

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

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

EXTRACTO

Palabras Clave: ERES, propuestas de reforma

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

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

ABSTRACT

Key Words: Redundancy procedure, reform proposal

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

ÍNDICE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. LAS VÍAS ALTERNATIVAS A LA EXTINCIÓN CONTRACTUAL

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

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

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

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

2.1. Reducción de jornada

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ STS 5 de mayo de 2004, RJ 5017.

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

2.2. Suspensión de la relación laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los Planes Sociales aluden a la obligación prevista legalmente para las empresas de más de 50 trabajadores de elaborar una programación de las medidas que deben acompañar a los expedientes de regulación de empleo, con vistas tanto a los efectos que ello produce sobre los trabajadores que conservan su empleo como para aquellos otros que lo pierden a resultas del expediente. En concreto, este plan debe contener “las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial” (art. 51.4 ET). Con mayor precisión se indica en la norma reglamentaria que en las empresas de cincuenta o más trabajadores, la dirección de la misma en el momento de presentar el proyecto de reestructuración empresarial deberá aportar la documentación correspondiente al “plan de acompañamiento social que contemple las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados, tales como, entre otras, aquellas dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas, así como aquellas que favorezcan el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza”²⁰.

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

²⁰ Art. 6.1.c Real Decreto 43/1966, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, (BOE de 20 de febrero).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. EL FOMENTO DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE PRIVADOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fuente: elaboración propia a partir del datos del Sercla²⁸

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. LAS DERIVAS DE LOS EXPEDIENTES

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

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

5.1. Despidos individuales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.2. Situaciones concursales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS EXPEDIENTES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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