producción de la empresa para ajustarla a los eventos del mercado, y corresponden a ésa la esfera de los servicios o productos de la empresa >>. Éste último grupo, se encuentra especialmente vinculado a las exigencias de la competencia, afecta a los costes y volumen de la oferta para adecuarlos a la coyuntura actual del sistema socioeconómico, e impide que se ponga en peligro la actuación competitiva del empleador, imponiendo necesariamente la transformación o reducción de cuantos hasta el momento se ha venido haciendo.

Los pronunciamientos judiciales avalen este criterio cuando, por ejemplo, sean consecuencia precisamente de la pérdida de mercado derivada de una actividad concurrente con grandes superficies cuya organización y costes no puede enfrentarse en plano de igualdad¹²

¹² SSTS Castilla y León, 28 de noviembre 2007.

C. FACTOR NUMÉRICO COMO ELEMENTO DEFINIDOR DEL CARÁCTER COLECTIVO DEL DESPIDO¹³

Dos son los caracteres que definen el despido colectivo, el primero, ya analizado es el elemento causal; el segundo, la cuantía de trabajadores afectados aun cuando no falta quien califique esta sujeción al número como "artificiosa latente", al extremo de permitir afirmar que "la noción de despidos colectivos no es causal, es numérica".

Conviene recordar, por tanto, que el umbral numérico consta de << (...) 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 ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores. c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores >>.

En consecuencia, no todos los trabajadores encuentran resguardo en el art. 51 ET, pues la norma permite aludir el trámite colectivo y facilita y amplía el margen del art. 52 ET para las pequeñas y medianas empresas, haciendo que los números presenten un efecto "expulsivo" precisamente para los grupos más necesitados de protección legal- no quedan incluidas las extinciones por las causas examinadas que afecten a menos de diez trabajadores en un centro; ni los cierres totales con un número inferior a cinco trabajadores-.

En primer lugar, y pese al tenor de la Directiva 98/95/CE, el cómputo de los afectados debe realizarse en la empresa en su conjunto, y no en cada centro de trabajo por separado. No obstante, los Tribunales españoles han descartado realizar la cuantificación centro a centro, según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 15 de febrero de 2007; incluso en supuestos en los cuales dicha cifra resultaba más beneficiosa para los implicados. En segundo lugar, ha de realizarse respecto de todos los trabajadores para fijar el número de empleados en una organización, independientemente del tipo de relación laboral o la modalidad contractual, incluida la especial de alta dirección. Así entran en la suma, los trabajadores temporales y los contratados a plazo, pues una cosa es que su cese no cuente para alcanzar los umbrales

¹³ THOMSON REUTERS "Expedientes de Regulación de Empleo", 2009.

y otra que su presencia configure positivamente la plantilla. En fin, y según dispone el precepto, el número computable para alcanzarlo viene dado por todas las finalizaciones de contrato acaecidas, en el período de noventa días, siempre y cuando, su número sea, al menos, de cinco trabajadores.

En cuando al marco temporal de referencia, el legislador abre un periodo de noventa días para computar el número de finalizaciones de contratos por motivos no inherentes a la personal del trabajador. Abierto el cese, el período de referencia de noventa días juega con un doble sentido, hacia delante y hacia atrás, para calificar como colectivos o individuales, datados en un día determinado procede a realizar una doble interpretación: de un lado, observar si en los ochenta y nueve días anteriores se han producido otros ceses de los computables y, en caso de ocurrir así, considerar si aquellos anteriores alcanzan o no los parámetros contemplados en el art. 51.1 ET; de otro, observar si en los ochenta y nueve días siguientes concurren algunos nuevos merecedores de igual catalogación, y considerar si, añadidos a los anteriores, permiten o no alcanzar los umbrales de referencia, como se recoge en la STSJ Málaga, 21 de mayo 1997. En rigor, el período ofrecido constituye una primera medida contra ceses individuales en fraude de ley dentro de un plazo inferior a noventa días; a la par, un toque de atención al empresario, pues si pretende poner fin a varios contratos, ha de planificar y considerar si recurre o no al "temido" expediente de regulación de empleo.

3. EVOLUCION NORMATIVA DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS.¹⁴

Para verificar el equilibrio inestable aludido, basta con repasar la evolución que en los años '90 experimenta el tratamiento legal de los despidos colectivos en un contexto general bajo el cual se modificaron, al tiempo, otros factores íntimamente vinculados al poder de dirección. El panorama queda marcado por dos normas significativas, las Leyes 11/1994, de 19 de mayo y la Ley 63/1997, de 26 de diciembre:

A-. Con anterioridad a la Ley 11/1994, la obligatoriedad de las consultas con los representantes de los trabajadores y la intervención administrativa, concebidas como fases sucesivas en un mismo proceso, se extendía desde las modificaciones sustanciales de trabajo hasta los traslados, suspensiones y despidos por causas económicas y tecnológicas. Éstas últimas, quedaban aparentemente equiparadas, aun cuando sólo a

¹⁴. BLASCO PELLICER "Los Expedientes de Regulación de Empleo". Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

ciertos aspectos procedimentales. Otros supuestos sometidos a " expediente" , tales como la decisión de los administradores de la empresa quebrada de no continuar con la actividad productiva, las extinciones derivadas de fuerza mayor, la venta judicial de empresa y los dos supuestos específicos de reconversión o reestructuración sectorial y el aplicable al personal civil no funcionario de establecimientos militares.

Por otra parte, el elemento causal, situado en las causas económicas y tecnológicas, había sido pacientemente aquilatado por la doctrina jurisprudencial y administrativa, exigiendo cuatro notas convertidas en clásicas: a saber, realidad, actualidad, suficiencia y objetividad. La distinción entre cuándo será colectivo y el supuesto de amortización recogido en el artículo 52.c) ET partía de un dato simple: siempre que hubiera más de un afectado era menester acudir a la vía del artículo 51 ET.

B-. La Ley 11/1994 altera de manera sustancial el panorama anterior: a) Desaparece la intervención administrativa, y- en algunos casos también las consultas- cuando de modificaciones sustanciales se trata. B) El elemento causal se amplía en dos sentidos: en un lado, junto a las causas económicas y las ahora rebautizadas como técnicas, aparecen las organizativas y productivas; de otro, queda asignada una doble finalidad a los despidos colectivos, pues si se tratara de razones económicas habrán de servir para superar una situación negativa de la empresa, y si fueren las restantes, deberían hacerlo para garantizar la viabilidad futura de la unidad productiva y del empleo. C) El número de trabajadores afectados por la extinción en relación con el volumen de la empresa en un arco temporal dado alcanza el grado de elemento trascendental a la hora de segregar del régimen legal previsto para los despidos " colectivos " a los simplemente " plurales " (por no alcanzar aquellos umbrales en el plazo establecido). D) Y dentro del supuesto tipo contemplado en el artículo 51 LET, las consultas y la intervención administrativa dejarán de ser dos fases sucesivas para pasar a tener un desarrollo paralelo.

C-. La norma de 1997, sin presentar el calado de la anterior, añade sendos datos de cierta importancia que van a incrementar las facultades empresariales cuando se aplicar la letra c) del artículo 51 LET se trata. En primer lugar, cabe apreciar la ruptura de la identidad causal entre ambos preceptos cuando el elemento finalista de la extinción por causas técnicas, organizativas o de producción queda vinculado, no a garantizar la viabilidad futura de la empresa, sino a superar las dificultades que impidan su buen funcionamiento, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por

exigencias de la demanda a través de una mejor organización de los recursos. En segundo término, porque si el despido fuera finalmente calificado como improcedente y se trata de contratos para el fomento de la contratación indefinida, la indemnización mínima viene a ser corregida a la baja y el empleado sólo tendrá derecho a 33 días de salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades.

D-. En cumplimiento del mandato impuesto por la disposición final tercera, apartado 4, de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, el Gobierno aprueba la previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, 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, con la finalidad de adaptar la regulación a lo dispuesto en la Ley 35/2010. El Reglamento presta una particular atención al contenido del plan de acompañamiento social de los expedientes de regulación de empleo como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de sus posibilidades de empleo.

Aunque el mandato de la Ley 35/2010 no obligaba a la promulgación de una nueva normativa completa de procedimiento, sino simplemente a su adaptación, «razones de seguridad jurídica y adecuada técnica normativa aconsejaban la aprobación de una nueva norma reglamentaria que incluya una regulación completa y total del procedimiento administrativo de regulación de empleo en materia de extinciones o suspensiones de contratos de trabajo y reducciones de jornada y de la actuación administrativa en materia de traslados colectivos». En este sentido, se ha considerado que «las importantes modificaciones que la Ley 35/2010 ha introducido en los artículos 40, 47 y, particularmente, en el artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo» hacían necesario «modificar un buen número de los artículos de la norma reglamentaria vigente».

Conforme se manifiesta en la exposición de motivos, el Reglamento se articula en torno a cinco objetivos fundamentales: en primer lugar, reforzar la extinción colectiva de contratos de trabajo por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, dirigiéndola hacia la vía prevista expresamente por la legislación laboral, esto es, el procedimiento de regulación de empleo. En segundo lugar, proporcionar una mayor

certeza a los trabajadores, a los empresarios y a las autoridades administrativas y judiciales en este tipo de procedimientos. Así como, agilizar su tramitación administrativa. Potenciar la importancia del plan de acompañamiento social, hasta el punto de convertirlo en un elemento central en los Eres. Y por último, incorporar a la normativa reglamentaria las innovaciones introducidas por la Ley 35/2011 en la regulación de la suspensión colectiva de los contratos de trabajo y de la reducción temporal de jornada.

E-. Otra visión normativa de los expedientes de regulación de empleo, la encontramos contemplada en el RD 1843/2012 sobre procedimientos de despidos colectivos, reducción de jornada o suspensión de contratos, en aplicación de la disposición final quinta del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y la disposición final decimonovena, apartado 2, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En cumplimiento de dicho mandato legal y en consonancia con las importantes modificaciones que se han incorporado tanto en los procedimientos de extinción colectiva de contratos de trabajo como en los de suspensión de contratos y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción o derivadas de fuerza mayor, el presente real decreto tiene como principales objetivos los siguientes:

- a. Adecuar los procedimientos de despido colectivo a las importantes novedades incorporadas por la reforma laboral al Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que transita a otra clase de procedimiento, esencialmente distinto y con distinta finalidad, que consiste en la negociación de un periodo de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores en relación con las mencionadas medidas laborales y en el que la participación de la autoridad laboral, aun cuando se mantiene, es otra y diversa respecto de la configurada por la regulación estatutaria anterior.
- b. Garantizar la efectividad del periodo de consultas de los procedimientos, que cobra una importancia de primer orden en la nueva regulación una vez eliminada la autorización administrativa previa.
- c. Fijar la información a suministrar a los representantes de los trabajadores por parte de la empresa como medio para garantizar un adecuado conocimiento de los mismos sobre las causas que originan el procedimiento y permitirles una adecuada participación en su

solución.

d. Regular el plan de recolocación externa de los procedimientos de despido colectivo como obligación legal e indeclinable del empresario, dotando al mismo de efectividad y asegurando su cumplimiento como medida indispensable para permitir transiciones rápidas y adecuadas entre empleos y para mantener a los trabajadores en el mercado de trabajo el mayor tiempo posible, evitando su indebida expulsión del mismo.

e. Establecer las peculiaridades del procedimiento del despido en el sector público y específicamente en el ámbito de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores.

El Reglamento que se aprueba mediante este real decreto deroga su precedente aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio. No obstante, en aras de dar continuidad y coherencia a la práctica jurídica y a la experiencia de las empresas, intenta recoger todo lo que del anterior continúa siendo válido y compatible con la nueva regulación de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

f. Una y otra norma, han incorporado también otros cambios de calado en la ordenación sustantiva y procesal del despido colectivo. Por su parte, el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social ha incidido de nuevo en su régimen jurídico.

4. DELIMITACION CONCEPTUAL DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACION DE EMPLEO.¹⁵

Históricamente el ordenamiento jurídico español, ha facilitado al capital las medidas legislativas que tanto en situaciones de crisis económicas, como en procesos de racionalidad organizativa-reducción de costes, innovaciones tecnológicas, liberalización de mercados, competitividad, etc.-, posibilitan la salida masiva de trabajadores/as del mercado de trabajo, los Expedientes de Regulación de Empleo (Eres).

Trata de un procedimiento administrativo-laboral de carácter especial dirigido a

¹⁵ BLASCO PELLICER “Los Expedientes de Regulación de Empleo”. Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

obtener de la Autoridad Laboral competente autorización para suspender o extinguir las relaciones laborales cuando concurren determinadas causas económicas, técnicas, de organización o producción, garantizando el derecho de los trabajadores. Proviene de la terminología comunitaria europea. Hasta entonces se le llamaba expediente de regulación de empleo o procedimientos de regulación de empleo. Esta causa de extinción de la relación laboral, se encuentra recogida como tal en el artículo 49.1.i del ET, y desarrollada en el artículo 51 del mismo texto.

Los ERES son presentados por las empresas, o por los responsables legales de los trabajadores, para solicitar la suspensión o extinción de las relaciones de trabajo o la reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o de fuerza mayor, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante. En el ERE de suspensión la empresa sigue cotizando por el personal afectado a la seguridad social, cuando termina el plazo del ERE temporal la empresa puede reanudar los contratos o bien despedir.

¿Qué son los procedimientos de regulación de empleo?

Los procedimientos de regulación de empleo, son actuaciones para que el empresario pueda adoptar una serie de medidas de regulación de empleo, ya sean de reducción de la jornada, suspensión o extinción de las relaciones laborales, la ley exige el seguimiento de un determinado procedimiento en el que interviene la autoridad laboral para garantizar los derechos de los trabajadores.

5. TIPOS DE EXPEDIENTES DE REGULACION DE EMPLEO¹⁶

Entre las modalidades de expediente de regulación de empleo existen:

- **Expediente de regulación de empleo extintivo.**

Como hemos expuesto anteriormente, el expediente de regulación de empleo ordinario supone la finalización definitiva de la relación laboral entre empresa y parte de los trabajadores, lo que generalmente se conoce como despido colectivo.

Su regulación se encuentra recogido en el artículo 51 Estatuto de los Trabajadores, Real

¹⁶ BLASCO PELLICER. "La extinción del Contrato de Trabajo en la reforma laboral del 2012". Tirant Lo Blanch, Valencia 2013

Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Es lo que se conoce como “el reglamento de los ERE”, y el artículo 124 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ley 36/2011, de 10 de octubre, además de la nueva regulación dada por la Ley 11/2013.

- **Expediente de regulación temporal de empleo: ERTE.**

De forma introductoria a la modalidad de expedientes de regulación de empleo que me comete, podemos señalar brevemente que dentro de los expedientes de regulación de empleo, existe una modalidad denominada *ERTE*, que implica una regulación mediante la suspensión temporal del contrato de trabajo, que afecta a toda o parte de la plantilla por un tiempo determinado. Consiste en establecer un nuevo calendario laboral a la plantilla de trabajadores o a una parte de ella, señalándose los días de suspensión, en la que no habrá actividad laboral. Es lo que habitualmente se conoce como “mandar al trabajador a casa”.

Este tipo de expediente de regulación de empleo tiene como objetivo reducir los costos laborales de manera transitoria y normalmente viene producido por una fuerte contracción de la demanda para un periodo concreto. A veces, este expediente temporal supone la suspensión de una línea de producción o de un turno de trabajo. Normalmente suele afectar a toda la plantilla, que se incorpora al mismo de manera rotativa.

El ERTE, es la modalidad de regulación de empleo típica del sector del automóvil que la suele utilizar como respuesta a la caída de ventas propia de las crisis cíclicas que padece el sector de la automoción.

No obstante, en la actualidad muchas empresas usan este tipo de extinción contractual temporal bajo regulación del art. 47 del Estatuto de los Trabajadores, con la finalidad de enmascarar un expediente de regulación de empleo ordinario. En la práctica, se autorizan expedientes de regulación de empleo temporales en fraude de ley, que posteriormente se han impugnado y calificado con la figura de un expediente de regulación de empleo ordinario.

- **Expediente de regulación de empleo mediante reducción de la jornada de trabajo**

Otra de las variables que se utiliza dentro de la tipología de los expedientes de regulación de empleo, regulado en este caso por el art. 47 ET, es el que afecta a la reducción de la jornada de trabajo y salario, pasando los empleados a trabajar un número de horas menor que el consignado en su contrato de trabajo. En este caso, también se establece un calendario laboral pero en lugar de suspensión de días se reduce la jornada horaria en determinados días de la semana. El trabajador continúa en su puesto, pero trabajando menos horas o menos días.

Frecuentemente, el expediente de reducción de jornada es suficiente para estabilizar la empresa y dotarla de viabilidad, pero otras muchas es el paso previo para un posterior expediente de regulación de empleo más amplio y traumático, como sucede en los expedientes de regulación de empleo temporales.

6. SITUACIONES ESPECIALES DE EXPEDIENTES DE REGULACION DE EMPLEO.

A) Expedientes de Regulación de empleo por fuerza mayor ¹⁷

Con recepción expresa entre los motivos tasados por el artículo 49.11 ET, la relación laboral también podrá verse abocada a un conclusión prematura fruto de la " fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo". Por otro lado, el Código Civil en su art. 1105 califica de fuerza mayor, " *los acontecimientos que no hubieran podido preverse, o que, previstos fueran inevitables*".

Con todo, corresponde completar el tenor incorporando una serie de notas adicionales: en primer lugar, la imperiosa relación de causalidad entre el evento determinante y consecuencia sufrida; en segundo lugar quien la invoca no debe haber intervenido, ni directa ni indirectamente, en su generación; y en último lugar, el hecho de obedecer el acaecimiento a una circunstancia anormal, ajena a los riesgos de la entidad y cuyas resultados sean insuperables o demanden sacrificios excesivos en su prevención- la llamada " *prestación exorbitante*", si como precaución razonable, el titular de la explotación actúa con la diligencia debida a fin de evitar o mitigar los efectos dimanantes. ¹⁸ Por ejemplo, una nevada imprevista cuando de organizaciones con un

¹⁷ BLASCO PELLICER "Los Expedientes de Regulación de Empleo", Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

¹⁸ STJ Canarias/Las Palmas, 27 de julio 2004.

sistema *just in time* se trate; así como el accidente meteorológico ineludible y extraordinario, la nulidad del concurso de oposición, el derribo inesperado de las dependencias del negocio y, *el factum principis*, referido a una decisión inopinada o inexcusable de la autoridad pública. La jurisprudencia no ha procedido a la calificación, en el mismo sentido, respecto de la huelga anunciada con suficiente antelación del sector transporte que incida sobre la recepción de suministros; la cancelación motivada de una autorización administrativa, el fin de las relaciones de colaboración entre empresarios, la suspensión de pagos, la desaprobación del registro sanitario para la posterior comercialización de un medicamento o, sin agotar todas las alternativas, la parada biológica en el ámbito pesquero.

De acuerdo con el art. 51.12.2º ET, el procedimiento arranca con el requerimiento << en soporte de papel o mediante medios telemáticos, electrónicos o informáticos >> del interesado. Entre los elementos accesorios a incorporar al escrito, a fin de garantizar la labor del órgano potestativo, consta de adjuntar una << memoria explicativa de las causas o motivos >> similar a la ordenada en el cauce común.

En cuanto a las peculiaridades en la tramitación, dos de los rasgos más relevantes del procedimiento a cursar son la brevedad del período de tramitación y el rechazo a las diligencias superfluas o innecesarias.

Tratando de asegurar la recepción por los beneficiarios de esta partida, la autoridad laboral podrá imponer, en la misma resolución por la cual concluya con el procedimiento, que la totalidad o parte de tal resarcimiento económico sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, artículo 51.12 ET; y ello << sin necesidad de previa declaración de insolvencia, suspensión de pagos o concurso >>. En caso contrario, el organismo autónomo vendrá impelido a efectuar tal abono sólo si el deudor incurre en algunas de aquellas situaciones *supra* enumeradas. En cualquiera de las hipótesis, El Fondo de Garantía Salarial << se subroga frente el empresario por el importe de las prestaciones satisfechas >>; por ende, al final media una moratoria y no, una dispensa real. Operando el cese, los afectados pasan a la situación legal de desempleo, en orden de acreditar su condición de parados involuntarios, deberá aportar copia tanto de la resolución dictada por la autoridad como de la oportuna notificación entregada por el empresario, cuya fecha de efectos señala el momento a partir del cual surge el derecho al devengo del subsidio.

B) Expedientes de Regulación de empleo en las Administraciones Públicas.¹⁹

Antaño era absolutamente imposible, que se autorizara un despido colectivo en una Administración Pública dada la trascendencia social y económica que conlleva aparejada. No obstante, la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores contempla que << *El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público (...), se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.* >>. Por otro lado, la disposición adicional 3ª del RD Ley 2/2012 exceptúa, de esta prohibición a las entidades públicas << que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida a operaciones realizadas en el mercado >>; éstas son las *empresas públicas*. Las cuales además de los despidos colectivos, podrán adoptar también decisiones de suspensión o de reducción de jornada.

En cuanto a las causas técnicas, se consideran cuando existan cambios en los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trata. En cuando a las causas organizativas, también se reproduce la dicción del artículo 51.1 ET, al referirse a cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público. Por último, en cuanto a las causas de producción relacionadas con la demanda de servicios y productos, quedan totalmente excluidas por entender que las Administraciones Públicas no intervienen en el mercado para prestar servicios o productos.²⁰

Por su parte, otros autores como *Don Benigno Varela o Reinoso Carriedo*²¹, relacionan la referencia citada en la disposición adicional vigésima, con la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), cuyo objeto es el establecimiento de los principios rectores, a los

¹⁹ SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA, " *Cuestiones Prácticas del Derecho del Trabajo* ., Comares, 2012

²⁰ IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y JESUS R. MERCADER UGUINA. "Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral". Lex Nova, 2012.

²¹ VARELA AUTRÁN, BENIGNO. " *El despido objetivo en el sector público* ", La Ley, núm. 7945, 2012. REINOSO CARRIEDO, A. " *La Regulación del empleo y las medidas para su reforma en el sector público* ".

que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público orientada a la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, como garantía del crecimiento económico sostenido y la creación de empleo, en desarrollo del artículo 135 de la Constitución Española.

Por otro lado, el despido colectivo en el sector público presenta una serie de particularidades:

1) La administración en cuestión se encuentra sometida a los mecanismos de la LOEPSF, por haber incumplidos los principios de estabilidad y suficiencia presupuestaria contenidos en la norma. Advertirse no obstante, que el 38.a) RPDC al indicar cuál es la documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo exige una memoria explicativa de las causas del despido y su “relación” con los principios contenidos en la LOEPS, con los mecanismos o los objetivos de estabilidad financiera a que hace referencia la Ley, lo que podría llevar a pensar en una atenuación del presupuesto.

2) Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades referidas al artículo 3.2 de la Ley de Contratos del Sector Público.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, la extinción de contratos de trabajo del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de 14 de noviembre, fundada en causas económicas, técnicas u organizativas se llevará a efecto mediante el procedimiento establecido en este Capítulo en los supuestos en que, en un periodo de noventa días tal extinción afecte al menos a:

a) Diez trabajadores, en el Departamento Ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a esta, en la Consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El 10 por 100 del número de trabajadores de los mismos, en aquel Departamento

Ministerial, ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculados a esta, en la Consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u Organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en el Departamento Ministerial, en el ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculado a esta, en la Consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u organismos dependiente o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas que ocupen más de trescientos trabajadores.²²

C) Expedientes de Regulación de empleo en empresas que se encuentran en situación de concurso.²³

En cuanto a los expedientes de regulación de empleo en las empresas que se encuentran en situación de concurso de acreedores, regulado en la Ley 22/2003, de 19 de julio, Concursal, como los expedientes de regulación de empleo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, son instituciones jurídicas que se ordenan a un fin común: salvar la situación económica de la empresa o empleador.

Quizás la peculiaridad de este procedimiento específico radique en la vista atractiva que la ley le confiere al Juez mercantil que conoce del concurso, toda vez que a éste le corresponderá la decisión de cuantos incidentes se planteen respecto al concursado (por ejemplo, reclamaciones y demandas contra él una vez declarado el concurso, ya sean civiles, mercantiles o laborales). El legislador consideró oportuno sustraer de la acción administrativa las regulaciones de empleo y pasarlas a la sede judicial, mediante el establecimiento de un procedimiento específico cuya tramitación habrá de ventilarse en sede mercantil.

El expediente de regulación planteado en el artículo 64 LC, además de la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, plantea también la posibilidad de realizar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, con lo que va más allá y se muestra más amplio confiriendo un mayor margen de maniobra para la

²² GOERLICH PESET “Los despidos colectivos”, Tirant lo Blanc. Madrid. 2012.

²³ Boletín informativo de Graduados Sociales de Madrid con fecha de 8 de Abril de 2014.

reordenación del capital humano. No obstante, el artículo 44,4 LC que es el que nos remite al 64 para los efectos del concurso sobre contratos de trabajo, habla también de decisiones de cierre de oficinas, establecimientos o centros de trabajo. En consecuencia, estas medidas no podrán ser entendidas eficaces si no se interpreta que, desde el punto de vista concursal, el traslado ha de ser englobado también como una modificación sustancial más aparte de las que tradicionalmente ya conocemos por la legislación laboral.

Adolece de un importante defecto, como es la falta de exigencia de un plan de acompañamiento social dirigido a evitar o mitigar los efectos de la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, que en el ámbito administrativo se exige. La ley no obliga a adoptar estas medidas sociales ni faculta al Juez para ordenarlas, con lo que entendemos que aquí existe una carencia que debiera haber sido subsanada en la última reforma de la legislación concursal.

En todo caso, si tanto empleador como trabajadores pretendieren eludir la aplicación del expediente de regulación de empleo regulado en la LC, pueden acudir a una instrumentación del mismo por la vía administrativa con carácter previo a la declaración de concurso. El supuesto fáctico sería el siguiente: una empresa aprecia dificultades económicas por cualquier razón e inicia los trámites para entrar en concurso. La administración dispone de un plazo legal de dos meses para interponer la solicitud de declaración de concurso desde que es conocida la situación de irregularidad en el pago. Durante ese tiempo puede ser iniciada la tramitación del expediente en vía administrativa y finalizar éste aunque ya se halle iniciada la tramitación judicial del concurso. Entre los efectos suspensivos de determinados actos jurídicos ya sean definitivos o se hallen tramitados no se contempla la paralización de un expediente de regulación de empleo, con lo que éste podría finalizar cómodamente su tramitación que, por otro lado, es prevista como de duración breve por parte del Real Decreto 43/1996²⁴.

D) Los Expedientes de Regulación de empleo en los Grupos de Empresa²⁵

Una cuestión que se ha revelado especialmente problemática es el relativo a la

²⁴ BLASCO PELLICER “Los Expedientes de Regulación de Empleo”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

²⁵ GOERLICH PESET “Los despidos colectivos”. Tirant lo Blanc, Madrid. 2012

posibilidad de que un grupo de empresas patológico acepte tal condición económica negativa e inste el procedimiento para el conjunto de las empresas del falso grupo, esto es, aquél en el que es la propia entidad empresarial la que asume su condición de falso grupo.

La jurisprudencia viene diciendo que, son grupos de empresas cuando existe una empresa dominante y las otras son quienes le siguen, la empresa dominante tiene una cierta facultad jurídica sobre las otras. Para ello, se exige bien que haya prestación indiferenciada de los trabajadores de una y otras empresas del grupo, que haya promiscuidad patrimonial, y que haya una empresa extremadamente dominante.²⁶

El Tribunal se pronuncia y toma en consideración la doctrina jurisprudencial existente sobre la situación económica de la totalidad de las sociedades que lo integran en orden a determinar si concurre una situación económica negativa. A estos efectos, que la aceptación de la existencia de un grupo resulta, además, más garantista en la medida en que permite que la negociación se lleve a cabo a nivel global y no parcelando empresa por empresa y posibilita, además, tanto el análisis conjunto, evitando, en su caso, posibles situaciones dispares injustificadas.

A ello se añade, el incremento de la información durante los periodos de consultas, ya que se examinan las cuentas de cada una de las sociedades, y además, para determinar documentalmente una situación económica negativa han de darse tal situación en todas las sociedades del grupo de empresas, habidas cuentas de que son empresas bajo una única administración; así como, confusión patrimonial, cuentas, y fiscalidad consolidadas. Esto es, un grupo de empresas con forma de grupo: espejismo de grupo. También en los despidos colectivos es imprescindible, identificar al empresario real. De este modo, la noción de grupo trasciende la mera consecuencia vinculada a la imputación de responsabilidades y permite considerar a éste como auténtico y único empresario frente a los derechos de los trabajadores.

²⁶ IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y JESUS R. MERCADER UGUINA. “Reforma laboral 2012”. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Lex nova 2012.

7. REGULACIÓN DE LOS EXPEDIENTES ORDINARIOS DE REGULACION DE EMPLEO SEGUN LA LEY. 11/2013.

A. Legitimación. El concepto de interesado en el procedimiento ordinario.²⁷

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas expresa la noción de interesado en su art. 31, considerando a tales quienes promuevan procedimientos como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos; cuantos, sin haberlo iniciado, ostenten prerrogativas sobre las que pueda incidir la decisión adoptada; en fin, aquellos cuyas expectativas legítimas, subjetivas o plurales, sean susceptibles de quedar perturbadas y se personen en aquél que siempre y cuando no haya recaído resolución definitiva. Las posibilidades de actuación ofrecidas de cuantos cumplan las notas anteriormente descritas permite atender según conviene en los principios de audiencia, contradicción e igualdad de los solicitantes, recogidos en los artículos 84 y 85 de la presente ley.

Consciente de tal dato, el art. 51 ET considera a los representantes de los trabajadores como parte interesada y, además, su apartado decimotercero prevé expresamente la necesidad de que todas las actuaciones a seguir y las notificaciones a los empleados sean efectuadas a través suyo. Por su parte, el art. 3 del RD 43/1996, añade como tales a la empresa y a los empleados quienes ejercerán la opción, de nuevo, mediante el cauce representativo. Si bien produce un plus, resolviendo el problema de la ausencia de delegados en la empresa, pues, si concurriera dicha circunstancia, serán los propios operarios quienes ostentarán el derecho a participar en el proceso.

La condición de interesado en el procedimiento depende de cual sea esa posición. Así, el titular del derecho subjetivo tiene una condición de interesado que podríamos llamar " de primer grado", puesto que esta condición le viene atribuida *per se*, sin necesidad de comparecer en el procedimiento. Mientras que los titulares de intereses legítimos individuales o colectivos tienen una condición de interesado " de segundo grado", ya que para la atribución de esa condición es necesario que se personen en el procedimiento antes de que recaiga resolución definitiva >>.²⁸

En resumen, el principal legitimado para iniciar la vía administrativa es el

²⁷ BLASCO PELLICER. "La extinción del Contrato de Trabajo en la reforma laboral del 2012". Tirant Lo Blanch. 2013

²⁸ EVA DESDENTADO DAROCA. "La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento", La Ley, 2011.

empleador, en tanto titular de la unidad productiva y quien, en ejercicio de su libertad de empresa y poder de organización de la actividad, puede considerar necesario extinguir el contrato de un conjunto de trabajadores por entender concurrentes alguna de las causas legalmente establecidas. En segundo término, únicamente con carácter excepcional están habilitados los trabajadores para iniciar el procedimiento. La legitimidad conferida no lleva a una titularidad individual, sino colectiva; pues la solicitud será realizada por los representantes legales de los empleados.

B. Documentación común a los expedientes de regulación de empleo

La norma guarda silencio en torno a la forma de la solicitud y el lugar para presentarla, haciendo referencia tan solo a la documentación mínima que la debe acompañar. Dicha laguna debe ser colmada mediante la aplicación supletoria de las leyes administrativas, de manera tal que habrá que dejar constancia de los elementos destinados a identificar a la parte, órgano al cual se dirige, entre otras. En síntesis, según lo contemplado en el artículo 70 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, la comunicación deberá constar: nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de quien lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar señalado a efectos de notificaciones; hechos, razones y petición en que se concrete, con toda la claridad, la solicitud; lugar y fecha; firma de quien efectúa la petición o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio; en fin, órgano, centro o unidad administrativa a la cual se dirige.

Las solicitudes podrán ser presentadas en cualesquiera de los registros previstos en el art. 38.4 LRJAP, esto es, en el de los órganos a los que se dirijan, en los de cualquier ente integrado en la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o en la de laguna entidad que integran la Administración Local. En éste último, se hubiese suscrito a un convenio; en este caso el lugar será las oficinas de Correos, en la forma establecida reglamentariamente; en las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero, en definitiva, en cualquier otra sede prevista por las disposiciones vigentes.

Por otro lado, cualquiera que sea la causa alegada para los despidos colectivos, la comunicación de inicio del periodo de consultas contendrá los siguientes extremos:

- a) La especificación de las causas del despido colectivo.
- b) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.

Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.

c) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.

d) Periodo previsto para la realización de los despidos.

e) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.

f) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.

g) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

2. La referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, así como, en su caso, del plan de recolocación.

3. Simultáneamente a la entrega de la comunicación a los representantes legales de los trabajadores, el empresario solicitará por escrito de estos la emisión del informe a que se refiere el artículo 64.5.a) y b) del Estatuto de los Trabajadores.

8. PROCEDIMIENTO.²⁹

En el plano sustantivo, el despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción posee en la actualidad el siguiente régimen jurídico, que como se ha explicado anteriormente, se encuentra recogido en la última reforma laboral con la Ley 11/2013:

1) Según se contempla en su artículo primero, existe despido colectivo cuando en un periodo de 90 días la extinción del contrato de trabajo supera determinados umbrales cuantitativos:

- Cuando afecten a 10 trabajadores en empresas que ocupen menos de 100;
- El 10 % de los trabajadores de las empresas que ocupen entre 100-300 trabajadores;

²⁹ BLASCO PELLICER. “*La extinción del Contrato de Trabajo en la reforma laboral del 2012*”. Tirant Lo Blanch., 2013

- Y el 30 o más de los trabajadores en las empresas que ocupen más de 300 trabajadores.

Para el cómputo de número de extinciones se tendrán en cuenta, asimismo, cualesquiera otras producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de motivos no inherentes a las persona del trabajador, siempre que su número sea al menos de 5. Como norma antifraude se prevé que cuando la empresa realice en periodos sucesivos de 90 días despidos objetivos por debajo de los umbrales establecidos, pero que conjuntamente computados los superen, sin que concurren causas nuevas que los justifiquen, ello determinará la nulidad de las nuevas extinciones habidas. Finalmente, también se considera despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a 5 y se produzca como consecuencia de la cesación total de la actividad.

2) El despido colectivo exige la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción para su adopción. Así, se entiende que existen 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 ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior >>. Por su parte, << 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 o en el modo de organizar la producción 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 >>.

Como novedad a destacar en este punto, han desaparecido los criterios anteriormente establecidos que obligaban a valorar el despido colectivo en términos de competitividad, superación de situaciones económicas negativas, garantizar la viabilidad futura de la empresa o del empleo, etc.

3) La materialización del despido colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, con una duración no superior a 30

días naturales, o 15 días en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores, el cual deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y 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.

- Salvo pacto en contrario, la primera reunión se celebrará en un plazo no inferior a tres días desde la fecha de la entrega de la comunicación. En empresas de menos de 50 trabajadores, salvo pacto en contrario, al menos 2 reuniones, separadas por un intervalo no superior a seis días naturales, ni inferior a tres días naturales. En empresas de 50 o más trabajadores, al menos 3 reuniones, separadas por un intervalo no superior a nueve días naturales ni inferior a cuatro días naturales.

El Real Decreto Ley 11/2013 ha precisado los sujetos que integran la comisión negociadora, haciendo abstracción del número de centros de trabajo afectados por el despido colectivo y estará integrada por un máximo de 13 miembros. Durante el periodo de consultas las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo, el cual requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

Hay que establecer desde la apertura misma del periodo de consultas un calendario de reuniones, habiéndose previsto como novedad el número mínimo de reuniones a realizar en atención a la plantilla de la empresa, recogido en el artículo 7 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Ello no obstante, el empresario y los representantes de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución de periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, el cual deberá desarrollarse dentro del plazo máximo previsto para dicho periodo.

4) La comisión representativa de los trabajadores deberá constituirse con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del periodo de consultas. Trascurrido el plazo máximo previsto para ello; de 7 o 15 días según el caso, la dirección de la empresa podrá comunicar por escrito la apertura del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores remitiendo una copia a la autoridad laboral. Dicho escrito contendrá una memoria explicativa en la que se consignarán los siguientes

extremos:

- A) Especificación de la causa o causas del despido colectivo;
- B) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido.
Cuando el procedimiento de despido colectivo afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá aparecer desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma- Artículo 3.1 c) RD 1483/2012.
- C) Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año, con el mismo desglose del que acabo de hacer referencia.
- D) Periodo previsto para la realización de los despidos
- E) Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por el despido
- F) Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el proceso de despido colectivo- Artículo 9.4 Real Decreto Ley 11/2013.
- G) Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

Asimismo, se acompañará la documentación contable y fiscal, así como los informes técnicos, todo ello, en los términos que reglamentariamente se establezcan. Cuando la extinción afecte a más de 50% de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa. Además, en las empresas que lleven a cabo un despido colectivo que afecte a más de 50 trabajadores, se deberá adjuntar a la documentación que acompaña el inicio del procedimiento **un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por el despido colectivo**, a través de las empresas de recolocación autorizadas.

5) Recibida la comunicación, la autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de la comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas, recogido en el artículo 11 RD 1483/2012. El informe deberá ser evacuado en el plazo improrrogable de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento. Además, la autoridad laboral debe velar por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la

suspensión del procedimiento. Igualmente podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo. Con la misma finalidad, también podrá realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa. Para ello, la autoridad laboral podrá servirse de la asistencia y el apoyo de la Inspección de Trabajo.

6) Concluido el periodo de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral su resultado. Si se hubiera alcanzado el acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que se haya adoptado y sus condiciones. La comunicación incluirá la documentación correspondiente a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa, así como el plan de recolocación externa en los casos de empresas obligadas a su realización- Artículo 12.3 RD 1483/2012-. Esta comunicación se realizara en el plazo máximo de 15 días a contar desde la última reunión celebrada en el periodo de consultas. Trascurrido dicho plazo sin que el empresario haya comunicado la decisión final de despido colectivo, se producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de la posibilidad de iniciarlo de nuevo, recogidos en los artículos 51.2 ET, en su redacción dada por el Real Decreto-Ley 11/2013 y artículo 12.4 RD 1483/2012.

7) Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 ET para los despidos objetivos. En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido.

8) Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad. En orden a facilitar su control, la empresa deberá justificar en la decisión final del despido la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa, contemplado en el artículo 13.3 RD 1483/2012.

9) Cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no

incurtas en procedimientos concursal, que incluyan trabajadores con 55 o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la disposición adicional 31ª de la Ley General de la Seguridad Social.

10) La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de 50 trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan, diseñado para un periodo mínimo de 6 meses, deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. En todo caso, lo anterior no será de aplicación a las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores. La autoridad laboral, a través del servicio público de empleo competente, verificará la acreditación del cumplimiento de esta obligación y, en su caso, requerirá a la empresa para que proceda a su cumplimiento.

11) Las empresas con beneficios y más de 100 trabajadores a su cargo, que despidan colectivamente a un determinado porcentaje de trabajadores de 50 o más años de edad, **deben realizar una aportación económica al Tesoro Público**, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

9. LOS EXPEDIENTE DE SUSPENSIÓN COLECTIVA DE RELACIONES LABORALES (ERTES) ³⁰

El CAPÍTULO II de la Ley 5/2013 recoge el régimen de Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que viene a decir lo siguiente:

a) El contrato de trabajo podrá suspenderse por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a que se refiere el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, cuando el cese de la actividad que venía desarrollando el trabajador afecte

³⁰ BLASCO PELLICER. "La extinción del Contrato de Trabajo en la reforma laboral del 2012". Tirant Lo Blanch, 2013

a días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo. Asimismo, la jornada de trabajo podrá reducirse por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a que se refiere el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores con arreglo al procedimiento previsto en la presente Ley 5/2013. Se entenderá por reducción de jornada "*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*".

b) La adopción de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada no generará derecho a indemnización alguna a favor de los trabajadores afectados.

c) El procedimiento se iniciará por escrito, mediante la comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el empresario a los representantes legales de los trabajadores con el contenido especificado y a la que deberá acompañarse. La comunicación de la apertura del periodo de consultas contendrá los siguientes extremos:

1. La especificación de las causas que motivan la suspensión de contratos o la reducción de jornada.
2. Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada. Cuando el procedimiento afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.
3. Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.
4. Concreción y detalle de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada.
5. Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada.
6. Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada.
7. Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

8. La referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas de la suspensión de contratos o reducción de jornada y restantes aspectos relacionados.

La documentación justificativa que debe acompañar a la comunicación de la apertura del periodo de consultas será la necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa. En el caso de que la causa aducida por la empresa sea de índole económica, la documentación exigible será la indicada en el artículo referido a los expedientes de regulación de empleo extintivo, ya nombrados anteriormente, con las siguientes particularidades:

- Se limitará a la del **último ejercicio económico completo**, así como a las cuentas provisionales del vigente a la presentación de la comunicación por la que se inicia el procedimiento.

- En caso de que la causa aducida consista en la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación prevista en el apartado anterior, la documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, **los dos trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación** de inicio del procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

Cuando se aleguen por la empresa causas técnicas, organizativas o de producción, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa de dichas causas que acredite la concurrencia de las mismas, aportando los informes técnicos oportunos.

d) El empresario hará llegar a la autoridad laboral simultáneamente a su entrega a los representantes legales de los trabajadores, copia de la comunicación a los representantes de los trabajadores, así como la documentación señalada anteriormente. Asimismo deberá remitir la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la Comisión negociadora de los procedimientos. Posteriormente, recibida la comunicación

de iniciación del procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada; la autoridad laboral dará traslado de la misma a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, así como a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Si la comunicación de iniciación del procedimiento de suspensión de contratos o de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no reuniese los requisitos exigidos, la autoridad laboral así lo advertirá al empresario, remitiendo copia del escrito a los representantes de los trabajadores y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La consulta se llevará a cabo en una única *comisión negociadora*, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes. Además, estarán legitimados para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas a que se refiere este Reglamento los sujetos indicados en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores: << *La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción (...)>>.*

f) A la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral competente el resultado del mismo, siguiéndose el mismo procedimiento ordinario reglamentario. Recibida la comunicación del empresario, la autoridad laboral comunicará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la finalización del periodo de consultas, dando traslado, en su caso, de la copia del acuerdo alcanzado y, en todo caso, de la decisión empresarial sobre la suspensión de contratos o reducción de jornada.

h) Tras la comunicación de la decisión empresarial, el empresario podrá proceder a notificar individualmente a los trabajadores afectados la aplicación de las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada correspondientes, que surtirán efectos a partir de la fecha en que el empresario haya comunicado la mencionada decisión empresarial a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior.

La Disposición adicional tercera de la presente ley 5/2013, contempla los expedientes de regulación de empleo suspensivos en el sector público, y viene diciendo que " de conformidad con lo establecido en la disposición adicional vigésimo primera del

Estatuto de los Trabajadores, lo previsto en el Título I, Capítulo II sobre expedientes de regulación temporal de empleo, será de aplicación a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias Administraciones Públicas y otros organismos públicos, siempre y cuando se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado".

La impugnación ante la jurisdicción social de los acuerdos y decisiones en materia de suspensión de contratos y reducción de jornada se regirá por lo dispuesto en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

10. PLANO PROCESAL DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACION DE EMPLEO ³¹

En aras de lograr la mayor celeridad posible en la resolución judicial de las controversias que se planteen, la Exposición de Motivos del RD Ley 3/2012 anuncia determinadas medidas adoptadas, tales como el carácter urgente y preferente de esta modalidad procesal.

Así el artículo 214.8 LJS, se refiere al carácter urgente y preferente que posee esta modalidad procesal, con preferencia cuasi absoluta en el despacho de estos asuntos sobre cualquier otro, a excepción de los que versen sobre tutela de derechos fundamentales o libertades públicas. Todo ello, nos remite al artículo 126 y 140.2 b) LJS se limita a afirmar en estos casos que el procedimiento << *será urgente y se le dará tramitación preferente* >>, sin mayores concreciones. En cambio, el artículo 159 LJS recoge el mismo criterio de referencia sobre los conflictos colectivos, afirmándose en iguales términos. Razón por la cual hay que considerar que ambos procesos, están en pie de igualdad por lo que se refiere al principio de preferencia en su tramitación, debiéndose dirimir los conflictos colectivos que se susciten en la práctica a favor del conocimiento preferente de la demanda instada en primer lugar.

A pesar de que la Exposición de Motivos de las normas reformadoras de 2012 no se refiere explícitamente a la existencia de otras reglas ordenadas en aras del principio de celeridad, en esta clave se vienen interpretando ciertas medidas legales, acuñadas también en el proceso de impugnación del despido colectivo por los

³¹ BLASCO PELLICER. "La extinción del Contrato de Trabajo en la reforma laboral del 2012". Tirant Lo Blanch. 2013

representantes de los trabajadores, tales como la amortización de algunos trámites, declarando innecesario el agotamiento de fórmulas legalmente previstas de evitación del proceso, señaladamente, los actos de conciliación o mediación y la reclamación administrativa previa; el acortamiento de plazos procesales, de tal modo que el juicio deberá tener lugar, en única convocatoria, **dentro de los 15 días posteriores a contar desde la fecha de admisión de la demanda**; debiéndose dictar sentencia dentro de los cinco días posteriores a la celebración del juicio; la declaración de agosto como hábil para las actuaciones procesales; tanto el proceso declarativo como el trámite de recurso y de ejecución; o la irrecurribilidad de las diligencias de ordenación que se dicten, salvo por lo que se refiere al recurso de declaración inicial de incompetencia.

A) Legitimación Activa.

La calificación de esta sub-modalidad procesal viene avalada, también, por las propias reglas de legitimación arbitradas, habiéndose previsto que puede impugnar la decisión empresarial del despido colectivo " *los representantes legales de los trabajadores (...)*". Como tales hay que considerar no sólo a la representación unitaria de los trabajadores en la empresa, sino también a los representantes sindicales del mismo. Además, el artículo 214 LJS precisa que " *cuando la impugnación sea formulada por los representantes sindicales, éstos deberán tener implantación suficiente en el ámbito del despido colectivo*". Concretando algo más esta legitimación, son representantes unitarios de los trabajadores en la empresa los delegados de personal y los miembros del comité de empresa, elegidos cada cuatro años por los trabajadores. Por su parte, la representación sindical en la empresa viene referida a las distintas secciones sindicales integradas por el conjunto de trabajadores afiliados a un mismo sindicato.

Por otro lado, el requisito de la implantación suficiente en el ámbito del conflicto colectivo, se ha medido valorando la presencia de la sección o secciones sindicales en el seno de la representación unitaria, aunque sin exigir, desde luego, que la sección o secciones sindicales en cuestión ostenten la mayoría del órgano de la representación unitaria. No obstante, el artículo 17.2, párrafo 2º, establece expresamente que " *los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los*

trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate". Desde este punto de vista, estos mismos criterios interpretativos son los que han de guiar el entendimiento del requisito exigido expresamente por el artículo 124.1 LJS a las representaciones sindicales para impugnar el despido colectivo, consistente en que tengan " una implantación suficiente" en el ámbito de aquél.

D) Legitimación Pasiva.

La legitimación pasiva en este proceso recae sobre el empresario, a quien se demandará- directamente, si se trata de una persona jurídica: en la persona de su representante legal, recogido en el artículo 16.5 LJS-. Así se desprende del propio artículo 214.1 LJS, cuando identifica como objeto de la demanda interpuesta por los representantes de los trabajadores la " decisión empresarial" de despido colectivo.

Cuando se hubiere declarado el concurso de acreedores, y el despido colectivo se hubiere llevado a cabo sin la preceptiva autorización del juez del concurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.1 Ley Concursal, deberán demandarse en régimen de litisconsorcio pasivo necesario, junto con el empresario, a la administración concursal. Y ello a pesar de que el artículo 124 LJS nada disponga expresamente sobre el particular. Téngase en cuenta a este respecto que la falta de autorización del juez de concurso constituye uno de los posibles motivos de impugnación, susceptible de determinar la declaración de nulidad del despido colectivo en vía social, siendo la administración concursal junto con el empresario, uno de los sujetos responsables de instar y participar activamente en la tramitación del periodo de consultas, cuya omisión se pretende ahora impugnar ante la jurisdicción social. También, otro motivo para proceder en la demanda contra la administración concursal correspondiente, es cuando el despido colectivo se hubiere concluido en " situaciones de normalidad" y, una vez, impugnado en vía social, la empresa hubiere sido declarada en concurso³²

Además, el artículo 51 LC, contempla que " *en caso de suspensión de las facultades de la administración y disposición del deudor (el empresario) , la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario Judicial le concederá, una vez*

³² SAN 124/2012, de 26 de Julio.

personada, un plazo de cinco días para que se instruya de las actuaciones "; en los casos de simple intervención de las facultades del empresario, " el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la autorización de la administración concursal, para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio".

Por otra parte, cuando la parte demandante sea un grupo de empresas y pretenda derivar determinadas consecuencias jurídicas esa circunstancia, deberá incluir en su demanda a las distintas empresas que se trate, y no solo a la empleadora de los trabajadores afectados por el despido colectivo impugnado, pues de lo contrario no será posible ningún procedimiento judicial sobre el particular sin haber permitido previamente a todas las empresas en cuestión defender sus intereses en juicio.

Por último, lo que sí se prevé expresamente es que cuando el periodo de consultas hubiere finalizado con acuerdo se deberá demandar también, en régimen de litisconsorcio pasivo necesario a los " firmantes del mismo", según contempla el artículo 124.4 LJS, debiéndose entender como tales los miembros de la comisión negociadora del citado periodo de consultas, quienes, no están legitimados activamente para impugnar el despido colectivo, salvo supuestos excepcionales en los que se alegue la existencia de vicios del consentimiento en la conclusión del acuerdo.

C) Impugnación de Oficio

De existir acuerdo en el periodo de consultas, el artículo 47.1 ET, establece que se presumirán que concurren las causas justificativas, por lo que la autoridad laboral deberá aceptarlo como válido ni emitir ninguna resolución al respecto. Esto no significa que no ostente ningún tipo de competencia de control, aunque limitada. En efecto, la autoridad laboral puede impugnar el acuerdo por dos motivos diferentes:

- Porque detecte la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, aunque esta posibilidad no está expresamente recogida, pero sí se prevé en el artículo 51.6 ET, relativo a los despidos colectivos y el artículo 148 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social.
- O a petición del Servicio Público de Empleo, si considera que el acuerdo tiene como finalidad esencial la de obtener indebidamente las prestaciones por desempleo para los trabajadores, cuando considere que no concurren, o al menos, no en la medida como

para constituir una de las situaciones legales de desempleo establecidas en el artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social.

La doble posibilidad de impugnación por parte de la autoridad laboral ha de articularse necesariamente a través del procedimiento de oficio y del de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social, regulado por el artículo 148 LJS. Expresamente se establece en su letra b), que el proceso de oficio podrá iniciarse, en primer lugar, como consecuencia de " los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando así apreciara dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de jornada o extinción...". Es cierto que el resto de lo establecido en el artículo 148 b) LJS no es ya aplicable tras el RD Ley 3/2012, en concreto cuando ordena que mientras el juez dicte sentencia, se deje en suspenso la resolución administrativa que, ahora, no puede existir. Pero ello no quita validez a la primera parte del art. 148 b), en el sentido de que es la modalidad procesal de oficio la pertinente para que la autoridad laboral ejercite su acción impugnatoria del acuerdo suscrito.

D) Impugnación individual de los trabajadores afectados por el despido.

En relación con estas últimas impugnaciones, el RD Ley 3/2012 ha introducido algunas pequeñas modificaciones en el art. 138 LJS, fundamentalmente para acoger, junto a los traslados y las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, a las suspensiones de contrato y a las reducciones de jornada. De forma que, frente a la decisión empresarial de suspensión o de reducción de jornada, los trabajadores afectados por esa decisión podrán interponer demanda individual, a través de la modalidad procesal de " Movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y derivadas de fuerza mayor".³³

Esta demanda deberá de presentarse en el periodo de caducidad de veinte días hábiles siguientes a la notificación por escrito de la decisión empresarial a los trabajadores o a sus representantes y el más general, de prescripción de un año, a contar desde el mismo momento, establecido en el art. 59.2 ET. La decisión empresarial haya, o no, acuerdo; también podrá impugnarse por la vía de la modalidad procesal de

³³ Sección Cuarta del Capítulo V del Libro Segundo de la LJS

conflictos colectivos, recogido en el artículo 153 LJS, por lo sujetos legitimados.

Tanto en uno u otro caso, el art. 153.1 LJS, en su versión reformada, prevé este tipo de demanda se trate de un colectivo genérico de trabajadores pero susceptibles de determinación individual y que versen sobre la aplicación de un pacto o acuerdo- el de finalización del período de consultas-, o de una decisión empresarial de carácter colectivo. Sólo que, mientras que para las suspensiones y reducciones de jornada es necesario seguir el procedimiento establecido en el art. 47 ET; en las modificaciones sustanciales y en los despidos colectivos, sólo se exige en los casos en que **los trabajadores afectados superan el umbral numérico o porcentual** que se prevé en los artículos 40.2, 41.2 y 51.1 ET.

Por otro lado, siendo posible la impugnación, individual o colectiva, de la decisión empresarial de suspensión y de reducción de jornada, el juez de lo social tendrá que resolver acerca de si han quedado o no acreditadas las razones invocadas por la empresa en relación con los otros trabajadores afectados. Reconociendo, de no ser así, el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo y el abono de los daños y perjuicios que el empresario le hubiera podido ocasionar. Incluso podrá declarar nula la decisión empresarial si se han eludido:

- Si el acuerdo tiene normas relativas al periodo de consultas,
- si el acuerdo tiene como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas,
- si el acuerdo se ha producido con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas,
- incluyendo los supuestos en los que el art. 108.2 LJS considera nulo el despido.

Todo lo anterior, se encuentra recogido en el artículo 138.7 LJS, modificado por el RD Ley 3/2012, para la modalidad procesal de suspensión y reducción de jornada.

11. REGIMEN FISCAL DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACION DE EMPLEO.³⁴

En cuanto al régimen fiscal de las indemnizaciones por despido colectivo, cuando un trabajador se ve afectado por un despido a través de un Expediente de Regulación de Empleo, las indemnizaciones por despido estarán exentas tanto si han

³⁴ GRACIA TERRÓN, 10 de abril de 2013. "Tributación de las indemnizaciones", Economía-Hacienda-Empleo. 2013

surgido tras una sentencia del Magistrado de lo Social, como si han nacido fruto del reconocimiento por parte de la empresa en un acuerdo ante el Servicio de Mediación y Arbitraje Laboral.

La Ley 45/2002 incluso reconoce como exentas cualquier indemnización por despido percibida con anterioridad incluso al acuerdo de conciliación, siempre y cuando no excedan las cantidades que una sentencia judicial hubiese establecido. Así, lo contempla la ley: *las indemnizaciones por despidos producidos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 (...), estarán exentas en la cuantía que no exceda de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, cuando el empresario así lo reconozca en el momento de la comunicación del despido o en cualquier otro anterior al acto de conciliación y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas.*³⁵

En cuanto a las indemnizaciones por despido o cese consecuencia de los expedientes de regulación de empleo, estarán exentas en la cuantía que no supere cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Efectivamente, cuando se superan los umbrales citados, **el afectado sí tendrá que tributar por los excesos**. Esto es posible en los ERE de empresas que llegan a acuerdos con los sindicatos para pagar indemnizaciones superiores a las fijadas por ley, como pueden serlo 60 días por año trabajado.³⁶ En ese caso, **habrá que declararlo como rendimiento de trabajo irregular**, según el artículo 18 de la Ley del Impuesto de la Renta sobre las Personas Físicas. No obstante, Hacienda aplicará una reducción del **40%** siempre que el empleado llevara más de dos años en la empresa. La cantidad correspondiente que no está exenta de tributar habrá que sumarla al resto de retribuciones dinerarias de naturaleza laboral.

Un claro ejemplo sería, si un trabajador recibe una indemnización de **60 días por año** trabajado equivalente a 40.000 euros. De esta cantidad, 30.000 euros están exentos porque son lo correspondiente a los baremos de 45 días por año trabajado hasta el 12 de febrero de 2012, y de 33 días prorrateados por año trabajado desde esa fecha. Este

³⁵ Ley de Impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas.

³⁶ Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

asalariado solo deberá declarar ante Hacienda 10.000 euros, **sobre los que le aplicarán una reducción del 40% por llevar cinco años en la misma empresa.**

Por otro lado, en cuanto a los supuestos de *readmisión de trabajadores* por la empresa que les despidió a través de un ERE, si la vuelta se produce antes de tres años desde que se cursó el ERE, el afectado tendrá que hacer una complementaria para declarar la indemnización que en su día estuvo exenta. En esta situación, **tendrá que tributar por lo que declaró exento.** La cantidad deberá reflejarse en la Declaración Complementaria como *rendimiento de trabajo personal*.

12. CONSECUENCIAS GENERALES DEL ERTE.³⁷

A modo práctico, el trabajador sigue perteneciendo a la empresa a todos los efectos. La principal consecuencia, es que se produce la apertura de la **bolsa de desempleo** durante los días en que se suspende el contrato. No obstante, al trabajador afectado tiene libre albedrío para solicitar o no el desempleo. En el supuesto caso, si abre el desempleo va consumiendo días de paro que tenía acumulados. El trabajador afectado podrá solicitar el desempleo siempre que tenga cotizados 360 días en los últimos 6 años.

- a. El INEM abonará durante los días de suspensión del contrato de trabajo, el 70% del cociente de dividir por 180 la suma de los salarios percibidos de los 180 últimos días. Así mismo, el empresario podrá cubrir ese 30 % restante de la prestación por desempleo hasta completar un 100% de la prestación.

El cobro de la prestación se realizarán los días 10 de cada mes y, normalmente, va con dos meses de retraso sobre el mes de regulación. Por ejemplo, un trabajador que ha sido regulado ocho días en enero no suele cobrar la nómina del INEM por esos días hasta el diez de marzo.

- b. En cuanto a la cotización, durante el período de suspensión se cotiza por la misma base que el trabajador tenía antes del hecho causante. La empresa ingresará a la Seguridad Social la cuota patronal y el INEM cotiza la parte del trabajador previamente descontada del importe bruto de la prestación. Por lo referido a los conceptos retributivos, no se generan la parte proporcional de las

³⁷ BLASCO PELLICER. "La extinción del Contrato de Trabajo en la reforma laboral del 2012". Tirant lo Blanch, 2013

pagas extras, al estar el contrato suspendido y haberse tenido en cuenta las pagas extras para el cálculo la prestación. Con las vacaciones ocurre lo mismo, no se generan vacaciones durante los períodos de suspensión al estar el contrato suspendido.

- c. La reforma laboral del 2012 contempla que, en los supuestos en los que una empresa por un ERE temporal haya suspendido contratos de trabajo y posteriormente se extingan los contratos por un despido colectivo los trabajadores tendrán derecho **a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo** por el mismo número de días que hubieren recibido el desempleo con un límite máximo de 180 días. Es decir, el Estado te repone 180 días de prestación ya consumida (cumple la misma función que los "salarios de tramitación"), pero siempre que las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el **1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013**, ambos inclusive y **que el despido se produzca entre el 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014**.³⁸
- d. Bonificación en las cuotas de la Seguridad Social para los trabajadores afectados por el ERTE: Las empresas tendrán derecho a una **bonificación del 50 por ciento** de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, devengadas por los trabajadores en situaciones de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada, 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**.

Las bonificaciones serán compatibles con otras ayudas públicas previstas con la misma finalidad, incluidas las reguladas en el Programa de Fomento de empleo, sin que la suma de las bonificaciones supere el 100 % de la cuota empresarial a la Seguridad Social. No se concederán los incentivos descritos cuando se trate de relaciones laborales de carácter especial.³⁹

- e. Por lo que respecta a los trabajadores **mayores de 55 años afectados por el ERE**, el empresario deberá firmar un convenio especial con el trabajador

³⁸ *Real Decreto-ley 1/2013*, artículo 3; por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas.

³⁹ Página Oficial del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). Bonificaciones.

afectado como medida de plan social en los despidos colectivos.⁴⁰ Por lo tanto, el trabajador sigue cotizando a la Seguridad Social como si estuviera en activo. Las cantidades satisfechas por el empresario para completar la prestación pública que recibe el trabajador prejubilado, tienen como finalidad mantener los ingresos de éste tras la ruptura prematura contractual hasta que alcance la edad de jubilación.

No obstante, en la práctica existe una gran polémica sobre estos trabajadores, puesto que al empresario no le sale rentable despedir a un trabajador mayor de 55 años ya que, aparte de la cuantía correspondiente a resarcir los daños y perjuicios derivados del despido aumentado por la antigüedad en la empresa, se le añaden las cantidades económicas que sufragan el convenio especial.

13. APLICACIÓN PRÁCTICA. STSJ 472/2013.

En la práctica, los expedientes de regulación de empleo son utilizados con irregularidades en su procedimiento que dan lugar a la nulidad de los acuerdos adoptados. No obstante, el motivo en particular de este Proyecto Fin de Carrera es proyectar cómo el empresario utiliza inadecuadamente y, bajo fines distintos a los motivados la tramitación de un expediente de regulación de empleo. Para ello, he utilizado una sentencia en concreto que explica la acción fraudulenta del empresario.

La Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha nº 472/2013, de 16 de abril, que viene a decir << que lo que se plantea en el ERE tramitado es una extinción contractual(...) Pero en realidad lo que se hace, es una simulación de extinción contractual, toda vez que se dice que se hace con promesa de “recolocación diferida”, consistente en una nueva contratación de esos mismos trabajadores, con reconocimiento de la antigüedad, (...) y con el compromiso por parte de la empresa de que el trabajador “tendrá garantizada la recepción de las prestaciones por desempleo íntegras” >>.

La presente sentencia, continúa exponiendo sus motivos << en una utilización inadecuada, para una finalidad distinta de la prevista por la norma, de la posibilidad extintiva que permite el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores >>. Por lo que, tal decisión, sin sustento normativo alguno, se convierte en una situación peculiar distinta de la formalmente llevada a cabo, << con reanudación posterior de la vinculación

⁴⁰ JUANA Mª SERRANO GARCÍA. “*El plan Social en los Despidos Colectivos*”. Lex Nova, Madrid, 2013

laboral >>.

La Sentencia del Tribunal Supremo, concluye exponiendo << que tal actuación se presenta realizada en fraude de ley, simulando lo que en realidad no es, acogándose a un cobijo normativo previsto para otra distinta finalidad, para una cosa distinta: la extinción real y definitiva del contrato de trabajo >>.

Lo que se persigue, en definitiva, es una suspensión temporal del contrato, encubierta bajo esa apariencia de extinción contractual, aludiendo entonces lo que dispone el artículo 214.2 de la Ley General de la Seguridad Social, de que en los supuestos de “reducción de jornada o suspensión del contrato, la empresa ingresará la aportación que le corresponda, debiendo la entidad gestora ingresar únicamente la aportación del trabajador”.

Todo ello, indudablemente comporta una nueva manifestación de actuación en fraude de ley, en cuanto se persigue la obtención de un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él,⁴¹ que no puede obtener amparo judicial, ni impedir la aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Entendida según la Sentencia del Tribunal supremo de Justicia⁴², “Como toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello⁴³, llegándose al extremo de manifestar que el fraude de ley exige una serie de actos que, pese a su apariencia legal, violan el contenido ético de un precepto legal”.⁴⁴

14. CONCLUSIONES.

Como se ha expuesto, la última reforma laboral del 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parciales y otras medidas urgentes en el orden económico y social, ha traído consigo un choque con los valores tradicionales, donde le quitan protagonismo al control judicial en el proceso de tramitación de un expediente de regulación de empleo para ampliar el abanico de competencias del empleador. No obstante, la cuestión es donde se precisan los límites de competencias de

⁴¹ Artículo 6.4 del Código Civil

⁴² Sentencia del Tribunal supremo de Justicia de 12-5-09.

⁴³ SSTS 14-2-86 y SSTS 12-11-88.

⁴⁴ STS de 26-5-89

actuación del control judicial sobre la decisión empresarial. El legislador se pronuncia y viene diciendo que, el juez tiene que limitarse a calificar si concurren o no las causas motivadoras del despido colectivo. De ninguna manera, el juez puede sustituir al empresario, pero es cierto que el empresario tiene que acreditar que concurren las causas motivadoras del despido colectivo, en su medida y bajo el procedimiento reglamentario correcto. Pero, ¿cómo se sabe que estas medidas van a mantener la viabilidad de la empresa? Esto nunca se podrá saber, ya que el juez solo ha de comprobar si se ha hecho correctamente el procedimiento según la normativa vigente. Lo que le dará más libertad al empresario a adoptar medidas, que sin saber si mantendrán la viabilidad futura de la empresa, sí que tendrá consecuencias negativas sobre los trabajadores afectados.

Otra cuestión que queda en vano, es en la referida al ámbito temporal del despido colectivo, la normativa nos habla de despidos que no se produzcan en un *periodo de 90 días*, en caso contrario el despido será calificado como nulo. Pero qué ocurre en el supuesto fáctico de que una empresa de plantilla de 50 empleados despida a dos trabajadores hoy, otros doce trabajadores dentro de un mes, otros diez trabajadores dentro del mes siguiente y otros cinco trabajadores en el mes posterior. La jurisprudencia, se ha pronunciado y expone que serán considerados en fraude de ley si dichos despidos, en su totalidad durante el periodo de noventa días, superan el umbral numérico regulado normativamente. No obstante, ¿qué ocurre con esos dos trabajadores despedidos que han sido realizados fuera del periodo de noventa días? ¿Será calificado como despido colectivo? El legislador no se ha pronunciado sobre este asunto, por lo que, nuevamente, quedan desprotegidos los trabajadores afectados.

No obstante, ésta última nombrada anteriormente, no es de las únicas situaciones donde los trabajadores se presumen desamparados ante la normativa legal. Otra cuestión que queda sin resolverse es la problemática de la reposición de las prestaciones por desempleo de los trabajadores despedidos en el año 2015. De esta forma, los trabajadores afectados por expedientes llevados a cabo durante los años pasados no podrán recuperar la parte de prestación por desempleo que hayan consumido si son despedidos a partir de 2015. Hasta ahora, los trabajadores cuyas empresas llevaban a cabo expedientes de empleo temporal o de suspensión de jornada recuperaban su

prestación de paro una vez que estos terminaban: el Servicio Público de Empleo le reponía hasta un máximo de 180 días de los que hubieran consumido de su prestación, sólo en aquellos despidos efectuados entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2013, ambos inclusive y que el despido se produzca entre el 12 de febrero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014.

En los expedientes de suspensión de jornada, las empresas mandan a casa durante semanas o meses a parte o a todos sus trabajadores. Durante ese periodo se ahorran los costes salariales y los empleados cobran el desempleo. Efectivamente, ya han agotado la prestación por desempleo, ¿qué ocurre con esos trabajadores que ya han gastado su prestación por desempleo y sean despedidos en el 2015?

El historiador, político y teórico italiano **Niccolo Maquiavelo (1469-1527)**, cita que *“La ley no debe tornar al pasado, sino prever el futuro”*. Y es por ello, uno de los principales problemas con los que se encuentra el ordenamiento jurídico laboral español.

“En cuanto alguien comprende que obedecer leyes injustas es contrario a su dignidad de hombre, ninguna tiranía puede dominarle”. **Mahatma Gandhi (1869-1948)**.

BIBLIOGRAFIA

Libros

- ❖ THOMSON REUTER, “Expedientes de Regulación de Empleo” Civitas; 2009.
- ❖ MANUEL ALONSO OLEA. “*Derecho del Trabajo*” Civitas ediciones 2010.
- ❖ GOERLICH PESET “*Los despidos colectivos*”. - Comentarios a las leyes laborales 1994. Madrid. 2010
- ❖ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ “*Expedientes de regulación de empleo*” Madrid. 2011
- ❖ BLASCO PELLICER “Los Expedientes de Regulación de Empleo”. Tirant lo blanch Valencia 2013-221.
- ❖ BLASCO PELLICER. “La extinción del Contrato de Trabajo en la reforma laboral del 2012”. TIRANT LO BLANCH. 2013
- ❖ GONZÁLEZ ORTEGA “*El ejercicio de los derechos colectivos en empresas sin representación*”. TECNOS 2011
- ❖ SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA, " Cuestiones Prácticas del Derecho del Trabajo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2012
- ❖ VARELA AUTRÁN, BENIGNO. “*El despido objetivo en el sector público*”, La Ley, núm. 7945, 2012.
- ❖ REINOSO CARRIEDO, A. “*La Regulación del empleo y las medidas para su reforma en el sector público*”.2012
- ❖ EVA DESDENTADO DAROCA. “*La intervención administrativa en los despidos colectivos*”. Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica. LA LEY 2011.
- ❖ ALFONSO MELLADO C.L “*Administraciones Publicas. Causas objetivas del despido: El déficit público y la reorganización administrativa*”. Informes de la Fundación 1º de Mayo. 2011
- ❖ DOÑA JUANA Mª SERRANO GARCÍA. “*El plan Social en los Despidos Colectivos*”, LEX NOVA. 2013
- ❖ IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y JESUS R. MERCADER UGUINA. “*Reforma laboral 2012*”. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. LEX NOVA 2012.
- ❖ MIGUEL ANGEL FERRER LOPEZ; “*La extinción del contrato de trabajo*” JON BARRENECHEA 2004.

- ❖ GONZÁLEZ ORTEGA Y FERRANDO GARCÍA “*La reducción del tiempo de trabajo como instrumento de flexibilidad interna*”. CIVITAS/THOMSON REUTERS 2010.

Páginas web.

- ❖ Página Oficial del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE). Bonificaciones.
- ❖ Boletín informativo de Graduados Sociales de Madrid.
- ❖ Noticias jurídicas. Jurisprudencia.

- ❖ Boletín Oficial del Estado.
- ❖ Asociación Española del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Jurisprudencias.

- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia 472/2013.
- Sentencia de la Sala de lo Social de 20 de marzo de 1986
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, 10 de octubre de 1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, 8 julio de 1996.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia 24 septiembre 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Cataluña 3 julio 1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo Justicia Málaga 9 de Febrero 1996.
- Sentencia de la Sala de lo Social de 28 de noviembre 2007.
- Sentencia del Tribunal de Justicia 27 de julio 2004.
- Sentencia de la Audiencia Nacional del 26 Junio 2012.
- Sentencia del Tribunal supremo de Justicia, 12 de mayo 2009.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia 14 de febrero 1986
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, 12 de noviembre 1988.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, 26 de mayo 1989.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, 27 mayo 2013.
- Sentencia de la Sala de los Social, 10 noviembre del 2013.

ANEXO - DOCUMENTACIÓN QUE DEBE ACOMPAÑAR A LA COMUNICACIÓN A LA AUTORIDAD LABORAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DESPIDO COLECTIVO.

Normativa aplicable: Artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) aprobado por Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y Real Decreto 1483/2012, de 29 octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

1. DOCUMENTACIÓN COMÚN DESPIDO COLECTIVO (ART. 51 ET)

- Documento acreditativo de la representación legal de la empresa (original o copia compulsada).
- Original o copia compulsada de la comunicación de apertura del período de consultas (simultánea al inicio del expediente), dirigida a los representantes legales de los trabajadores. Esta comunicación deberá contener los extremos del art. 3 Rgto de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, y llevar adjunta, según la causa alegada, la documentación establecida en los arts 4 y 5 del citado Reglamento. Acuse de su recepción por los representantes legales de los trabajadores.
- Copia de la solicitud a los representantes legales de los trabajadores del informe previsto en el artículo 64.5 a) y b) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.
- Memoria explicativa de las causas en las que se fundamenta la comunicación del despido colectivo.
- Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido. Cuando el procedimiento afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.
- Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año. Cuando el procedimiento afecte a más de un centro de trabajo, esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y en su caso, provincia y Comunidad Autónoma.
- Período previsto para la realización de los despidos.
- Criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos.
- Información sobre la composición de la representación de los trabajadores. En el caso que haya diversos centros de trabajo: indicar si la representación se realiza

por centros de trabajo o a nivel global. Si hay centros de trabajo sin representación unitaria, relación de centros de trabajo sin representantes.

- Información sobre la comisión negociadora.
 - Deberá remitirse copia del escrito de comunicación a los trabajadores de la posibilidad de proceder a esta designación, que deberá realizarse en un plazo de 5 días a contar desde el inicio del período de consultas, indicando que la falta de designación no impedirá la continuación del procedimiento.
 - Acta de designación de representantes, o de atribución de representación, firmada por todos los trabajadores del centro de trabajo afectado.
 - Acta de constitución de la comisión negociadora.
 - En caso de que el procedimiento afecte a varios centros de trabajo, se deberá concretar si la negociación se realiza globalmente para la totalidad de los centros de trabajo o de manera diferenciada por centros de trabajo.
- En caso de que afecte a más del 50% de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma.
- En caso de afectar a más de 50 trabajadores, o estar comprendido en el supuesto del apartado 9.5 (a efectos del cómputo del número de trabajadores para considerarlo obligatorio), Plan de recolocación externa, con el contenido del apartado 9.2 y medidas en las materias recogidas en el art. 9.3, si bien su contenido podrá ser concretado o ampliado a lo largo del período de consultas, presentando su redacción definitiva al finalizar el mismo.
- En caso de que incluyan trabajadores con 55 o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto a dichos trabajadores (siempre que a la empresa no esté incurso en procedimiento concursal).
- En el supuesto de que la medida afecte a trabajadores de 50 o más años de edad, aportación económica al Tesoro Público, en caso de reunir los requisitos de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social.

2. DOCUMENTACION ESPECÍFICA. DESPIDOS COLECTIVOS POR CAUSA ECONÓMICA

- Memoria que acredite los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa.
- Cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, integradas por: balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo, memoria del ejercicio, o en su caso, para las empresas que cumplan los requisitos para presentar cuentas anuales abreviadas: balance abreviado, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados.
- Informe de gestión.
- Cuentas provisionales al inicio del procedimiento, referente al balance de situación y cuenta de pérdidas y ganancias, firmadas por los administradores o representantes de la empresa.
- Las cuentas anuales presentadas deberán estar debidamente auditadas en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías. En 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 auditoría.
- Cualquier otra documentación que a su derecho convenga para la acreditación de los resultados alegados por la empresa.

2.1. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA CUANDO SE ALEGUE UNA PREVISIÓN DE PÉRDIDAS (4.3 RD 1483/2012). Además de la indicada en el apartado 2:

- Criterios utilizados par su estimación.
- Informe técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio 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.

2.2. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA CUANDO SE ALEGUE UNA DISMINUCIÓN PERSISTENTE DEL NIVEL DE INGRESOS ORDINARIOS O VENTAS. (art. 4.4 RD 1483/2012). Además de la indicada en el apartado 2:

- Documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas durante, al menos, los tres trimestres consecutivos anteriores a la presentación de la comunicación, firmada por el representante de la empresa.

- Documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

2.3. DOCUMENTACIÓN COMPLEMENTARIA CUANDO LA EMPRESA FORME PARTE DE UN GRUPO DE EMPRESAS (art. 4.5 RD 1483/2012).

- Si el grupo tiene la obligación de presentar cuentas consolidadas y existen saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo, deberá presentar las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo, auditados (en caso que esté obligada a auditar) durante el período señalado en el apartado 2.
- Si no existiera la obligación de presentar cuentas consolidadas:
 - Además de la documentación económica de la empresa (conforme a los apartados anteriores),
 - La del resto de empresas del grupo, auditados (en caso que esté obligada a auditar), siempre que:
 - a) tengan su domicilio social en España
 - b) tengan la misma actividad que la solicitante o pertenezcan al mismo sector de actividad
 - c) tengan saldos deudores o acreedores con la empresa solicitante.

3. DOCUMENTACIÓN ESPECÍFICA DESPIDOS COLECTIVOS POR CAUSAS TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

- Memoria explicativa de las causas técnicas, organizativas o de producción que justifican el despido colectivo, que acredite la concurrencia de la causa esgrimida.
- Informes técnicos que acrediten la concurrencia de las causas (en los términos previstos en el art. 51 ET y 5.2 Reglamento).

