



UNIVERSIDAD DE MURCIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

**EL DESPIDO COMO HERRAMIENTA DE REESTRUCTURACIÓN DE
LAS EMPRESAS Y DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

TESIS DOCTORAL

Presentada por: M^a Dolores Agudo Valdés
Dirigida por: Dra. D^a María del Carmen López
Aniorte y Dra. D^a Alejandra Selma Penalva

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	6
INTRODUCCIÓN GENERAL.....	8

PRIMERA PARTE

EL DESPIDO POR CAUSAS TÉCNICAS, ECONÓMICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN ANTES DE LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL

CAPÍTULO PRIMERO

DESPIDO ECONÓMICO MENOR *VERSUS* DESPIDO ECONÓMICO MAYOR

1. INTRODUCCIÓN	15
2. DESPIDO ECONÓMICO MENOR	15
2.1. Régimen Jurídico.....	15
2.2. Delimitación	18
2.3. Análisis de las causas.....	19
2.4. Procedimiento y efectos	22
3. DESPIDO ECONÓMICO MAYOR	39
3.1 Régimen Jurídico.....	39
3.2 Delimitación	40
3.3. Análisis de las causas.....	41
3.3.1. Causas económicas.....	41
3.3.2. Causas técnicas, organizativas y de producción	42
3.4. Procedimiento	43
3.4.1. Iniciación	44
3.4.2. Doble trámite simultáneo.....	47
3.4.3. Trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo	53
3.4.4. Prioridades de permanencia en la empresa	55
3.4.5. Indemnizaciones.....	55
3.4.6. Declaración de improcedencia del procedimiento	58
3.4.7. Ejecutividad de la resolución administrativa	58
3.4.8. Recursos.....	59
3.4.9. Comunicación a los trabajadores afectados	59
3. 4.10. Nulidad de la resolución administrativa que autorizaba el ERE	61
3.5 El papel de los representantes de los trabajadores	61
3.5.1. Ámbito de información	62
3.5.2. Ámbito de participación/negociación.....	62
3.6. Plan de Viabilidad y Plan de Acompañamiento a los ERES.....	64
3.6.1. Plan de Viabilidad.....	65
3.6.2. Plan de Acompañamiento Social	70
4. EL ERE COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN EMPRESARIAL EN ALZA TRAS LA CRISIS ECONONICA ACTUAL	82

5. RECORRIDO JURISPRUDENCIAL.....	89
-----------------------------------	----

SEGUNDA PARTE

EL DESPIDO POR CAUSAS TÉCNICAS, ECONÓMICAS, ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO Y EN EL SECTOR PÚBLICO TRAS LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DESPIDO EN EL SECTOR PRIVADO

1. REVISIÓN AL DECRETO- LEY 10/2010.....	94
2 OBJETIVOS Y CONTENIDO DE LA LEY 3/2012	100
2.1. OBJETIVOS	100
2.2. CONTENIDO	103
3. FLEXISEGURIDAD EXTERNA TRAS LAS REFORMA DEL AÑO 2012	107
3.1. DESPIDO INDIVIDUAL	107
3.1.1. Concepto.....	107
3.1.2. La casualidad del despido.....	108
3.1.3. Requisitos de forma para el Despido Objetivo	115
3.2. DESPIDO COLECTIVO.....	118
3.2.1. Concepto.....	118
3.2.2. Definición actual de las causas.....	119
3.2.3. Procedimiento	122
3.2.4 NUEVA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO COLECTIVO	135
3.2.4.1 La demanda colectiva contra el despido colectivo.....	137
3.2.4.2 Demanda individual en despido colectivo	144
4. FLEXISEGURIDAD INTERNA COMO ALTERNATIVA AL DESPIDO	149
4.1. JORNADA DE TRABAJO.....	151
4.2. MOVILIDAD FUNCIONAL.....	152
4.3. MOVILIDAD GEOGRÁFICA	153
4.4 MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.....	160
4.5. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO O REDUCCIÓN DE JORNADA	164
5. OTRAS ALTERNATIVAS A LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO	168
5.1. Planes de Prejubilación	169
5.2. Jubilaciones parciales.....	172
5.2.1. Justificación.....	172
5.2.2. Requisitos	174
5.3. Jubilaciones anticipadas.....	178
6. RECORRIDO JURISPRUDENCIAL.....	184
6.1. DESPIDO OBJETIVO	184
6.2. DESPIDO COLECTIVO.....	185

CAPÍTULO TERCERO

EL DESPIDO EN EL SECTOR PÚBLICO

1. INTRODUCCIÓN	195
2 DESPIDO OBJETIVO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	199
2.1 PLANTEAMIENTO DE BASE	199
2.2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EMPRESARIO	202
2.3. CAUSAS.....	206
2.3.1 Problemática en la clasificación del personal laboral de las Administraciones Públicas.....	206
2.3.2 Análisis de las causas de extinción de contratos de trabajo en la Administración Pública.....	215
2. 4. PROCEDIMIENTO	230
2.5. FRAUDE EN LA CONTRATACIÓN LABORAL	233
3. EL DESPIDO COLECTIVO	236
3.1 CONCEPTO	237
3.2 CAUSAS.....	239
3.2.1 Causas Económicas	240
3.2.2 Causas Técnicas	243
3.2.3 Causas Organizativas y de producción	244
3.2.4 Causas productivas.....	245
3.3. PROCEDIMIENTO	246
3.3.2. Objeto.....	249
3.3.3. Ámbito	253
3.3.4. Finalización del proceso. Excepciones en la Administración Pública.....	256
3.4. DERECHO DE PRIORIDAD EN LA EMPRESA.....	259
3.5. ALTERNATIVAS A LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO.....	262
3.6. PROBLEMÁTICA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO EN EL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	264
3.6.1. ¿Qué ha de entenderse por insuficiencia presupuestaria?	265
3.6.2. ¿En qué tipo de entidades se reconoce la figura del “indefinido no fijo”?	267
3.6.3. ¿El “personal eventual” puede acceder a la condición de personal laboral “indefinido no fijo”?	269
3.6.4. ¿Genera antigüedad un trabajador “indefinido no fijo”?.....	271
3.6.5. Los trabajadores “indefinidos no fijos” que ocupan una plaza no contemplada en la relación de puestos de trabajo (RPT)	271
3.6.6. La reciente tendencia a la huida del trabajador indefinido no fijo.....	277
3.7. RECORRIDO JURISPRUDENCIAL	281
CONCLUSIONES.....	292
BIBLIOGRAFÍA	299

ABREVIATURAS

AA.VV: autores varios.

CCAA.: Comunidades Autónomas.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

D.: Decreto.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

DRAE: Diccionario de la Real Academia Española.

Ed.: Editorial.

ET: Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

L. Ley.

LBE: Ley 51/1980 Básica de Empleo.

LC: Ley Concursal: Ley 22/2003 de 9 de julio.

LCT 1994: Ley de Contrato de Trabajo 1944, de 26 de enero.

LCT 1931: Ley de Contrato de Trabajo de 1931, de 21 de noviembre

LEC: Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero.

LGSS: Texto Refundido de la Ley General de la seguridad Social. RD Legislativo 1/1994 de 20 de junio. Sustituye al TRLGSS de 1974 (Decreto 2065/1974)..

LRHL: Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, de 28 de diciembre (Ley 39/1988).

LRL: Ley 16/1976, de Relaciones Laborales de 8 de abril.

Legislativo 1/1995 de 24 de marzo.

LOLS: Ley Orgánica 11/1985 de Libertad Sindical.

LPRL: Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales.

LC: Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal.

LOTT: Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres, desarrollada por reglamento aprobado por RD 1211/1990 de 28 de septiembre.

nº: número.

pág.: página.

PIB: Producto Interior Bruto.

RD: Real Decreto

RD Leg.: Real Decreto Legislativo.

RDGRN: Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

SMAC: Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

SMI: Salario Mínimo Interprofesional.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STCT: Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

SU: Sociedad Unipersonal, regulada por los arts. 311 LSA y 125-129 LSRL.

TRLHL: RD Leg. 2/2004 de 5 de marzo por la que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 5 de marzo de 2004 (BOE 9 de marzo de 2004), que refunde su redacción original (Ley 39/1988) con sus sucesivas modificaciones.

UE: Unión Europea.

INTRODUCCIÓN GENERAL

El trabajo de investigación que se presenta, titulado “EI DESPIDO COMO HERRAMIENTA DE REESTRUCTURACIÓN DE LAS EMRESAS Y DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS”, pretende realizar un análisis jurídico exhaustivo de las modalidades de extinción de la relación laboral con mayor trascendencia en los últimos tiempos, marcados por una profunda crisis económica y financiera: los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas, y de producción, dedicando especial atención a los primeros y al término “flexiseguridad”, que se contiene en la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y que es configurado con criterios susceptibles de crítica desde una óptica jurídica.

Para la elaboración de este trabajo de investigación se ha seguido una metodología prácticamente teórica, tanto en lo referente al estudio del sector público como privado. En ambos casos su desarrollo parte de una revisión bibliográfica, que ha permitido establecer una reflexión teórica y estructurar las ideas sobre el objeto de estudio, así como revisar y replantear las hipótesis de trabajo y los objetivos del mismo. Dada la fuerte interacción de los elementos y procesos a estudiar, este marco teórico presenta una visión integradora, imprescindible para explicar de forma conjunta los cambios producidos en los últimos años en nuestro ordenamiento jurídico.

La razón por la que se ha elegido este tema como objeto de estudio radica en la constatación de que más de 300.000 trabajadores se han visto afectados por esta situación en los últimos años. Las regulaciones de empleo parecen no tener freno en el mercado laboral español, aunque es cierto que, si observamos las estadísticas, el número de expedientes de regulación de empleo se han visto reducidos considerablemente en el último año; por ejemplo, en el periodo de enero a junio de 2015, el número total de trabajadores afectados por procedimientos de despido colectivo, suspensión de contrato y reducción de jornada comunicados a la autoridad laboral fue de

65.306, de los cuales 14.968 han sido afectados por despidos colectivos, 41.135 por suspensión de contrato y 9.023 afectados por reducción de jornada; en lo que respecta a las variaciones en términos relativos respecto al mismo periodo del año anterior, se producen unos descensos del -39,4% para el total de trabajadores, -38,3% en los afectados por despidos colectivos, -32,4% en los afectados por suspensión de contrato y -59,3% en los afectados por reducción de jornada, según las estadísticas del Ministerio de Empleo¹; pero pese al descenso, el número de trabajadores afectados por ERE sigue siendo muy superior a los registrados antes de la crisis.

Como punto de partida del presente estudio realizamos un breve estudio retrospectivo de la legislación laboral referida a la extinción del contrato de trabajo. Destacamos, como primer antecedente significativo del supuesto de extinción por estas causas, la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931, donde se establece de forma explícita como supuesto de despido no imputable a la voluntad del trabajador la “crisis de trabajo”; posteriormente, nos encontramos con la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 y el Decreto de 31 de marzo de 1944, por el que se aprueba el Texto Refundido del Libro II de La Ley de Contrato de Trabajo que referían como causa de extinción del contrato de trabajo la cesación de la industria, comercio, profesión o servicio, fundada en crisis laboral o económica, siempre que dicha cesación hubiera sido debidamente autorizada de conformidad con las disposiciones legales. Posteriormente, el Decreto 3092/1972 sobre Política de Empleo, incluye la extinción o suspensión de la relación laboral de los trabajadores fijos fundada en causas económicas, fijando un procedimiento que exigía la autorización administrativa para poder proceder a los despidos. Dicho antecedente normativo sentará las bases de la posterior regulación del despido colectivo en lo referente al expediente de regulación de empleo.

Hasta el momento, las distintas regulaciones contenían una visión colectiva de la extinción del contrato, pero, con la promulgación del Real

¹ Estadísticas Sociolaborales del Ministerio de Empleo Seguridad Social <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/index.htm/> publicaciones 22 de Octubre de 2015.

Decreto Ley de Relaciones de Trabajo 17/1977, de 4 de marzo, por primera vez se incluye específicamente el despido individual. Es en la redacción dada por el art. 39 c) donde se establece como causa de despido, “la necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas”. En relación con los aspectos formales, ya se imponía la comunicación escrita y la puesta a disposición del trabajador de la indemnización, la concesión de preaviso, y la nulidad del despido como consecuencia jurídica del incumplimiento de los requisitos formales referidos.

Posteriormente, surge la aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET (en adelante ET), norma fundamental reguladora de las relaciones laborales a partir de la Constitución de 1978, que será la portadora de gran parte de la regulación establecida en el RDL 17/1977, a pesar de su derogación expresa por parte de la Disposición Final Tercera del ET. De esta forma, el art. 52 c) ET reservaba el despido objetivo individual para las empresas de menos de 50 trabajadores. En las de menos de 25, el 40% de la indemnización corría a cargo del Fondo de Garantía Salarial, como ha sucedido hasta la actualidad, si bien se especificaba que solo resultaba de aplicación a los despidos colectivos.

La gran reforma fundamental en materia de despido por estas causas, podemos decir que es la que se produce con la aprobación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modifica los artículos 51, 52 y siguientes de la Ley del ET. En ella se reserva la autorización administrativa para los supuestos de despido colectivo que afecten a un mayor número de trabajadores, y se autoriza expresamente la ausencia de la aprobación por la autoridad laboral, en los despidos que no alcancen el tope numérico establecido. Se suprime el requisito de que sólo se pueda articular el despido objetivo individual en empresas de menos de 50 trabajadores, y se permiten los despidos objetivos de uno o varios trabajadores, siempre que no se superase el umbral de la nueva redacción del art. 51, estableciendo así las bases de la actual regulación en esta materia. La reforma de la Ley 11/1994, detalla de modo pormenorizado los supuestos de extinción, y la tradicional referencia a causas “económicas y tecnológicas” fue sustituida por la de causas “económicas, técnicas, organizativas o de

producción”, aclarando el concepto de cada una de ellas.

Tras la aprobación del Texto Refundido del ET mediante Real Decreto Legislativo de 1/1995 de 24 de marzo, los cambios que se produzcan en el artículo 52 c) no serán de una relevancia sustancial hasta la entrada en vigor del Real-Decreto Ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, que aportan una nueva redacción al artículo 51.1 del ET, que analizaremos a lo largo del capítulo dos del presente estudio. A modo de introducción podemos destacar su justificación, la cual descansa en que la experiencia obtenida en los últimos años, que había puesto de manifiesto algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52 c) del ET, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente (despido “expres”). La nueva redacción de estas causas de extinción busca proporcionar una mayor certeza tanto a trabajadores y empresarios como a los órganos jurisdiccionales, en su tarea de control judicial; por ello, con la reforma introducida por el Real Decreto Ley 10/2010 se simplifican y precisan las causas de extinción, y esta modalidad de despido experimenta una importante modificación, terminando así con la antigua regulación y ofreciendo un tratamiento jurídico unitario a la definición de las causas en este tipo de despido.

Finalmente, en el año 2012 surge la gran esperada reforma laboral que se vertebra en torno a la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, texto que como tal entró en vigor el día 8 de julio de 2012, y que, como sabemos, ha supuesto un cambio sustancial de las reglas que rigen las relaciones laborales; vamos a destacar ahora, brevemente, algunos aspectos concretos de tal reforma que nos servirán de cabecera para su posterior desarrollo.

1ª) La Ley 3/2012 es el resultado de la tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que

había entrado en vigor el día 12 de febrero de 2014. La Ley es el resultado de una técnica legislativa que, en sí misma considerada, resulta altamente significativa desde el punto de vista jurídico; otra cuestión muy distinta es si concurrían o no las exigencias constitucionales requeridas al efecto, es decir, si se trataba o no de un “caso de extraordinaria y urgente necesidad”.

2ª) La reforma laboral propiciada por la Ley 3/2012 tiene un precedente inmediato en el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, texto que, siguiendo los trámites parlamentarios y consiguiente convalidación, dio lugar a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que entró en vigor, con ciertas salvedades, el día 19 de septiembre de 2010; ambas normas tienen un objetivo común, dado las dos apuestan por una denominada “reforma del mercado laboral” basada en una flexibilización de las relaciones laborales con una misma causa que las justifique, como es el caso de los efectos de la crisis económica; pero, a pesar de ello, se trata de reformas con una orientación y un contenido totalmente distinto.

3ª) Toda reforma de este calado requiere un desarrollo posterior, y a ello responde el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, aunque resulta muy llamativo que esta norma se publique sólo una semana después de la entrada en vigor de la primera (recordemos que el día 8 de julio de 2012).

4ª) Y por último, como cuestión previa que contextualiza la Ley 3/2012, hemos de señalar que la misma no responde a práctica alguna de concertación y/o diálogo social y que ha merecido un rotundo rechazo por parte de los sindicatos.

Por todo lo expuesto, es de gran interés realizar un análisis del régimen jurídico extintivo existente antes de la reforma laboral de 2012, y en una segunda parte, la regulación vigente tras la mencionada reforma; nuestro objeto de estudio no se limitará al análisis del régimen jurídico de las

extinciones que se produzcan en el sector privado, sino que se extenderá a los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que afecten al personal laboral de las Administraciones Públicas, y al examen de la respuesta ofrecida por los jueces y tribunales del orden social ante las impugnaciones de los trabajadores afectados; trataremos también de dar respuesta a cuestiones, como: ¿hasta qué punto el modelo ha cambiado?, ¿deben los jueces limitarse a hacer simplemente un juicio de causalidad formal del motivo invocado por la empresa o , por el contrario, deben valorar el despido como tal?, ¿es correcta la normalización del despido colectivo en las Administraciones Públicas?..., ofreciendo elementos para el debate y la reflexión científicamente válidos, dado que el escenario resultante de la reforma plantea problemas prácticos que permiten establecer mecanismos jurídicos objetivos.

El presente estudio de investigación se cierra el día veintidós de Octubre de dos mil quince.

PRIMERA PARTE

**EL DESPIDO POR CAUSAS TÉCNICAS, ECONÓMICAS,
ORGANIZATIVAS Y DE PRODUCCIÓN ANTES DE LA LEY
3/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA
REFORMA DEL MERCADO LABORAL**

CAPÍTULO PRIMERO

DESPIDO MENOR *VERSUS* DESPIDO MAYOR

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de este Capítulo analizaremos las distintas modalidades de despido basadas en causas económicas, técnicas, organizativas, y de producción, así como su regulación anterior a la reforma del año 2012, dado que para poder realizar un análisis exhaustivo de la materia objeto de estudio, debemos conocer en profundidad su regulación a lo largo del tiempo y poder, así, comparar las ordenaciones precedentes y la actualmente vigente; solo de esta forma podremos hacer un juicio de valor sobre la panorámica actual en este tipo de extinciones contractuales.

En este capítulo emplearemos la terminología utilizada por el Profesor Alonso Olea, quien distinguía entre despido colectivo “menor” o “mayor”², englobándolos todos ellos bajo la denominación de “Extinción del Contrato por Motivos Económicos”³.

2. DESPIDO ECONÓMICO MENOR

2.1. Régimen Jurídico

El art. 49.1.l ET, prevé que el contrato de trabajo se extingue por “*causas objetivas legalmente procedentes*”. En la redacción anterior a la reforma llevada a efecto por el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, la concreción de tales causas se encontraba regulada en el art. 52 c) donde se preveía que el contrato podría extinguirse:

² ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, ME., “Derecho del Trabajo”, Civitas, Madrid, 2006.

³ CAMPS RUIZ, L.M., “La nueva relación del mercado de Trabajo”, Tirant le Banch, Valencia 1994, pág. 243.

“Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art.51.1 de E.T. y en número inferior al establecido en el mínimo. A tal efecto, el empresario acreditara la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”.

El origen más inmediato de la figura lo encontramos en el Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo sobre Relaciones de Trabajo (Arts. 39 y 44). Entonces se utilizó una rúbrica quizá más atinada y desde luego más descriptiva: <<despido por circunstancias objetivas derivadas de las capacidades del trabajador o necesidades del funcionamiento de la empresa>>. Las causas allí enunciadas se conservaron, en lo principal, por el ET de 1980. Son, ante todo, causas objetivas en el sentido de que no derivan, al menos en principio, de la voluntad del trabajador. Tres de las causas conectan con su capacidad para el trabajo (ineptitud, inadaptación, ausencias reiteradas). Y una de ellas con el funcionamiento de la empresa (necesidad de amortizar puestos de trabajo).

Esta última causa, necesidad de amortizar puestos de trabajo, se presenta desde el principio como el reverso del despido colectivo administrativamente autorizado. Por eso, el viejo Decreto-Ley de 1977 advertía que cuando la amortización afectase a un conjunto de trabajadores habría de seguirse el procedimiento encaminado a obtener la mencionada autorización. La idea se venía manteniendo por el ET en su redacción de 1980. Aquí es precisamente donde incidía la reforma producida por la Ley 11/1994: en lugar de “un puesto de trabajo” se hablaba de “puestos de trabajo”, plural que puede comprender hasta, aproximadamente, un 10% de la plantilla. Se configuraba, de esta manera, un sistema dual en materia de despidos económicos: si se rebasa una cifra que oscilaba en torno al mencionado 10%, el despido era

colectivo y precisaba de un previo permiso de la Administración Laboral; si no rebasaba ese número, el despido se consideraba individual y podía ser acordado sin autorización alguna, aunque se sometiese a un posterior control judicial, si el trabajador se mostraba disconforme con su cese. La definición de esta causa de despido, de carácter económico, fue retocada después por el Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, después, Ley 63/1997, de 26 diciembre. La cercanía entre ambos despidos, el colectivo y el individual, explicaba que la cuantía de la indemnización se estableciera en 20 días de salario por año de servicio.

Desde el punto de vista terminológico, mientras el Decreto-Ley de 1977 hablaba de “despido”, el precepto estatutario anteriormente citado prefería el vocablo “extinción”, lo que generaba cuanto menos la duda de sí, entre las prestaciones típicas del Fondo de Garantía Salarial, se encontraban las indemnizaciones contempladas para este tipo de ceses. En realidad seguíamos ante lo que conceptualmente se entendía como un despido en sentido amplio: “Decisión patronal extintiva, a la que se le aplicaba el tratamiento que es característico de esa figura”.

El Decreto-Ley de 1977 (Art.39) elevaba a causa suficiente la “necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo”; el texto estatutario de 1980 se sirvió de términos algo diferentes: “necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado”. Se configuraba, de este modo, una cláusula de dificultosa explicación, dado que no quedaba claro lo que realmente determinaba la calificación del despido como objetivo: si la necesidad de extinguir o la acreditación de la misma. Por lo que no quedaba otra alternativa que esta: la parte empresarial apoyaba su medida extintiva, no en caprichos subjetivos, sino en datos objetivos constatables por el Juez Social.

En definitiva, la figura del despido por causas objetivas encontraba su fundamento en el propósito de liberar al empresario del perjuicio que le causaría el mantenimiento de la relación laboral ante determinadas necesidades de la empresa o incumplimientos del trabajador no culpable, pero

que no por ello dejaban de ser dañosos; desde su origen se trataba de una institución dirigida a ampliar y facilitar los despidos⁴.

Con este punto de partida, la necesidad de amortizar derivaría de una cuádruple manifestación de la misma: la económica, la técnica, la organizativa y la productiva. A lo que se agregaba la exigencia de que el número de trabajadores afectados fuera inferior a aquel otro que se comprende en el círculo de los despidos colectivos. Por tanto, de manera parecida a lo que ocurría en el art. 51, el despido del art. 52 se constituía en torno a un doble dato: el numérico y el causal.

2.2. Delimitación

Respecto a lo numérico, no se ha producido modificación alguna tras las últimas reformas laborales, y podemos seguir hablando de despido económico “menor”, en cuanto no alcanza los umbrales del económico “mayor” (= colectivo), de acuerdo con las indicaciones contenidas en el art. 51.1. Lo que significa que esta vía solo se utiliza cuando no se alcance la cifra prevista en el ET: 10 trabajadores en las empresas que ocupen menos de 100, el 10% en las empresas que ocupen entre 100 y 300; y 30 trabajadores en las que ocupen 300 o más. De esta circunstancia, junto con la acreditación de la causa, dependerá que el empresario pueda realizar una extinción de carácter individual o colectiva.

La jurisprudencia se ha venido inclinando por referir el despido a la empresa en su conjunto y no a sus secciones o centros de trabajo⁵.

⁴ No es casual que el despido por causas objetivas se regule por primera vez por el Real Decreto-Ley 17/1977 sobre relaciones de trabajo, que se movía en el sentido de facilitar el despido individual (DURAN LOPEZ, F: El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido, RPS. Nº 111.1978).

⁵ Sentencia del TS 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4650).

2.3 Análisis de las causas

Como hemos mencionado al analizar su régimen jurídico, el art. 52.c, establecía:

“El empresario acreditara la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”.

Del análisis de este precepto se podía apreciar una gran incongruencia, respecto a la redacción dada por la Ley 11/1994. Dicho precepto se estructuraba en torno a la siguiente previsión: la necesidad de amortizar tendrá que deberse a <<alguna de las causas previstas para los supuestos de despidos colectivos>>. Sin embargo, si nos centramos en la Ley 63/1997, de 26 diciembre, observamos que aunque se observaba la redacción dada por el texto de 1994 sobre las causas, además se proponían conceptos específicos para los despidos individuales, que no coincidían del todo con los utilizados para el colectivo. En el anterior art.51 la medida propuesta contribuía a superar una situación económica negativa (si la causa era económica) o a garantizar la viabilidad de la empresa y el empleo a través de una más adecuada organización de los recursos (si la causa era técnica, organizativa o productiva).

En el art. 52.c), el despido se acordaba con el fin de contribuir a superar la situación negativa (en lo económico), o para superar dificultades que impidieran el buen funcionamiento, lo que permitía una mejor organización de los recursos (en las demás causas), con la particularidad de que, en este terreno, se confería virtualidad a la posición competitiva de la empresa o a las exigencias de la demanda. Sin embargo, este cambio de precepto aparentaba una cierta flexibilización en las facultades empresariales de despedir, donde

primaba la finalidad buscada (<< con el fin>> o <<para superar>>), obviamente dotada de una razonabilidad aceptable por su adecuación y congruencia según las circunstancias del caso.

Sería ilusorio pensar que con esta clase de cambios quedaba erradicada la disparidad de criterios judiciales. De ahí la importancia que reviste la emisión de criterios unificadores por parte del Tribunal Supremo, aunque, por la estrechez de esta casación, queden en un mero <obiter dictum>. He aquí un recuerdo breve de los principales fallos en la cuestión:

En el año 1996 destaca la STS 24 de abril de 1996 (RJ 1994,5297) la cual, en un supuesto de pérdidas importantes, establece que no se exige la presencia de una situación empresarial irreversible, ni tampoco la garantía de que la misma sea superada con el cese acordado.

En ese año también podemos subrayar la STS 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 5162). De acuerdo con este pronunciamiento, son tres los elementos integrantes del despido por motivos económicos: 1) la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa <<situación económica negativa>> o en la eficiencia de la misma (carencia o necesidad de << una más adecuada organización de los recursos>>); 2) la medida que, como respuesta, acuerda el empresario, puede consistir en la reducción del número de trabajadores o en la supresión de la totalidad de la plantilla; 3) entre ambas cosas, causa y decisión, existirá una conexión de funcionabilidad o instrumentabilidad.

En el año 1998 contamos con la STS 19 de enero de 1998 (RJ 1998, 996), que analiza el alcance de las facultades electivas del empleador, a la hora de designar al trabajador que va a ser despedido entre un empleado fijo o uno temporal; en la misma, prevaleció la circunstancia de que el contrato afectado por la situación empresarial era el primero. Por su parte, en la STS de 14 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4650), donde la alternativa de si la situación económica negativa (pérdida de varios millones de pesetas) era predicable de

la empresa en su totalidad o de una de sus secciones dedicada a máquina industrial, se optó por lo primero.

En el año 1999 se dicta la STS 8 de marzo de 1999 (RJ 1999,2117), donde se establece la posibilidad de utilizar la vía del despido económico menor o individual del art. 52.c), aunque el mismo, referido a los cinco empleados de la empresa, implique el cierre de la misma.

En el año 2000 podemos citar la STS 3 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8660) y la STS de 4 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8291), las cuales versan sobre un mismo problema: la primera es fruto de demanda deducida por un ATS y la segunda, por un médico, ambos empleados de una empresa que ha concertado los servicios con una mutua; tales servicios se superponen y cubren todas las tareas desempeñadas por practicante y médico de la empresa, de manera que despido queda justificado en cuanto el empleado ha procedido a una mejora en la organización de los recursos⁶.

En el año 2002-2003 nos encontramos con las SSTS de 30 de septiembre 2002, y de 15 de Octubre, en las que la sala reitera su doctrina, en el sentido de que, salvo en supuestos excepcionales, basta con acreditar la existencia de pérdidas continuadas y cuantiosas para entender que la amortización del puesto de trabajo contribuye a superar una situación de crisis.

Del año 2008 podemos citar varias sentencias al respecto, pero por no extendernos mucho haremos referencia a la STS de 15 de Junio 2008; así como a la de 29 de Septiembre 2008, en las que se mantiene el criterio expuesto anteriormente.

⁶ LOPEZ ANIORTE, M.C., "La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo", Murcia, Laborum, 2003.

2.4. Procedimiento y efectos

Según lo establecido en el ET, respecto a los requisitos que se vienen exigiendo en estas modalidades extintivas, debemos indicar que, como veremos en el Capítulo segundo, la gran mayoría se mantienen en la actualidad, salvo algunas matizaciones.

Particularmente, los requisitos que se exigían para que esta modalidad extintiva tuviera los efectos esperados, podemos clasificarlos en:

A) Comunicación escrita al trabajador expresando las causas

El primer requisito es la comunicación al trabajador expresando la causa. El escrito debe contener, con la suficiente amplitud y claridad, los motivos, datos y elementos en los que el empresario se basa para tomar la medida. No es necesario que el empresario realice entrega al trabajador de los informes, dictámenes y documentos, siendo únicamente necesarios que el trabajador afectado conozca perfectamente y sin dudas las razones concretas y específicas de fondo de la amortización de su puesto de trabajo. De ahí que no se cumplan los requisitos exigidos en aquellas comunicaciones que solo contienen la motivación formal de la extinción, es decir, las que hacen constar que se debe simplemente a situaciones económicas, sin concretar con detalle y pormenores cual es el funcionamiento de la causa.

La doctrina jurisprudencial ha venido señalando que “el art. 55 del E.T. establece que el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en la que tendrá efectos”⁷. Esta exigencia ha sido reiteradamente interpretada por la Sala en el sentido que sintetiza la sentencia de 3 de octubre de 1988, a tenor de la cual, aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquellos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputa para que,

⁷ Sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de Abril de 2006 (Recurso, 334/2006).

comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquellas, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa.

Como veremos en el capítulo siguiente, estos requisitos a penas han sufrido variación alguna tras la reforma del año 2012.

Otro aspecto relevante es la cuestión de la suficiencia de la carta de despido, aspecto que se puede resumir en los siguientes términos:

1) La valoración de si la carta de despido cumple este requisito, debe tener en cuenta una gran variedad de circunstancias concretas.

2) Esta dependencia de circunstancias concretas aconseja consentir un amplio margen de apreciación a los órganos judiciales que tratan directamente de la fijación de los hechos del caso.

3) Ello no impide, aunque si hace más difícil, la revisión de las calificaciones de su suficiencia o insuficiencia de la carta.

Por lo tanto, el contenido de la carta de despido viene exigiendo que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de las causas alegadas por el empresario para proceder a la extinción del contrato de trabajo, todo ello con el objeto de que el trabajador pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa, y esta finalidad no se cumple cuando la debida comunicación solo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador⁸.

⁸ Sentencia del TSJ de Castilla- La mancha de 4 de Julio de 2006 (Recurso 504/2006).

La comunicación debe entregarse personalmente al trabajador afectado por la medida, sin que pueda efectuarse con persona distinta del afectado, ni con los representantes legales del trabajador (Delegados de personal o Comité de empresa).

Respecto a la consignación de la fecha en que tendrá efectos la extinción, ésta no se exigía formalmente, pero podríamos deducir que si el empresario excepciona caducidad (art.59) o el trabajador opusiere prescripción (art.60), es claro que al primero, que omitió tal interesante dato, corresponde probar la fecha exacta de partida; cuando sobre ello hubiere controversia de entrada, el trabajador habrá de indicar tal fecha en su demanda, aspecto que será tratado con más detenimiento en el capítulo siguiente.

Por último procede hacer referencia a que el incumplimiento formal de este trámite (comunicación escrita) suponía la declaración de nulidad de la decisión extintiva.

B) Puesta a disposición de la Indemnización

El artículo 53.1 ET establece como segundo requisito del despido objetivo, la puesta a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, de la indemnización correspondiente, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

La indemnización que tiene que poner la empresa a disposición del trabajador simultáneamente a la entrega de la carta de despido es la legal de 20 días por año de servicio, y el pacto de indemnización superior sólo rige en el supuesto de que contra el despido no se formulase reclamación individual o colectiva, o lo que es igual, cuando los trabajadores se aquietan ante la decisión extintiva sin reclamar judicialmente⁹. (STS de 31 de enero de 2000).

⁹ Sentencia del TS de 31 de Enero de 2000 (Recurso 118/1199).

La puesta a disposición de la indemnización equivale a entregar en el acto de la comunicación el importe de la misma. El Tribunal Supremo ha determinado en numerosas sentencias, como la de 20 de noviembre de 1982 o la de 29 de abril de 1988, que este trámite se entiende cumplido “si en el mismo acto en el que el trabajador se sabe despedido y sin solución de continuidad, sin precisión de otro trámite ni de cualquier que hacer complementario, él dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la ley le confiere”. La puesta a disposición, por tanto, ha de ser efectiva, sin que sirva el mero ofrecimiento, y tampoco cabe que esté condicionada a la firma del finiquito o a la conformidad con el despido por parte del trabajador, comprometiéndose a no recurrir la decisión extintiva. El incumplimiento de esta obligación conduce a la declaración de improcedencia del despido objetivo y no es susceptible de subsanación.

Cuando la decisión extintiva se encuentre fundada en el artículo 52.c) del ET, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva. Para resolver este problema ha de ponerse de manifiesto que la concurrencia de causa económica no supone sin más que la empresa pueda demorar la puesta a disposición al trabajador de la indemnización derivada del despido objetivo. Es imprescindible alegar y acreditar la imposibilidad concreta de esa puesta a disposición, ya que las dificultades económicas para la actividad empresarial o su inviabilidad por motivos económicos no bastan para presumir o tener por probada dicha imposibilidad, siendo necesario probar la falta de capacidad económica para hacer frente a la indemnización. La prueba de esta imposibilidad corresponde a la empresa. Tal y como se dice en la Sentencia del TS de 25 de enero de 2005¹⁰, en estas situaciones *“no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador,*

¹⁰ Sentencia del TS de 25 de Enero de 2005 (Recurso 6290/2003).

quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla; situación esta que es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica”.

Por tanto, existe una excepción a la entrega de la cuantía indemnizatoria, y es cuando la empresa alega causa económica; así como imposibilidad de poner a disposición del trabajador indemnización correspondiente, en este caso, siempre y cuando conste en la comunicación escrita podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva¹¹. Téngase en cuenta que cuando se trata de un error excusable en el cálculo de la indemnización no procederá la declaración de nulidad de la extinción. Por tanto, cuando el error aparece ocasionado voluntaria o negligentemente es una conducta indicativa de una clara voluntad del empresario de evitar el pago correcto de la cuantía indemnizatoria legalmente establecida.

La jurisprudencia viene entendiendo que lo concluyente es que exista un error excusable en el cálculo de la indemnización, pudiendo amparar esa definición tanto errores de cálculo como en la determinación de la cuantía del salario y de cómputo de la antigüedad¹². Se entiende que existe un error excusable en el supuesto de que se produzca un despido objetivo de un trabajador que tenga una reducción de jornada por cuidado de hijo, y exista un error en el cálculo de la indemnización, debido a que no hay una norma que determine el salario que hay que tener en consideración a tales efectos. Por lo tanto, cuando sea insuficiente se considera un error excusable, ya que no puede tener los mismos efectos la omisión total del ofrecimiento que la disposición insuficiente¹³. La calificación de un error en el cálculo de la indemnización como excusable no supondrá la improcedencia del despido, estando tan solo el empresario obligado a la subsanación del mismo y al reintegro de la diferencia económica al trabajador, tal y como se deriva del

¹¹ Sentencia del TS de 25 de enero de 2005 (Recurso 6290/2003).

¹² Sentencia del TS de 1 de octubre de 2007 (Recurso 3794/2006).

¹³ Sentencia del TS de 24 de octubre de 2006 (Recurso 2154/2005).

artículo 122.3. de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de Jurisdicción Social (En adelante, LJS).

La percepción por parte del trabajador de la indemnización correspondiente no impide el posterior ejercicio de la acción que corresponda ni supone conformidad con la decisión empresarial.

C) Plazo de preaviso

El tercer requisito que venía estableciendo el artículo 53.1 ET, consistía en conceder un plazo de preaviso de treinta días (aspecto modificado tras la reforma, como veremos más adelante), computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. Durante este período el trabajador tenía derecho a una licencia de seis horas semanales, con objeto de buscar un nuevo empleo. Si no se concedía el preaviso, el empresario está obligado a abonar los salarios correspondientes a ese período. El no cumplimiento del plazo de preaviso no conllevaba la declaración de nulidad de la decisión extintiva¹⁴, *“la no concesión de este período de preaviso, si bien no anula la extinción, obliga al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho período de vigencia de existencia de contrato (art. 53.2 y 4 del Estatuto de los Trabajadores) [...] pues se trata de retribuciones salariales correspondientes a distintas situaciones, una vigente el contrato de trabajo y la otra correspondiente a la situación en que el contrato ya está extinguido”*; no cabe olvidar, que la adopción del acuerdo de extinción del contrato por causas objetivas exigía la observancia entre otros requisitos, el relativo a conceder un plazo de preaviso de 30 días, computando desde la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo artículo 53.1.c) ET y que durante tal período de preaviso, el trabajador tenía derecho sin pérdida de su retribución a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo y, la no concesión de este período de preaviso, si bien no anulaba la extinción, obligaba al empresario al abono de

¹⁴ Sentencia del TS de 28 de febrero de 2005 (Recurso 1110/2004).

los salarios correspondientes a dicho período de vigencia de existencia del contrato¹⁵.

La no concesión del período de preaviso obligaba al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho período de vigencia de existencia de contrato, sin que esta cantidad pudiera ser descontada de la indemnización fijada en la sentencia. Por tanto, el abono de salarios durante el período de preaviso es compatible e independiente con los salarios de tramitación y con la indemnización de despido. Algunas sentencias han entendido que si no se da copia a los representantes de los trabajadores la decisión extintiva sería nula en virtud de lo establecido en el artículo 53.4 del ET, y otras lo argumentan en que los representantes de los trabajadores no podrían emitir informe con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste en materia de reestructuración de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquélla en virtud de lo establecido en los artículos 62.2 y 64.1.4.a) ET.

Esta problemática ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de abril de 2007, en la que se manifiesta: *“El artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores establece como requisito para el despido objetivo la concesión de un plazo de preaviso de treinta días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. El precepto añade que en el supuesto contemplado en el artículo 52.c) del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento. Pero, como ha señalado la doctrina científica, hay un error en la redacción de este precepto, pues la copia que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores no es la del preaviso, que no es en sí mismo una comunicación del despido, sino una parte del contenido de la comunicación del cese. Por tanto, la exigencia de información a los representantes sindicales del artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores no se refiere realmente al preaviso, sino a la comunicación del despido del apartado a) de este número; comunicación en la que debe exponerse la causa*

¹⁵ Sentencia del TS de 15 de enero de 2008 (Recurso 635/2007).

de la decisión extintiva y en la que normalmente, aparte de esta mención preceptiva de la causa, deben contenerse también las referencias a la concesión del preaviso y a la puesta a disposición de la indemnización, si bien el preaviso podría no incluirse en la comunicación. Esto es claro, porque el preaviso no es la manifestación de la voluntad extintiva con su fundamento, sino simplemente un plazo que se establece entre ésta y la efectividad del cese con la finalidad de que el trabajador pueda buscar un nuevo empleo, como indica el número 2 del artículo 53. No es, por tanto, una declaración de la voluntad extintiva de la que pueda darse copia a los representantes de los trabajadores, sino sólo una parte accidental de la misma, cuya omisión no tiene consecuencias relevantes en orden a la calificación, pues, como dice el número 4 del artículo 53, la no concesión del preaviso no anulará la extinción, sin perjuicio de que el empresario deba abonar los salarios correspondientes. En resumen, la concesión del preaviso puede realizarse en la comunicación, fuera de ella o no realizarse y además en sí mismo el preaviso no contiene ninguna información útil a efectos del control de las decisiones extintivas del empresario. Por ello, no tiene sentido establecer una obligación de comunicación del preaviso y hay que entender que la información debe referirse a la comunicación del cese, lo que, por lo demás, podría constituir una ampliación de los derechos de información del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores”.

El incumplimiento de la obligación de entregar copia de la comunicación de cese a los representantes de los trabajadores venía produciendo la declaración de nulidad del despido contemplado en el artículo 52.c) del ET, tal y como se argumenta en la citada sentencia. No obstante, esta obligación sólo era exigible para los despidos objetivos regulados en el artículo 52.c) del ET, no para el resto de extinciones de contrato por causas objetivas que se recogían en los demás apartados del citado artículo. Por tanto, en estos supuestos la comunicación del cese a los representantes de los trabajadores no es obligatoria, por lo que no determina la nulidad del despido¹⁶.

¹⁶ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A, Cuestiones Prácticas, jurisprudencia y preguntas frecuentes, Lex Nova, pág 89.

Respecto a los efectos que podía producir el despido por causas objetivas, al igual que cualquier otra modalidad de despido, el art. 53 ET y 122 de la L.P.L. establecían que el despido por causas objetivas podía merecer la calificación de procedente, improcedente o nulo, clasificación que se mantiene en la actualidad, pero con algunas modificaciones en algunos supuestos y efectos, como veremos en el capítulo dos del presente estudio.

A continuación analizaremos el régimen jurídico anterior a la reforma del año 2012 y en el capítulo siguiente, la posterior al año 2012.

A) Nulidad

a) Supuestos

La decisión extintiva sería calificada como nula, cuando:

a) No se hubiera cumplido las funcionalidades legales de la comunicación escrita con mención de causa: “La falta de comunicación escrita al trabajador expresando la causa de extinción, o, existiendo aquella, la falta de determinación en ella de los hechos que motivan el despido”¹⁷. También se declaraba nulo el despido cuando se hubiera producido una decisión firme de la jurisdicción Contencioso-Administrativa de anular la convocatoria para la contratación de personal y, por la administración, no se hubiera seguido el procedimiento extintivo del despido objetivo art. 52. C) ET en relación con el art. 51, ya que se produce un incumplimiento de los requisitos formales¹⁸.

b) No se hubiese puesto a disposición del trabajador la indemnización correspondiente, salvo en aquellos supuestos en los que tal requisito no viniera

¹⁷ Sentencia del TS de 18 de abril de 1990, num.613, jurisprudencia del TS, Sala Cuarta de lo Social

¹⁸ Sentencia del TS de 21 de enero de 2008 (Recurso 454/2007).

legalmente exigido¹⁹. La decisión extintiva sería declarada nula aunque el empresario, en el acto de conciliación, reconociera la improcedencia del despido y ofreciera la indemnización correspondiente a un despido disciplinario, ya que la falta de puesta a disposición del trabajador de la indemnización no era susceptible de subsanación posterior al acto de despido²⁰.

Por otra parte, otra cuestión que se podía plantear era la de si un error en el cálculo de la indemnización producía la nulidad del despido. Para dar respuesta a esta pregunta era preciso remitirnos al art. 53.4 ET, el cual establecía que *“cuando el empresario no cumpla los requisitos establecidos en el apartado 1, (...) la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio”*; y a la precisión que venía haciendo el art. 122.3 de la L.P.L., respecto de que *“No procederá la declaración de nulidad (...) por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador”*; ante esta problemática, la doctrina unificada ofrecía distintos criterios de interpretación; por una parte podíamos encontrar supuestos en los que la diferencia se encontraba entre lo ofrecido y lo debido, distinguiendo entre supuestos de escasa cuantía y aquellos otros en los que el diferencial era relevante, e igualmente había de valorarse si se trataba de un simple error de cálculo o si obedecía a la voluntad consciente de incumplir el mandato legal. En otros casos se debía distinguir entre la consignación insuficiente por “error excusable” y consignación insuficiente por negligencia o “error inexcusable”, pues una interpretación excesivamente rigurosa del precepto, “en el sentido de que solo sería efectiva una consignación de total equivalencia con el importe de la indemnización, supondría la inaplicación de la norma en la mayoría de los casos”, de forma que el “criterio de la buena fe debe presidir el entendimiento y la aplicación del precepto”, y “cuando el empresario cometa un error de cálculo que podía calificarse como excusable,

¹⁹ Sentencia del TC 60/1984 de 16 de mayo, confirma la nulidad del despido por falta de puesta a disposición indemnización correspondiente.

²⁰ Sentencia del TS de 13 de octubre de 2005 (Recurso 3801/2004).

debía aceptarse las consecuencias que el ET hacía derivar del ofrecimiento y la consignación”²¹ .

Por tanto, podemos concluir que la existencia de un error excusable en la cantidad depositada (por indemnización y salarios de tramite) venía exigiendo ponderar cuantas circunstancias habían concurrido, como la incidencia de una nueva tabla retributiva²², o a la escasa cuantía de la diferencia, y la coincidencia en el cálculo por parte de la empresa y el juzgado en la sentencia de instancia²³; a sí como en la dificultad “jurídica” de los cálculos de la indemnización en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en los mismos pudieran dar lugar a una “discrepancia razonable”²⁴.

c) Resultara discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador²⁵.

d) Se hubiera efectuado un fraude de ley, por acogerse a la modalidad de despido por causas objetivas debiendo hacerlo a la de despido colectivo²⁶.

Además, tenía la consideración de nula la decisión extintiva en estos otros supuestos, que continúan manteniéndose en la actualidad.

e) La de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad a que se refiere la letra d) del

²¹ Sentencia del TS de 24 de abril de 2000 (Recurso 308/1999), y 19 de junio de 2003 (Recurso 3673/2002).

²² Sentencia del TS de 15 de noviembre de 1996 (Recurso 1140/1996); Sentencia del TS de 19 de junio de 2003 (Recurso 3673/2002); y Sentencia del TS de 25 de mayo de 2006 (Recurso 1107/2005).

²³ Sentencia del TS de 24 de abril de 2000 (Recurso 308/1999).

²⁴ Sentencia del TS de 19 de junio de 2003 (Recurso 3673/2002) y Sentencia del TS de 25 de mayo de 2006 (Recurso 1107/2005).

²⁵ Art. 122.2 LPL.

²⁶ Art 122.2. LPL.

apartado 1 del Art. 45 ET, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo²⁷.

f) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a), y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren en los apartados 4, 4 bis y 5 del art. 37 ET o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del art. 46 ET, y de la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el ET²⁸.

g) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras anteriores sería de aplicación, salvo que, en esos casos, se declarara la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.

No procedería, en ningún caso, la declaración de nulidad por haberse omitido el plazo de preaviso, o por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador.

b) Efectos

La declaración de nulidad producía los siguientes efectos:

²⁷ Art 53.4 ET modificado por Ley Orgánica para la Igualdad de Mujeres y Hombres LO 3/2007 de 22 de marzo.

²⁸ Sentencia del TC 92/2008 de 21 de Julio. (RTC/2008/92).

a) La readmisión inmediata del trabajador a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que existían antes de producirse la extinción contractual por parte de la empresa.

b) El abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de extinción de la relación laboral hasta que la readmisión hubiera tenido lugar, sin que de los salarios de tramitación pudieran deducirse los correspondientes al periodo de preaviso.

c) En los supuestos en que procediera la readmisión, el trabajador debía reintegrar la indemnización percibida.

B) Procedencia

a) Supuestos

Se declaraba procedente la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido los requisitos formales exigibles, acreditaba la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita.

Respecto a la procedencia de los despidos objetivos, podemos destacar que las causas empresariales que podían ser alegadas en este tipo de despido eran las recogidas el art. 52.c ET, “causas económicas” o bien “causas técnicas, organizativas o de producción”.

Para que las causas económicas se consideraran justificadas, el empresario debía de acreditar que la decisión extintiva contribuía a la superación de “situación económica negativa” mientras que la justificación de las causas técnicas, organizativas o de producción requerían simplemente la acreditación de que el despido contribuyeran a “superar las dificultades que

impedían el buen funcionamiento de la empresa (...) a través de una mejor organización de los recursos²⁹.

Es doctrina jurisprudencial reiterada respecto a la procedencia de los despidos objetivos por causas económicas; partiendo del art. 52.c ET, el cual venía estableciendo que “cuando exista la necesidad objetiva acreditada de amortizar puestos de trabajo (...) el empresario acreditara la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas”, se ha venido entendido que basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acordaba contribuyera a solucionar la crisis, para que tal medida estuviese justificada, sin que fuera exigible acreditar que la amortización de puestos de trabajo constituyera por sí sola una solución suficiente, ni que esa solución fuera definitiva junto con otras medidas. Por ello se ha venido argumentado que “para apreciar la concurrencia de las causas económicas (en sentido estricto) del despido objetivo bastaba en principio con la prueba de pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad titular de la empresa. Si estas pérdidas eran continuadas y cuantiosas se presumía, en principio, salvo prueba en contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que la amortización de los puestos de trabajo sobrantes era una medida que cooperaba a la superación de dicha situación negativa”, pues, “la amortización de puestos sobrantes comportaba una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuía directamente a aliviar la cuenta de resultados”. También se ha venido precisando por la jurisprudencia que la amortización es orgánica y relativa a un puesto de trabajo concreto y no determina tareas, lo que suponía que las labores desarrolladas por el operario que cesaba eran asumidas por los que quedaban³⁰, así como, que el empresario no estaba obligado a presentar un plan de viabilidad que contemplara la adopción de otras medidas, aparte de la extinción o despido acordado³¹”.

²⁹ Sentencia del TS de 31 de enero de 2008 (Recurso 1719/2007).

³⁰ Sentencia del TS de 29 de mayo de 2001 (Recurso 2022/2000).

³¹ Sentencia del TS de 30 de septiembre de 2002 (Recurso 3828/2001).

Por último, debemos hacer mención especial a las causas de justificación, de esta modalidad de despido, en las empresas de servicios, dado que en este caso debía de entenderse que la pérdida o disminución de encargos de actividad debía ser considerada, por su origen, como una causa productiva, en cuanto que significaba una reducción de volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifestaba la causa organizativa, en tanto que afectaba a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores³².

b) Efectos

- El trabajador consolidaba la indemnización puesta a su disposición en caso de haberla percibido. En caso contrario, tendría derecho a que se la abonara la indemnización que legalmente le correspondiera.

- Si la sentencia estimaba procedente la decisión del empresario, se declaraba extinguido el contrato de trabajo, condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le correspondiera, como las relativas a los salarios del periodo de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido.

- El trabajador se entenderá en situación legal de desempleo por causa a él no imputable.

- Era indiferente que el trabajador hubiera reclamado o no contra la decisión extintiva. En caso de que no lo hubiera hecho, la situación legal de desempleo quedaba acreditada cuando se extinguiera la relación laboral por comunicación escrita en los términos fijados en el art. 53 ET, en base a cualquiera de las causas objetivas especificadas en el art. 52 ET. No obstante, si el trabajador optaba por reclamar contra la decisión empresarial, quedaría acreditada la situación legal de desempleo mediante el acta de conciliación o,

³² Sentencia del TS de 14 de junio de 1996 (recurso 3099/1995).

en su caso, la resolución judicial definitiva³³. Si el trabajador había, por el contrario, reclamado contra la decisión empresarial, y la autoridad judicial declaraba el despido procedente, no sería de aplicación el periodo de espera exigido legalmente para los casos en los que el despido se calificara de tal forma. De este modo, no sería preciso que el trabajador permaneciera inscrito como demandante de empleo durante un periodo de espera de tres meses desde el momento de la sentencia, para que naciera su derecho a la prestación de desempleo³⁴.

C) Improcedencia

a) Supuestos

El despido objetivo se calificaba como improcedente cuando habiéndose cumplido los requisitos formales exigibles no se acreditaba la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación escrita.

b) Efectos

La declaración de improcedencia del despido por causas objetivas generaba una consecuencia alternativa:

a) La readmisión del trabajador, en cuyo caso éste tendría que reintegrar al empresario la indemnización que se le hubiere hecho efectiva.

Para evitar un enriquecimiento de una de las partes, carente de justificación, se debía deducir, por tanto, de la compensación económica del trabajador el importe de la indemnización que éste hubiese recibido **al**

³³ Art. 208, 1.1.d) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (aprobado por RDL 1/1994, de 20 de junio) y art.1.1.f) del RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección de Desempleo, aplicable en tanto no se produzca el desarrollo reglamentario al que se refiere la Disposición Final 7ª del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

³⁴ Anteriormente regulado en el Art. 209.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y art. 5.2 del RD 625/1985, de 2 de abril.

comunicarle el empresario la extinción del contrato por causas objetivas (veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades, o, en su caso, la indemnización que hubiese recibido y resultase superior a la establecida legalmente).

b) La confirmación del despido. En este caso, procedía la sustitución de la readmisión por una indemnización igual a la que le correspondiera en el despido disciplinario improcedente, abonando al trabajador una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferior a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, así como los salarios de tramitación³⁵.

Téngase en cuenta que los contratos celebrados para el fomento de la contratación indefinida, al amparo de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, cuando extinción del contrato se producía por causas objetivas y la extinción era declarada improcedente, la cuantía de la indemnización a la que se refiere en el art. 53.5 ET, en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el art. 56 ET, era de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

La misma regulación tenían los contratos celebrados para el fomento de la contratación indefinida realizados al amparo de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad, tal como venía estableciendo su disposición adicional primera, apartado cuarto.

Por consiguiente, vemos cómo la indemnización varía de cuarenta y cinco días a treinta y tres días para los contratos indefinidos que se realizaban

³⁵ No procede deducir de los salarios de tramitación los abonados en concepto de preaviso. Sentencia del TS de 28 de febrero de 2005 (Recurso 2005/2042) y Sentencia del TS de 21 de septiembre de 2006 (Recurso 2006/8729).

como medida al fomento de la contratación indefinida, cuando la extinción del contrato por causas objetivas era declarada improcedente, reduciéndose igualmente el tope máximo de cuarenta y dos a veinticuatro mensualidades.

Para evitar un enriquecimiento de una de las partes carente de justificación, se debía deducir de la compensación económica del trabajador, el importe de la indemnización que éste hubiese recibido al comunicarle el empresario la extinción del contrato por causas objetivas.

3. DESPIDO ECONÓMICO MAYOR

3.1 Régimen Jurídico

Adecuando su terminología a la de la Directiva 75/129/CEE modificada por la Directiva 92/56/CEE (ambas derogadas por la Directiva 98/59/CEE), el art. 49.1. del ET venía estableciendo, que *“se extinguirá el Contrato de Trabajo por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción siempre que aquel haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta ley”*.

El citado precepto debía completarse con lo que se establecía en el art. 51 del ET y con lo dispuesto en el R.D. 43/1996, de 19 de enero. De la lectura de esta norma se infería que al calificar el despido como “colectivo”, no se manejaba el término en el sentido usual de punto o cuestión genérica que afectaba a un grupo indeterminado de trabajadores, a reglamentar en un convenio colectivo o a enjuiciar en un proceso de conflicto colectivo. En realidad, se designaba algo muy distinto, pues se trataba de aquel despido en que concurrían estos dos elementos:

- a) Que tenía su origen en una dificultad económica de la empresa, en sentido amplio, motivadora de un excedente de plantilla, a la cual se intentaba poner fin o remedio con los ceses acordados.

b) Que afectaba a una cifra mínima de trabajadores (hacia el 10% de la plantilla). Con lo que, en rigor, estamos ante lo que se ha venido denominando despido económico mayor, que se contrapondría a los despidos económicos menores, si se quiere individuales, así llamados en alguna legislación extranjera, regulados en el art. 52.c), comentada en el epígrafe anterior, y caracterizados por que se mueven por debajo de ese límite mínimo.

La distinción daba lugar a un tratamiento muy diferenciado por la citada Ley 11/1994, y que, en lo esencial, se reconducía a lo siguiente: el despido colectivo solo se podía acordar por empresarios que habían obtenido una previa autorización de la Administración laboral, en expediente tramitado al efecto, cuyas resoluciones se impugnaban eventualmente ante los jueces del contencioso-administrativo; mientras que el despido económico individual o menor se venía decidiendo por el empresario sin más, bien que el trabajador cesado pudiera discutir el acuerdo empresarial mediante demanda ante los jueces sociales.

3.2 Delimitación

En el art. 51.1. ET rompía con la tradición de admitir este tipo de despido con independencia del número de trabajadores afectados. Tal tradición generalizaba la utilización del procedimiento de <regulación de empleo> a toda extinción contractual basada en causas económicas y tecnológicas (con la única y restringida excepción de la amortización de un solo puesto de trabajo en empresa de menos de 50 trabajadores, que constituía un supuesto despido por causas objetivas: art. 52.c E.T, anterior a la reforma de 1994).

El anterior art. 51.1. ET fijaba, inspirándose en las Directivas comunitarias de referencia, unos umbrales cuantitativos para que pudiera hablarse legalmente de despido colectivo. Tales umbrales eran: a) tiene que alcanzarse un número o porcentaje determinado de despidos propuestos, en

relación con el volumen de la respectiva plantilla; y b) ese número se computaba dentro de un tracto temporal de hasta noventa días.

La cuantía de despidos propuesta, que determinaba la aparición de la categoría del despido colectivo, se determinaba en función de la plantilla de la empresa, concepto éste que emplea el art.51.1; separándose de la Directiva 98/59/CEE, que hablaba de centros de trabajo, la dicción comunitaria, que el interprete debe hacer prevalecer, conduce obviamente a una mayor posibilidad de evitar los despidos colectivos, recurriendo lícitamente a los despidos por causas económicas.

3.3. Análisis de las causas

Al analizar las causas de los despidos objetivos hemos visto que el ET, con su redacción del art. 52.c), pretendía flexibilizar la exigencia, para la extinción del contrato por causas técnicas, organizativas o de producción, cuando se trataba de despidos singulares, a diferencia de las exigencias más rigurosas que se establecían en el art. 51 para los despidos colectivos.

Se podía observar cómo el art. 51 exigía que las medidas contribuyeran a garantizar la viabilidad futura de la empresa, mientras el art. 52.c exigía simplemente que tendieran a superar dificultades que impidieran el buen funcionamiento de la empresa.

Por lo tanto, parece que en el primer supuesto se venía partiendo de la mala situación de la empresa, mientras en el segundo no necesariamente la empresa se debía de encontrar en una mala situación, sino que no tenía un buen funcionamiento, bien por su posición en el mercado o por exigencias de la demanda.

3.3.1. Causas económicas

Respecto de las causas económicas, es preciso hacer las siguientes matizaciones:

- No era necesario que la situación económica negativa de la empresa fuera irrelevante.

- No era necesario que la medida superara la crisis económica de la empresa, siendo suficiente con que contribuyera a su superación.

- La contribución debía ser directa y adecuada al objetivo perseguido, siendo necesaria una proporcionalidad y adecuación de los despidos acordados y la situación desfavorable de la empresa.

3.3.2. Causas técnicas, organizativas y de producción

Respecto de las causas técnicas, organizativas o de producción debía tenerse en cuenta que las medidas adoptadas debían garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en ella a través de una más adecuada organización de los recursos. Por tanto, el empresario debía acreditar que la medida adoptada contribuía a garantizar la viabilidad de la futura empresa. En estos casos debía analizarse la situación de la empresa en su conjunto, siendo difícil que se pudiera desvincular de su perspectiva económica.

Se consideraban causas tecnológicas las innovaciones científicas que llevaban cambios en los aspectos organizativos o productivos de la empresa.

Las causas organizativas o productivas debían afectar al volumen de empleo y tender a armonizar los medios humanos y materiales de que se disponía, a través de una mejor organización de los recursos.

Los despidos colectivos y objetivos venían exigiendo necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; si no existían ni aparecían ninguna de estas

causas no podía apreciarse la existencia de estos particulares despidos. Ello significaba que para la existencia de un despido colectivo no bastaba, en alguna forma, con el hecho de que varios trabajadores hubieran sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores superara, incluso con holgura, los topes que fijaba el art. 51.1. ET, sino que, además, era absolutamente preciso que esos ceses fueran debidos a alguna causa económica, técnica organizativa o de producción³⁶.

3.4. Procedimiento

El procedimiento de despido colectivo constaba de un doble trámite, que se iniciaba simultáneamente:

a) Solicitud a la Autoridad Laboral para que autorizara el despido.

b) Apertura de un periodo de consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores³⁷.

Esta simultaneidad de trámite no existía con anterioridad a la Ley 11/1994, de 19 de mayo; por el contrario, periodo de consultas y expediente de autorización administrativa constituían fases sucesivas, la segunda de las cuales procedía ante el fracaso de la primera.

Aunque, inspirada sin duda en laudables propósitos de celeridad procedimental, la regla de la simultaneidad en la apertura de las consultas y petición de la autorización a la Administración, tenía el inconveniente de poner en marcha un doble procedimiento, en el que se promovían desde un principio actuaciones administrativas (informes y otros trámites) que serían inútiles en caso de alcanzarse acuerdo en la fase de consultas.

³⁶ Sentencia del TS de 26 de Febrero de 2008 (Recurso 3672/2006) y Sentencia del TS de 29 de Febrero de 2008 (Recurso 3687/2006).

³⁷ Art.51.2 ET.

En definitiva, los despidos colectivos debían ser autorizados por la Autoridad Laboral conforme al oportuno expediente de regulación de empleo, gran novedad tras la reforma de la Ley 3/2012, tal como veremos en el capítulo dos del presente estudio. Las fases fundamentales del expediente de regulación de empleo eran las siguientes:

3.4.1. Iniciación

Normalmente, la citada solicitud procedía del empresario (art. 51.2 ET reformado por Ley 11/1994); sin embargo, y de acuerdo con una regulación inaugurada con el D. 3090/1972, de 2 de noviembre, también estaban legitimados para dicha solicitud los representantes de los trabajadores “*si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación*” (art. 51.9 ET reformado por Ley 11/1994).

La adición de esta modalidad de iniciación del expediente (a instancia de los trabajadores), movida por motivos “pro operario” que nadie pone en duda, se ha canalizado, sin embargo, a través de un instrumento técnico inadecuado. En efecto, si la técnica jurídica de la autorización significaba la remoción por la Administración de un obstáculo para el ejercicio de un derecho propio, carece de sentido atribuir a personas o entes distintos de quien ha de ser autorizado la facultad de instar la correspondiente autorización. La construcción legal es un callejón, sin salida posible: admitiendo que los trabajadores pudieran solicitar que se autorice al empresario a despedir, suspender o modificar las relaciones de trabajo; aun más, admitiendo que la Administración pudiera autorizar al empresario a realizar tales actos, ¿qué virtualidad tendría, sin embargo, tal autorización (que –no se olvide – sólo es una pura autorización, un permiso, y nunca una imposición) si el empresario finalmente decidía no hacer uso de ella? El legislador parecía, por tanto, olvidar que el poder de decisión en orden a los despidos, suspensiones, etc., reside en última instancia en el empresario, sin que implicara ninguna variación en ello la atribución de facultades a entes distintos de él.

Para obtener las finalidades sociales que se perseguían con tan inapropiada técnica, el legislador debía haberse atrevido a facultar abiertamente a la Administración, no a autorizar, sino a imponer las pertinentes medidas de regulación del empleo. Pero es claro que si tan extremo intervencionismo no se arbitró, en el momento actual no es ni deseable ni viable desde el punto de vista de la política legislativa, como podremos comprobar al tratar el capítulo siguiente.

a) Iniciación por el empresario

El empresario que tuviera la intención de efectuar un despido colectivo debía solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo previsto en el anterior art. 51 ET y RD 43/1996, de 19 de enero. El procedimiento se iniciaba mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores.

La comunicación a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores debía ir acompañada de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos reglamentariamente establecidos en el RD 43/1996.

La comunicación de la apertura del periodo de consultas se realizaba mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hacía llegar, junto con la solicitud, a la autoridad laboral.

La solicitud de inicialización se formalizaba con el contenido mínimo siguiente:

a) Memoria explicativa de las causas o motivos objeto del despido, si la causa manifestada por la empresa era de índole económica, la

documentación debidamente auditada acreditativa del estado y evolución de su situación económica, financiera y patrimonial en los tres últimos años; y si eran de índole técnica, organizativa o de producción, los planes, proyectos e informes técnicos justificativos de la causa o causas alegadas como motivadoras del despido, medidas a adoptar y sus expectativas de repercusión en cuanto a la viabilidad futura de la empresa.

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

c) En empresas de cincuenta o más trabajadores, plan de acompañamiento social que contemplaran 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 iban a resultar 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 tuvieran como objetivo el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza.

d) Escrito de solicitud del informe a que venía refiriéndose el art. 64.1.4 a) y b) ET, a los representantes legales de los trabajadores.

b) Iniciación de los representantes de los trabajadores

Los trabajadores, a través de sus representantes, podían y pueden en la actualidad, solicitar igualmente la iniciación del procedimiento de regulación de empleo, si racionalmente se presumiera que la no incoación de éste por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación. En este supuesto, solo se requiere que se acompañe la memoria explicativa de las

razones por las que se inicia el procedimiento y las pruebas que se estimen oportunas para acreditar los perjuicios antes referidos y, en su caso, la comunicación efectuada al empresario, y la contestación y documentación que en tal sentido les haya trasladado éste. La autoridad laboral, en cualquier momento del procedimiento, podía recabar de ambas partes cuanta documentación considerara necesaria para dictar resolución.

3.4.2. Doble trámite simultáneo

Una vez iniciado el procedimiento, se comenzaba con el doble trámite, que se iniciaba simultáneamente:

A) Periodo de consultas

Esta fase procedimental es un reconocimiento de la función que corresponde a la autonomía de las partes (empresario y representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo) en orden a decisiones que afectaban significativamente a ambas; reconocimiento que, naturalmente, atenuaba el papel intervencionista que la Administración tenía en épocas pasadas al monopolizar el control sobre los despidos <<por crisis>>.

La apertura del citado periodo debía ser comunicada por el empresario (único legitimado para iniciar las consultas), a los representantes de los trabajadores; del escrito de comunicación debía remitir copia a la Administración laboral, cuando esta era dirigida para instar la iniciación del procedimiento administrativo (art. 51.2 ET). Esta y las restantes obligaciones de información y documentación del empresario en esta materia eran exigibles tanto si la decisión del despido había sido adoptada por el propio empresario o, en caso de grupo de empresas.

El referido periodo de consultas tenía y tiene, como veremos más adelante, por finalidad el examen de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción invocadas por el empresario como fundamento

de su decisión de despedir colectivamente. Igualmente se debatirá sobre la eventual reducción o eliminación de sus efectos dañosos. En fin, dentro del periodo de consultas siempre se tratará por ambas partes el crucial tema de las medidas (entre ellas, lógicamente, los despidos propuestos por el empresario).

Cabe destacar la obligación empresarial de formular un plan que recogiera las anteriores medidas, y que debía de adjuntarse al resto de la documentación del expediente, ello siempre que la empresa tuviera cincuenta o más trabajadores.

Igualmente recalca el art. 51.4 ET la obligación de las partes de <<negociar de buena fe>> durante el periodo de consultas; expresión claramente inspirada en el art. 89.1 ET, reveladora de que la fase llamada de <<consultas>>, pese a esta denominación, tiene un contenido más intenso, verdaderamente negocial, con vocación como tal de desembocar en un pacto o acuerdo (que, ciertamente, no tendrá naturaleza de convenio colectivo).

Para alcanzar el referido acuerdo se precisaba la conformidad del empresario y de la mayoría de los miembros del Comité de Empresa, Delegados de Personal o Delegados Sindicales, según los casos.

B) Expediente Administrativo

Como indicamos al principio, el procedimiento de despido colectivo se iniciaba con un doble trámite simultáneo: apertura del periodo de consultas, del que ya se ha tratado, y solicitud de autorización administrativa, que analizamos a continuación.

La primera pregunta que cabía plantearse era, ¿a quién se destinada la solicitud de la autorización administrativa? Partiendo de lo que venía estableciendo el art. 51.2 ET, la persona que solicitaba la autorización habría de dirigirse a la <<autoridad laboral competente>>, según lo estipulado en el RD 43/1996, en su art. 2:

- En cada Comunidad Autónoma la competencia (todas la tienen transferida; excepciones: Ceuta y Melilla) la asume el órgano correspondiente.
- La competencia era de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración cuando el expediente afectaba a dos o más Comunidades. Facultativamente, la Dirección General <<podía>> recabar la competencia cuando la medida tenía <<especial trascendencia social >> o afectaba a más de doscientos trabajadores.

Las actuaciones que debía desarrollar la Administración eran las siguientes:

a) Comprobación y subsanación de la solicitud

Cuando la Administración Laboral recibía la solicitud de autorización del despido, debía examinar si reunía los requisitos precisos. Aunque el art. 51.3 ET no especificaba cuáles eran éstos, estaba claro que se trataba de los requisitos señalados en el art. 51.2 ET: solicitud de autorización propiamente dicha, y aportación de documentos justificativos de las causas de despido y la pertenencia de éste. La omisión o insuficiencia de alguno de estos requisitos podría ser subsanada por el empresario, a requerimiento de la Administración; de no hacerlo, se le tendía por desistido de su petición³⁸.

El empresario que instaba la solicitud de autorización de despido debía de acompañarla de <<toda la documentación necesaria>> para acreditar las causas en que se fundaba el expediente, y justificar los despidos propuestos. El art. 51.2 ET se limitaba a exigir la documentación necesaria, sin especificarla, remitiéndose a lo que se determinaba reglamentariamente. El Reglamento aprobado por RD. 43/1996, fijaba el contenido mínimo de la solicitud de iniciación del procedimiento.

³⁸ Art. 51.3 ET.

Se flexibilizaba la exigencia de documentos preceptivos cuando eran los representantes de los trabajadores quienes iniciaban el procedimiento; en tal caso, solo se exigía la aportación de <<los informes que sean precisos>> (art. 51.9 ET), a juicio de la Administración Laboral³⁹.

b) Instrucción del expediente

Pieza importante y tradicional, en el expediente de despido colectivo era el informe de la Inspección de Trabajo, circunscrito a las causas en que se fundamentaba el despido propuesto y, que preceptivamente debía interesar a la Administración laboral actuante.

Tal informe, y cualquier otro que necesitaba pedir la Administración, debían ser emitidos <<en el improrrogable plazo de diez días>>, con el fin de que obraran en poder de la Autoridad laboral antes de la conclusión del periodo de consultas y, fueran unidos al expediente.

La Administración Laboral debía también comunicar la iniciación del expediente al Servicio Público de Empleo Estatal (art. 51.3 ET), a los efectos de la eventual declaración de la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados.

En la fase de instrucción del expediente podían adoptarse o exigirse determinadas medidas cautelares, a las que aludía el art. 51.3 ET:

- 1) La Administración, si tenía conocimiento de que el empresario realizaba actos <<que pudieran hacer ineficaz el resultado de cualquier pronunciamiento>> (en orden, claro está, al pago de indemnizaciones) -como, alzamientos de bienes, transmisiones fraudulentas...-, podía recabar del empresario y de la autoridad

³⁹ La amplísima discrecionalidad concedida a la Administración en el citado art. 51.9 ET se recorta en el art 7 del RD 43/1996, que exige la presentación de memoria explicativa y pruebas pertinentes, así como, en su caso, comunicación dirigida al empresario y contestación de éste.

competente la <<paralización>>. Sin perjuicio de la competencia que pudiera tener en la materia el orden penal de la Jurisdicción, para conjurar los actos del empresario dirigidos a situarse en insolvencia o impedir la efectividad de la sentencia, el órgano judicial de lo Social podía incluso decretar el embargo preventivo del deudor, y ello de oficio o a instancia de parte (art. 79.1 LPL).

2) Cuando la extinción propuesta pudiera afectar a más del 50% de los trabajadores de la empresa, las ventas de bienes de ésta (distinta de las propias de su actividad comercial ordinaria) debían ser notificadas por el empresario a la Administración y a los representantes del personal, con el fin de impedir posibles intentos de evasión patrimonial.

c) Finalización del expediente

Cabía diferenciar dos supuestos distintos, según que el período de consultas finalizara con acuerdo o sin acuerdo:

a) Acuerdo en el período de consultas.

Alcanzado el acuerdo, la autoridad laboral competente procedería a dictar resolución en el plazo de quince días naturales, autorizando a la empresa para proceder a la extinción de las relaciones laborales.

No obstante, si la autoridad laboral apreciaba, de oficio o a solicitud de parte interesada, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo podía remitir, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuaba cuando, de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, si se estimaba que el acuerdo podía tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal del desempleo.

En este sentido, la jurisprudencia ha venido señalando, por ejemplo en Sentencia de 15 de noviembre de 2000, de la Sala Tercera del TS, lo que sigue: “Esta solución, prevista en la Ley y que no desborda el ámbito revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fue reconocido por Sentencia de esta Sala de 22 de septiembre de 1999. En ella se admite que la sentencia de instancia, entre sus pronunciamientos, incluya la retroacción de las actuaciones administrativas al momento de dictar resolución para que la Autoridad administrativa someta la cuestión al Juzgado de la Social por medio de la correspondiente demanda de oficio, al haber apreciado prejudicialmente que existen indicios de dolo, coacción o abuso de derecho en el acuerdo entre la empresa y el comité de empresa, a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 51.5 ET”.

Es, por tanto, indiscutible que el orden jurisdiccional social, con plenitud de conocimiento y la prueba que allí se practique, resolverá lo pertinente respecto a la existencia o no de alguno de los vicios enumerados en el art. 51.5 ET mediante el procedimiento de oficio.

Si transcurrido el plazo de resolución no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entendía autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo.

b') Desacuerdo en el período de consultas

Cuando el periodo de consultas concluía sin acuerdo, la autoridad laboral dictaminaba resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. La resolución de la autoridad laboral debía estar motivada y ser congruente con la solicitud empresarial. La autorización procedía cuando, de la documentación obrante en el expediente se desprendía razonablemente que las medidas propuestas por la empresa eran necesarias a los fines previstos en el apartado 1 del art. 51 ET.

El plazo de resolución era de quince días naturales a partir de la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión del periodo de consultas; si transcurrido dicho plazo no había recaído pronunciamiento expreso, se entendía autorizada la medida extintiva propuesta en la solicitud, previo cumplimiento de lo dispuesto en el art. 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

3.4.3. Trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo

Conviene añadir algunas reflexiones sobre la determinación individual de los trabajadores incluidos en el despido colectivo, cuando esa determinación no se llevaba a cabo en la resolución administrativa, y sobre las consecuencias jurídicas que se derivaban de ella.

No cabe duda de que si el despido colectivo autorizado alcanzaba a toda la plantilla de la empresa, o si en la resolución administrativa se identificaba nominativamente, uno por uno, a los trabajadores afectados, no existía cuestión ni problema alguno en lo que atañe a esa concreción o identificación. Pero las cosas se complicaban si el despido no afectaba a todos los trabajadores de la empresa, y en la resolución administrativa no se especificaba personal e individualizadamente quienes eran los trabajadores cuyos contratos quedaban extinguidos. En estos casos es totalmente necesario que, en la resolución administrativa autorizada del despido colectivo, se expresara el número y categorías de los trabajadores afectados y también los criterios que se habían tenido en cuenta para su determinación e individualización, como se deducía de lo que prescribían los art. 6.1.b) y 12 del RD 43/1996, de 19 de enero, en relación con el art. 51 del ET. De ahí que si el trabajador que había sido cesado como consecuencia del expediente consideraba que, con arreglo a los criterios establecidos en la resolución administrativa, él no resultaba comprendido en éste, podía perfectamente presentar ante los Tribunales de Justicia la correspondiente demanda en la que solicitaba que se declarara que no estaba incluido en el despido colectivo que

se quería aplicar. El TS, en diversas Sentencias⁴⁰, ha venido proclamado que los Tribunales del Orden Social son competentes para conocer de esta clase de acciones.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que estas específicas acciones se referían y tienen por objeto despidos colectivos, no teniendo nada que ver con los despidos objetivos; por ello estas acciones se tenían que basar en las normas que regulaban los despidos colectivos, sin que fueran aplicables, en absoluto, los arts. 52 y 53 ET.

Los criterios y reglas para la determinación de los empleados incluidos en el despido colectivo tenían que recogerse y expresarse en la propia resolución administrativa que lo autorizaba. Pero, si esa resolución administrativa ni especificaba personal ni determinada de forma individualizada quiénes eran los trabajadores a quienes alcanzaba ese despido, ni tampoco expresaba los criterios o pautas objetivas para llevarse a cabo esa especificación, resultaba que esa resolución carecía de virtualidad para justificar el cese de cualquiera de los trabajadores de la empresa, al faltar los elementos y datos necesarios para saber quiénes eran los trabajadores afectados por el cese; es obvio que el incumplimiento de lo que prescribían los arts. 12, 11 y 6.1.b) del RD 43/1996, de 19 de enero, en relación con el art. 51 ET, hacía imposible determinar quiénes eran los empleados que estaban incluidos en esa resolución. Por ello, si el trabajador cesado en estos casos formulaba una demanda, el Tribunal debía acogerla favorablemente y declarar la nulidad del cese, ya que la resolución administrativa carecía de eficacia y efectividad para poder incluir al empleado demandante en el despido colectivo de que se trataba.

⁴⁰ Sentencia del TS de 17 de marzo, 5 de junio, 13 de julio y 20 de julio de 1999 (Recursos 2240/1998, 2237/1998, 4417/1998 y 4459/1998).

3.4.4. Prioridades de permanencia en la empresa

En cuanto a las prioridades de permanencia en la empresa en los supuestos de despidos colectivos solo se hacía mención a los representantes de los trabajadores. Por tanto, únicamente tendrían prioridad de permanencia en la empresa los delegados de personal, los miembros del comité de empresa y los delegados sindicales. No obstante, nada impedía que en el acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa se pactase cualquier tipo de preferencia en la permanencia, siempre que se respetase la legalmente establecida para los propios representantes.

Salvo los supuestos legales o pactados de prioridad de permanencia en la empresa, correspondería al empresario la determinación de los trabajadores que se verían afectados por el expediente de regulación de empleo. En todo caso, deberían respetarse los límites de la no discriminación.

3.4.5. Indemnizaciones

El empresario, simultáneamente a la adopción de la decisión extintiva a que le autorizaba la decisión administrativa, debía abonar a los trabajadores afectados una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, como máximo de doce mensualidades salvo que, en virtud de pacto individual o colectivo, se hubiera fijado una cuantía superior.

Nada impedía que, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecieran indemnizaciones de cuantía superior a la mínima legalmente prevista.

En el caso de que el empresario no abonara la referida indemnización o existiese disconformidad respecto de su cuantía, el trabajador podía, de acuerdo con lo establecido en el art. 4.2.g) ET, demandar ante el Juzgado de lo

Social competente el pago de ésta o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir.

En las empresa de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonaba el 40 % de la indemnización legal que correspondía a los trabajadores cuya relación laboral se hubiera extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 ET o por la causa prevista en el párrafo c) del art. 52, o conforme el art. 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

El cálculo del importe de este abono se realizaba sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 del art. 33 ET (art. 33.8 ET). No tenían derecho a la indemnización de despido colectivo por cierre del centro de trabajo los trabajadores que pasaban a la situación de excedencia voluntaria común por su exclusiva voluntad⁴¹.

El TS ha establecido⁴², que no puede ser objeto de una indemnización adicional a cargo del empresario la resolución de la autoridad laboral que ha sido revocada por sentencia del orden contencioso-administrativo, sin que proceda indemnización adicional por el periodo comprendido entre el despido autorizado y la revocación de la autorización. En la sentencia se manifiesta: “el art. 51.8 ET – norma legal directamente aplicable al resarcimiento de los despidos colectivos – contempla una única indemnización o compensación tasada en función de los años de servicio para el supuesto de despido autorizado en expediente de regulación de empleo, previsión que no deja resquicio para una indemnización adicional en caso de revocación de la autorización administrativa a la que se atuvo el despido autorizado, teniendo en cuenta el modo detallado y minucioso de la regulación de la materia adoptado por el legislador. En este aspecto el resarcimiento del trabajador despedido es patente la diferencia entre el despido (colectivo) por causas económicas del

⁴¹ Sentencia del TS de 31 de enero de 2008 (Recurso 5049/2006).

⁴² Sentencia del TS de 31 de mayo de 2006 (Recurso 3165/2005).

art. 51 ET y el despido (objetivo) por causas económicas previsto en el art. 52.c) ET, y regulado en el art. 53 ET”.

Para el despido económico objetivo se venía estableciendo que “la calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario” (art. 53.5 ET), remisión que comportaba, obviamente, el abono de “salarios de tramitación” o salarios dejados de percibir durante la tramitación de una reclamación jurisdiccional, en los términos del art. 56.1 ET. Nada de esto ocurría, en cambio, en el despido económico colectivo, donde se establecía una regulación cerrada del resarcimiento o compensación del trabajador despedido. Ello era así por la sencilla razón de que mientras en el despido económico objetivo el acto del despido venía consistiendo en una decisión unilateral del empresario, que tiene por si misma efecto extintivo, en el despido económico colectivo el acto de despido era, por el contrario, el momento final de un complejo procedimiento en el que la autorización administrativa de la extinción del contrato de trabajo era requisito constitutivo de validez, sin el cual la decisión empresarial de dar por terminada la relación de trabajo carecía de eficacia extintiva.

A la anterior conclusión se llegaba con claridad a la vista del enunciado de causas de extinción del contrato de trabajo del art. 49.1 ET, en el que figuraba, por una parte, el “despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta Ley” (art. 49.1.i ET), y por otra, sin más especificaciones, el “despido del trabajador” (art 49.1.k ET) y las “causas objetivas legalmente procedentes”(art. 49.1.1). Y así se desprendía también de la enérgica garantía jurisdiccional establecida para la autorización del despido colectivo en el art.124 de la Ley de Procedimiento Laboral; de acuerdo con ese precepto, que no tenía parangón en otras modalidades del despido, el juez estaba obligado a declarar, “de oficio o a instancia de parte”, la nulidad de los despidos acordados por un empleador o empresario “si no hubiese obtenido la previa autorización administrativa”.

3.4.6. Declaración de improcedencia del procedimiento

Si del examen de la solicitud completa, y cumplido, en su caso, el trámite de subsanación, se podía deducir que la solicitud no reunía los requisitos establecidos en el art. 51.1 ET, la autoridad laboral declaraba su improcedencia.

Contra las resoluciones que declaraban la improcedencia de la solicitud de despido colectivo podía interponerse recurso ordinario ante el superior jerárquico del órgano que las dictó, versando éste exclusivamente sobre la inadmisión o no del procedimiento seguido.

3.4.7. Ejecutividad de la resolución administrativa

Las resoluciones administrativas expresas recaídas en el procedimiento de regulación de empleo se presumían válidas y producían efectos desde la fecha en que se dictaban salvo que en ellas se dispusiera lo contrario.

Finalizando el plazo de resolución, sin haber recaído resolución expresa, la ejecutividad de la misma quedaba diferida al cumplimiento de lo establecido en el art. 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Es importante tener en cuenta que aun cuando las resoluciones administrativas que ponían término a los expedientes de regulación de empleo gozaban de ejecutividad inmediata, eso no quería decir que se extinguieran por sí mismas las relaciones laborales a que afectaban. Para que ello sucediera había de existir una posterior decisión del empresario que, amparada en ellas, pusiera en práctica o hiciera efectiva la extinción. Por tanto, la autorización administrativa no determinaba de manera automática el cese, sino que sólo facultaba a la empresa para despedir, de forma que la proyección práctica de la

ejecutividad del acto de autorización dependía, en última instancia, de que la empresa hiciera uso de la autorización⁴³.

3.4.8. Recursos

Contra las resoluciones de los procedimientos administrativos de regulación de empleo podía interponerse por los interesados recurso ordinario, en el plazo de un mes, ante el órgano superior jerárquico del que las dictó.

En la tramitación del procedimiento del recurso se estaba a lo dispuesto en la Sección 2ª del Capítulo II del Título VII de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Publica y del Procedimiento Administrativo Común.

Las resoluciones de los recursos administrativos serían susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

3.4.9. Comunicación a los trabajadores afectados

Es importante tener en cuenta que cuando se producía el despido de un trabajador, en virtud de la autorización administrativa que aprobaba el despido colectivo, no era necesario que el empresario entregara al trabajador una comunicación escrita expresando las causas del despido.

Así lo precisó el TS en Sentencias⁴⁴ de 20 de octubre de 2005 y 30 de junio de 2006, en las que se manifestaba: “El despido objetivo se lleva a cabo por decisión unilateral y exclusiva del empresario, sin que exista ningún control previo a ese acto extintivo sobre las concurrencias de las causas en que tal empresario basa ese despido; el control de la existencia o no de esas causas justificativas del mismo se lleva a cabo, después de que éste ha tenido lugar, mediante el proceso judicial iniciado por virtud de la demanda presentada por el

⁴³ Sentencia del TS de 8 de marzo de 1999 (Recurso 617/1998).

⁴⁴ Sentencia del TS de 10 de octubre de 2005 (Recurso 4153/2004), y 30 de junio de 2006 (Recurso 636/2005).

trabajador cesado impugnando ese despido objetivo”; de ahí, que, para hacer posible la adecuada y correcta defensa jurídica de la pretensión impugnatoria del trabajador en ese proceso judicial, la ley viniera imponiendo como obligación esencial para la validez del despido objetivo que el empresario comunicara por escrito ese despido con expresión de sus causas. Pero la situación que se venía produciendo en los despidos colectivos es totalmente diferente de la que se acaba de señalar. La decisión del empresario de cesar a cada trabajador a consecuencia de un despido colectivo no se llevaba a cabo sino después de haberse realizado y cumplido un conjunto de trámites en los que se había debatido y negociado, o se había estudiado con el adecuado detenimiento la concurrencia o no de la causa justificativa de la extinción de los contratos; y también después, o bien de haber llegado a un acuerdo con los representantes de los trabajadores, en el que se aceptaba la existencia de esas causas, acuerdo que ponía fin al periodo de consultas y que exigía que fuera corroborado por la correspondiente resolución de la autoridad laboral, o bien, si tal acuerdo no se había logrado, después de que dicha autoridad estimara que concurrían las causas citadas y, en consecuencia, lo declarara así en la resolución que pusiera fin al expediente de regulación de empleo y en ella autorizara la extinción de los correspondientes contratos de trabajo. Todo esto pone de relieve que las causas generadoras del despido colectivo habían tenido que ser objeto de análisis, examen y tratamiento, y habían tenido que ser consideradas existentes y recogidas en los acuerdos con los representantes de los trabajadores y/o en las resoluciones de la autoridad laboral a que se ha hecho mención, y todo ello antes de que las decisiones extintivas del empresario hubieran tenido lugar.

Por ello, al tener que estar las causas expresadas y consignadas en la resolución administrativa, bastaba con que el trabajador afectado conociera esa resolución, para tener conocimiento, sin que fuera, por tanto, necesario que la empresa entregara al trabajador un escrito en el que se recogieran las causas del despido. Y así, el art. 51 ET, que regulaba con detalle todos los trámites que se debían cumplir en este tipo de despidos, no exigía que el empresario entregara al trabajador una comunicación escrita expresiva de las causas del despido, como, en cambio, si exigía el art. 53.1.a) ET para el despido objetivo.

Por consiguiente, en los despidos colectivos no era necesario que el empresario entregara al trabajador un escrito en el que se reflejaran las causas del despido; bastaba simplemente con que el trabajador afectado conociera la resolución administrativa que lo autorizaba.

3. 4.10. Nulidad de la resolución administrativa que autorizaba el ERE

La decisión contencioso-administrativa declarando la nulidad de la resolución administrativa legitimaba a todos los trabajadores que estaban incluidos en aquella autorización extintiva para solicitar el reingreso en la empresa y para demandar por despido⁴⁵.

Así pues, el trabajador que no accionó la vía contencioso-administrativa frente a la resolución del ERE que extinguió su contrato de trabajo con la empresa, tenía acción viva y derecho a accionar por despido contra la empresa cuando se anulaba la resolución que aprobó el ERE y la empresa se negaba a su reincorporación⁴⁶.

3.5 El papel de los representantes de los trabajadores

En nuestro entorno legal, los representantes de los trabajadores en los procesos de reducción de plantilla vía despido objetivo, o a través del procedimiento de despidos colectivo tienen un papel fundamental. A este respecto se pueden distinguir los siguientes ámbitos de actuación:

- Ámbito de información.

- Ámbito de participación /negociación.

⁴⁵ Sentencia del TS de 10 de octubre de 2006 (Recurso 5379/2005).

⁴⁶ Sentencia del TS 31 de mayo de 2006 (Recurso 3165/2005).

3.5.1. Ámbito de información

Dado que hemos analizado las dos formas de extinción contractual, se procede a continuación a determinar cuáles eran las obligaciones de información a los representantes de los trabajadores en dichos ámbitos.

A) Despidos Objetivos

En principio, no se venía exigiendo ninguna obligación de información, salvo:

- Que existiera alguna obligación derivada del convenio colectivo de aplicación, que impusiera alguna actuación de información por parte de la representación de los trabajadores.
- Que el proceso de despido objetivo pudiera considerarse que entraba dentro de las actuaciones que la representación de los trabajadores podía llevar a cabo.

B) Despidos Colectivos

El ámbito de información en este tipo de procedimientos quedaba subsumido por el general derecho de participación/negociación impuesto por la normativa laboral, que examinamos a continuación.

3.5.2. Ámbito de participación/negociación

Podemos destacar dos ámbitos de actuación diferenciados:

- Por imperativo legal.
- Por imperativo convencional.

A) Imperativo legal

a) Despidos Objetivos

Para este tipo de procedimientos sirva lo dicho anteriormente en relación con el ámbito de información.

b) Despidos Colectivos

La normativa de aplicación venía imponiendo la obligación de negociar (“periodo de consultas”) sobre *“las causas motivadoras del expediente y la posibilidades de evitar o reducir sus efectos, aportando para ello cuantas soluciones proceden para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados y posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”*.

De lo que se desprende el desarrollo de un proceso negocial en el que se discute sobre la existencia de las causas, y el Plan de Viabilidad y el de Acompañamiento Social.

B) Imperativo convencional

Fruto del espíritu de la reforma laboral de 1994 –la potenciación de la negociación colectiva y el enriquecimiento de su contenido–, nos encontrábamos con que en los últimos tiempos se había venido ampliando el espacio de participación de los representantes de los trabajadores en materia de determinación de las causas objetivas o colectivas de la extinción de la relación laboral.

Con carácter previo procede señalar que ni era, ni es posible en la actualidad, por vía de negociación colectiva ampliar el elenco de causas establecidas en la ley.

Sin embargo si era posible, y la practica convencional lo estaba llevando a cabo:

- La determinación, en el seno de la negociación colectiva, de cuándo se podía considerar que existían las causas legales.
- El establecimiento de criterios que permitían determinar si las medidas extintivas podían o no contribuir a superar la situación económica negativa o a garantizar la viabilidad futura de la empresa o del empleo.
- Desarrollar cuestiones de procedimiento, a título de ejemplo, la ampliación de plazos legales del periodo de consultas en los despidos colectivos, o bien exigir un periodo de negociación en el supuesto de despidos objetivos.
- El establecimiento de mecanismos de solución extrajudicial de conflictos en la materia.
- Imponer a la empresa la adopción de otro tipo de medidas alternativas a las puramente extintivas con anterioridad a la ejecución de estas últimas.

Otros ámbitos de participación de la negociación colectiva al respecto era aquellos en los que se asumía, por parte de la empresa, la renuncia, durante la vigencia del convenio colectivo, a la adopción de medidas de despidos objetivos o despidos colectivos, y en numerosas ocasiones vinculados a la aceptación de la introducción, en el articulado del convenio colectivo, de medidas de racionalización, desde el punto de vista empresarial, de la regulación de condiciones de trabajo básicas: p. ej., nuevos sistemas de clasificación profesional, modificación de estructuras retributivas, compra de derechos, etc.

3.6. Plan de Viabilidad y Plan de Acompañamiento a los ERES

En nuestra legislación se venía exigiendo que en empresas de más de cincuenta trabajadores, junto a la documentación iniciadora del expediente de

despidos colectivos, se acompañase un plan en el que se contemplaran de acuerdo con el art. 51 ET, “Medidas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial” (Plan de Viabilidad)”.

Sin embargo, nos encontramos con que el RD 43/1996, y en supuestos de causas técnicas, organizativas y productivas, y sin hacer referencia al número de trabajadores de la empresa, exigía “*los planes, proyectos e informes técnicos justificativos de la causa o causas alegadas como motivadoras del despido, medidas a adoptar y sus expectativas de repercusión en cuanto a la viabilidad futura de la empresa*”, por lo que, indirectamente, también se estaba exigiendo un Plan de Viabilidad en los supuestos de empresas de menos de cincuenta trabajadores.

Además, también se establecía en el artículo 6.1.c del RD 43/1996, que las empresas de más de 50 trabajadores debían confeccionar un Plan de Acompañamiento Social, en el cual se reflejaran las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido.

El Plan Social no podía ser desarrollado con independencia del diagnóstico y conjunto de actuaciones establecido en el Plan de Viabilidad, ya que este era complemento del mismo y estaba fuertemente influenciado por las disponibilidades financieras de la empresa. A continuación pasamos analizar detenidamente cada uno de estos planes.

3.6.1. Plan de Viabilidad

Sintéticamente, el Plan de Viabilidad consistía en un estudio realizado por expertos externos, o bien por la propia empresa, en el que se establecía un diagnóstico de la situación de la empresa, y un conjunto de medidas en los aspectos industriales, económicos, comerciales y organizativos.

A continuación se expone un ejemplo de cómo podía ser la estructura y el contenido de un Plan de Viabilidad.

A) Introducción

En esta parte se realizaba una breve descripción de la empresa y se establecía el objetivo del informe.

1. **Descripción de la empresa**, en la que se abordaba la concreción de los siguientes extremos:

- Breve descripción de la actividad.
- Datos sobre su constitución.
- Evolución del capital social.
- Modificaciones significativas en el accionariado en los últimos años.
- Estructura del accionariado actual.
- Enumeración de los centros de producción.

2. **Objetivos del informe**, donde se hacía referencia a los siguientes propósitos:

- Análisis de la situación actual de la empresa y de sus causas.
- Análisis de las alternativas de viabilidad.
- Propuesta de medidas concretas.

3. **Metodología utilizada** (básicamente, la descripción de las fuentes de información utilizadas):

- Entrevistas con responsables de la empresa.
- Documentación de la empresa.
- Estudios de mercado y sectoriales.

4. **Estructura del informe**. A modo de ejemplo, podía desarrollarse de la siguiente forma:

- Análisis de la actividad.
- Análisis de mercado.
- Análisis económico-financiero.
- Análisis de producción.

a) Análisis de la actividad

Se trataba de una breve descripción del proceso productivo y ventas, por lo que podía incluirse información sobre:

- Materias primas utilizadas.
- Principales características del proceso productivo.
- Productos elaborados (descripción de los distintos productos, mercados a los que se destina, principales canales de distribución, etc.).

b) Análisis de Mercado

Este análisis se realizaba desde la perspectiva del mercado nacional, y debía comprender como mínimo:

1. Análisis de la oferta:

- Capacidad instalada y grado de utilización.
- Principales barreras de entrada a nuevos productos.
- Grado de participación de productores extranjeros en la oferta nacional.

2. Análisis de la demanda

- Consumo nacional.
- Principales características de los clientes.

3. *Situación de mercado:*

- Excedentario/Deficitario.
- Evolución de los precios.
- Cuotas de mercado.
- Perspectivas.

Desde la perspectiva del mercado internacional, se habrían de abordar los siguientes aspectos:

- Capacidad instalada.
- Consumo internacional.
- Características de la demanda.
- Evolución de los precios.
- Perspectivas.
- Presencia de la empresa en el mercado exterior (volúmenes, precios, perspectivas, etc.).

Otro bloque de análisis era el relativo a las medidas comerciales, que debían de hacer referencia tanto a las medidas ya adoptadas por la empresa, como a las recomendadas de redefinición de la política comercial en los siguientes ámbitos de actuación: segmentación de los clientes; elección de mercados; política de precios; política de marketing; canales de distribución; calidad: servicio post-venta; política de comisiones y gastos; etc.

c) Análisis Económico-Financiero

En esta parte se venía haciendo hincapié en el análisis de las partidas más importantes del balance y de la cuenta de pérdidas y ganancias:

1. **Balance:** Inmovilizado material y financiero; circulante, recursos propios, endeudamiento.

2. Cuenta de pérdidas y ganancias, con especial énfasis en:

- Gastos financieros.
- Análisis de los márgenes y de los distintos componentes del coste.

Ello conducía a poder establecer:

- La situación actual.
- Previsible evolución de los parámetros económicos sin el efecto de las medidas a adoptar.
- Medidas que se proponen.
- Previsibles efectos de la ejecución de las medidas.

d) Análisis de la producción

Este análisis debía centrarse en:

- Análisis del proceso productivo.
- Utilización eficiente de la maquinaria (nivel tecnológico, flexibilidad, capacidad de producción).
- Política de almacenamiento.

El estudio de estos aspectos conduciría a establecer el conjunto de medidas que se recomendaban, pudiendo incidir en: redefinición de productos a fabricar; plan de inversiones; mejora en la utilización del equipo productivo; mejoras de productividad; redimensionamiento de plantilla, etc.

B) Análisis Organizativo

En este ámbito, los aspectos esenciales a analizar eran:

- Organigrama de la plantilla.

- Sistemas de Control y Gestión.
- Procesos administrativos.
- Nivel de formación.

El estudio de estos aspectos permitía establecer un conjunto de medidas que podían incidir en: redefinición de productos a fabricar; plan de inversiones; mejora en la utilización del equipo productivo; mejoras de productividad; redimensionamiento de plantilla, etc.

C) Conclusiones

El desarrollo del Plan de Viabilidad en los términos descritos, permitía:

- Cuantificar el impacto de las medidas propuestas.
- Establecer su proyección en la cuenta de resultados.
- Establecer su proyección de las masas patrimoniales.

En síntesis, el Plan de Viabilidad permitía diagnosticar claramente la situación en que se encontraba la empresa, y establecer un conjunto de medidas y acciones tendentes a asegurar la viabilidad de la empresa con apoyo en bases objetivas y técnicas.

3.6.2. Plan de Acompañamiento Social

Hasta el año 2005, los planes de acompañamiento social se limitaban a establecer mejoras indemnizatorias con respecto a los umbrales legales. De esta forma, los periodos de consulta se limitaban a revisar los motivos del expediente y las indemnizaciones a pagar.

Pero esta situación cambió radicalmente, a partir del año 2005, año en que los Plan de Acompañamiento Social pasaron a adquirir una gran relevancia, al tiempo que se produjo un endurecimiento por parte de la Administración respecto de los criterios para la aceptación de expedientes.

El Plan de acompañamiento debía presentarse al inicio del periodo de consulta, y no podía limitarse a un contenido teórico, sino que debía formular propuestas concretas que se venían sometiendo a debate a lo largo de la negociación.

Concretamente, el artículo 51.4 del E.T y artículo 6.1.c) RD 43/1996, establecían:

*“En empresas de más de 50 trabajadores, (...deberá acompañarse de un....) **plan de acompañamiento social** que contemple las medidas adoptadas o previstas 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 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 los puestos de trabajo de carácter indefinido o a la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza”.*

Por tanto, lejos de ser un mero trámite, era preciso elaborar de forma meticulosa un Plan de Acompañamiento Social si se aspiraba a que prosperara el expediente. Solamente aquellas empresas que carecían, en absoluto, de recursos podían obviar este requerimiento, debiendo justificar la situación.

En consecuencia, podemos afirmar que los Planes de Acompañamiento Social debían contemplar medidas tendentes a evitar o reducir los despidos, así como medidas dirigidas a paliar los efectos negativos del expediente.

A continuación se expone un ejemplo de Plan de Acompañamiento Social de la empresa “Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones

de España SAU”⁴⁷, por considerarlo de gran interés para una mejor comprensión de la materia.

“PLAN DE ACOMPAÑAMIENTO SOCIAL (Ejemplo)

En la Memoria Explicativa que acompaña el Expediente de Regulación de Empleo quedan expuestas las causas motivadoras que obligan a la Empresa a instar el mismo.

Cabe destacar, entre ellas, la evolución del entorno macroeconómico actual y la dependencia al mismo de las áreas de negocio de TI. En este entorno se intensificará la competencia entre las principales compañías del sector, lo que supondrá una mayor presión competitiva para TSOL.

Así mismo, la convergencia de la informática y las comunicaciones y la difusión de la Banda Ancha están impulsando nuevos modelos de servicios y soluciones cada vez más apalancados en la red y por tanto más industrializados.

Como una de las medidas fundamentales para abordar la situación de la empresa, con un futuro viable que garantice una solución aceptable para todos los que formamos parte de ella, se presenta esta propuesta de Plan Social el cual pretende dar un tratamiento a los problemas actuales de manera globalizada. De este modo, a través de este conjunto de medidas, trataremos de garantizar no sólo la consecución de las mismas, previsto sino una mejor empleabilidad para los trabajadores que continúen en la empresa, con una distribución más racional y equilibrada de las tareas a través de una mejora competencial para hacer frente a los retos que deban afrontarse en este nuevo entorno.

Por todo ello, y con el fin de conseguir la adecuación de la plantilla de Telefónica Soluciones en Madrid a las necesidades reales de la empresa y siendo las causas las descritas en la precitada Memoria Explicativa, se

⁴⁷ “Acta final con acuerdo en periodo de consulta”, en línea, www.ugt.tsoluciones.es/documentos/AcuerdoERE19/11/2008 (fecha de consulta: 5 de octubre de 2015).

articulan los mecanismos que a continuación se relacionan, basados en los principios de voluntariedad, universalidad y no discriminación.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Las medidas que se relacionan a continuación serán de aplicación al conjunto de trabajadores contratados indefinidamente que estén incluidos dentro de la cuenta de cotización de Madrid a la fecha de la firma del presente Acuerdo y que deseen adherirse a alguna de ellas.

2. PRINCIPIOS GENERALES

El Plan es de adscripción voluntaria por parte del trabajador, sin perjuicio de la necesidad de la Empresa de alcanzar las bajas necesarias planteadas. De no ser así, se articularán los mecanismos oportunos por parte de la Dirección con la participación de la Representación de los Trabajadores en el marco de la Comisión de Seguimiento que se recoge en el presente Plan.

Igualmente, la Empresa podrá establecer limitaciones en supuestos justificados en función de las necesidades de ésta, cuando el empleado esté desarrollando trabajos estratégicos para el negocio, en virtud de posibilidades de sustitución o de dificultades de reorganización del área afectada.

La empresa plantea la necesidad de llegar a un objetivo de extinción de hasta 200 contratos de trabajo, que podrán verificarse por cualquiera de las vías descritas en el presente documento.

Las medidas propuestas en el presente ERE se aplicarán desde la fecha de notificación de la resolución administrativa.

Se abrirá un plazo hasta el 15 de Diciembre de 2008 para que los trabajadores de la plantilla comuniquen de manera fehaciente a la Dirección su intención de adscribirse a las medidas extintivas bajo las condiciones económicas pactadas.

3. SALARIO REGULADOR

A efectos de cálculo de la renta bruta mensual que se garantiza e indemnizaciones en su caso, el salario regulador está compuesto por los siguientes conceptos anuales: Salario base, y en su caso, antigüedad, Plus Convenio, Complemento Salarial Personal y Complemento Puesto acreditados en el momento de la baja.

Así mismo, el salario regulador incluirá el 55% de la cantidad percibida en el Programa de Retribución Variable (excluidos los incentivos comerciales) correspondiente al 2007 con un mínimo de 1.000 euros (mil) por este concepto. El salario regulador anual se dividirá entre doce.

4. PROGRAMAS

A) PROGRAMA DE DESVINCULACIÓN INCENTIVADA:

a) Requisitos

Podrán adherirse a este programa de desvinculación de trabajadores que, a 31 de diciembre de 2008, tengan cumplidos los 52 años de edad y no lleguen a los 60. Y que, además, tengan al menos una antigüedad reconocida en la empresa de 12 años,

b) Condiciones Económicas:

La Empresa garantiza la percepción de una renta bruta mensual equivalente al 70% del salario regulador hasta el cumplimiento de los 61 años de edad y en las siguientes condiciones:

- El trabajador se compromete a realizar los trámites necesarios para solicitar la prestación por desempleo. Si el empleado tiene derecho a percibir la prestación por desempleo, y en tanto la perciba, la Empresa abonará la diferencia entre el importe de dicha prestación y el 70% del salario regulador, de tal manera que le permita al trabajador alcanzar una renta bruta mensual equivalente a dicho porcentaje. La Empresa asumirá el importe equivalente al coste de las cotizaciones a la Seguridad Social que hubiera de realizar el empleado durante el periodo de cobro de la prestación por desempleo.

- Resto de tiempo hasta alcanzar la edad de 61 años: La Empresa, una vez agotada la prestación de desempleo, garantiza a los trabajadores la percepción de una renta bruta mensual equivalente al 70% del salario regulador hasta alcanzar la edad de 61 años:
- Al cumplir la edad de 61 años: Desde el mes de cumplimiento de los 61 años y hasta el inmediato anterior a los 65 años, se percibirá una renta mensual equivalente al 34% del salario regulador que el empleado tenía en el momento de causar baja en la Empresa, actualizado con un incremento del 2% anual de dicho salario regulador desde la fecha de la baja hasta los 61 años.
- Convenio Especial con la Seguridad Social. Se reintegrará a los empleados el importe del Convenio Especial con la Seguridad Social, que acrediten haber suscrito una vez agotada la prestación de desempleo y hasta el cumplimiento de los 61 años.
- A partir de los 61 años, aquellos empleados que no reúnan los requisitos legalmente establecidos para acceder a alguna de las modalidades de jubilación legalmente previstas percibirán, además, el 50% del importe del Convenio Especial con la Seguridad Social que acrediten haber suscrito una vez agotada la prestación por desempleo y exclusivamente hasta que se cumplan las condiciones legalmente establecidas para acceder a cualquiera de las modalidades de la jubilación.
- Abono de rentas: el abono de las rentas a percibir entre los 61 y 65 años, podrá adelantarse en forma de renta o capital a partir del cumplimiento de los 61 años.
- Asistencia Sanitaria: A todos los empleados que se acojan a este programa de desvinculación se les ofrecerá la posibilidad de suscribir la póliza sanitaria de Antares en las condiciones que actualmente tienen reconocidas con el pago por parte de la Empresa del 40% de la prima hasta el cumplimiento de los 61 años.

A partir del cumplimiento de los 61 años de edad, la Empresa se compromete a realizar las gestiones oportunas con Antares para favorecer la continuidad de los asegurados en la póliza después de dicha edad.

- El empleado se mantendrá de alta en el Seguro Colectivo de Riesgo, hasta la fecha en que cumpla 61 años, con cuotas a cargo de la Empresa.
- ATAM: Hasta que el empleado cumpla 61 años, Telefónica Soluciones continuará aportando a ATAM las cuotas correspondientes a la empresa cuando el empleado permanezca dado de alta y satisfaciendo su cuota en dicha Asociación.
- A los efectos previstos en los dos apartados anteriores, el salario que se tendrá en cuenta será el último salario fijo anual percibido como empleado en activo.
- Además, la Empresa aportará, por una sola vez, al Plan de Pensiones de Empleados de Telefónica Soluciones la cantidad de 600 euros (seiscientos) en la fecha inmediatamente anterior a la baja de cada uno de los empleados afectados que estén adheridos a dicho Plan.

c) Incompatibilidades:

Los empleados que se acojan a este programa se comprometen a la no realización de cualquier tipo de actividad, ya sea por cuenta propia o ajena, que suponga competencia con las que realizan las empresas del Grupo Telefónica. A estos efectos, se entenderán comprendidas dentro del Grupo Telefónica, aquellas empresas dedicadas a la prestación de Servicios de Telecomunicación, tal como se definen en la Ley General de las Telecomunicaciones y disposiciones de desarrollo.

B) PROGRAMA DE DESVINCULACIÓN ANTICIPADA

a) Requisitos:

Podrán adherirse a este programa de desvinculación los trabajadores que, a 31 de diciembre de 2008, tengan cumplidos los 48 años de edad y no lleguen a los 52, y que, además, tengan al menos una antigüedad reconocida en la empresa de 12 años.

b) Condiciones económicas:

Los trabajadores que vean extinguido su contrato de trabajo mediante este programa, recibirán una renta mensual cuya cuantía se determinará en la forma siguiente:

Se calculará la cantidad que el empleado acumulará en concepto de renta como si causara baja a los 53 años y desde esa edad hasta los 61 años percibiera el 70% del salario regulador y el 34% desde los 61 a los 65 años del salario regulador actualizado en un 2% anual desde la fecha de la baja hasta los 61 años.

La cantidad resultante se percibirá en tantas mensualidades como medien entre el momento de su baja en la empresa y el mes inmediatamente anterior al cumplimiento de los 65 años de edad.

No obstante, el abono de las rentas previstas podrá realizarse a petición del trabajador utilizando otras fórmulas de reparto.

- Convenio Especial con la Seguridad Social: Se reintegrará a los empleados el Importe del Convenio Especial con la Seguridad Social, que acrediten haber suscrito una vez agotada la prestación de desempleo y hasta el cumplimiento de los 61 años.

A partir de los 61 años, aquellos empleados que no reúnan los requisitos legalmente establecidos para acceder a alguna de las modalidades de jubilación legalmente previstas percibirán, además, el 50% del importe del Convenio Especial con la Seguridad Social que acrediten haber suscrito una vez agotado el periodo de desempleo y exclusivamente hasta que se cumplan las condiciones legalmente establecidas para acceder a cualquiera de las modalidades de la jubilación.

- Asistencia Sanitaria: A todos los empleados que se acojan a este programa de desvinculación se les ofrecerá la posibilidad de suscribir la póliza sanitaria de Antares en las condiciones que actualmente tienen reconocidas con el pago por parte de la Empresa del 40% de la prima hasta el cumplimiento de los 61 años de edad.

A partir del cumplimiento de los 61 años de edad, la Empresa se compromete a realizar las gestiones oportunas con Antares para favorecer la continuidad de los asegurados en la póliza después de dicha edad.

- El empleado se mantendrá de alta en el Seguro Colectivo de Riesgo, hasta la fecha en que cumpla 61 años, con cuotas a cargo de la empresa.
- ATAM: Hasta que el empleado cumpla 61 años, Telefónica Soluciones continuará aportando a ATAM las cuotas correspondientes al empleado que permanezca dado de alta en dicha Asociación y satisfaciendo sus cuotas a la misma.
- A los efectos previstos en los dos apartados anteriores, el salario que se tendrá en cuenta será el último salario fijo anual percibido como empleado en activo.
- Igualmente, la Empresa aportará, por una sola vez, al Plan de Pensiones de Empleados de Telefónica Soluciones la cantidad de 600 euros (seiscientos) en la fecha inmediatamente anterior a la baja de cada uno de los empleados afectados que estén adheridos a dicho Plan.

Incompatibilidades:

Los empleados que se acojan a este programa se comprometen a la no realización de cualquier tipo de actividad, ya sea por cuenta propia o ajena, que suponga competencia con las que realizan las empresas del Grupo Telefónica. A estos efectos, se entenderán comprendidas dentro del Grupo Telefónica, aquellas empresas dedicadas a la prestación de Servicios de Telecomunicación, tal como se definen en la Ley General de las Telecomunicaciones y disposiciones de desarrollo.

B) PROGRAMA PARA EMPLEADOS SUSCEPTIBLES DE ACOGERSE A LA JUBILACIÓN

a) Requisitos:

Podrán adherirse a este programa los empleados en activo que tengan 60 o más años de edad en la fecha en que causen baja.

b) Condiciones económicas:

Los trabajadores que vean extinguido su contrato de trabajo mediante este programa, recibirán una renta mensual equivalente al 40% de su salario regulador hasta el mes inmediato anterior al cumplimiento de los 65 años.

Convenio Especial con la Seguridad Social: Aquellos empleados que no reúnan los requisitos legalmente establecidos para acceder a alguna de las modalidades de jubilación legalmente previstas percibirán, además, el 50% del importe del Convenio Especial con la Seguridad Social que acrediten haber suscrito una vez agotado el periodo de desempleo y exclusivamente hasta que se cumplan las condiciones legalmente establecidas para acceder a cualquiera de las modalidades de la jubilación.

b) Incompatibilidades:

Los empleados que se acojan a este programa se comprometen a la no realización de cualquier tipo de actividad, ya sea por cuenta propia o ajena, que suponga competencia con las que realizan las Empresas del Grupo Telefónica.

A estos efectos, se entenderán comprendidas dentro del Grupo Telefónica, aquellas Empresas dedicadas a la prestación de Servicios de Telecomunicación, tal como se definen en la Ley General de las Telecomunicaciones y disposiciones de desarrollo.

C) PROGRAMA DE BAJAS INDEMNIZADAS

a) Requisitos:

Podrán adherirse a este programa los trabajadores que, no reuniendo los requisitos para participar en los programas contemplados en los apartados anteriores, tengan reconocida una antigüedad mínima de cuatro años en el momento de la firma del Plan Social.

b) Condiciones económicas:

Los trabajadores que vean extinguido su contrato de trabajo mediante este programa tendrán derecho a percibir las siguientes cantidades:

- Una indemnización de 45 días del salario regulador por año trabajado, prorrateándose los periodos inferiores a un año, y con un máximo de 42 mensualidades.
- A la anterior indemnización, se añadirán 9.000 euros (nueve mil euros).
- Se establece una garantía de percepción mínima obtenida del resultado de la suma de ambas cantidades de una anualidad del salario regulador en todos los casos.

El cálculo del salario/día se efectuará dividiendo el salario regulador anual entre 365 días.

El pago de dicha compensación podrá realizarse en dos fracciones iguales; la primera de ellas en el momento de causar baja en la empresa, y la segunda, una vez transcurridos 12 meses desde dicho momento.

D) EI PROGRAMA DE RECOLOCACIÓN

Las personas que soliciten su adhesión al ERE en el programa de bajas indemnizadas, podrán optar a un programa especial de recolocación que les permita la búsqueda de un nuevo empleo. A tal fin la empresa contratará con una consultora de reconocida experiencia dicho servicio y por un periodo de seis meses desde la fecha de extinción del contrato de trabajo. Dicho coste será subvencionado íntegramente por la empresa para aquellos que hagan un aprovechamiento del mismo.

Sólo en aquellos casos en que algún participante se desista unilateralmente del servicio rechazando las propuestas que realice la consultora o no participando en las actividades que le proponga ésta, deberá resarcir a la empresa la cantidad de 800 euros que se descontarán del segundo pago de la indemnización.

5. FORMACIÓN

El Plan de Formación para el 2009, tendrá como objetivo el seguir formando en los conocimientos y capacidades necesarias para el negocio de las Soluciones TIC, de todas las personas que integran nuestra organización, asegurándonos la empleabilidad de los mismos.

Estas acciones formativas irían encaminadas a la obtención y actualización de las certificaciones técnicas más punteras y demandadas en el mercado y por nuestros clientes, al conocimiento de metodologías para la gestión de proyectos y servicios y a la formación en habilidades necesarias para el negocio. Toda esta formación será impartida por proveedores de calidad reconocidos en el sector.

6. PACTO DE GARANTÍAS

La Dirección de la Empresa se compromete a no utilizar medidas unilaterales en materia de reestructuración de empleo, en el caso de que llegaran a producirse situaciones que afecten al volumen de empleo se abrirán los foros de diálogo y negociación con la Representación de los Trabajadores para buscar las mejores soluciones.

7. COMISIÓN DE SEGUIMIENTO

Al objeto de realizar el seguimiento de cuantas cuestiones pudieran plantearse en el desarrollo de este Expediente de Regulación de Empleo se constituirá una Comisión compuesta por un número máximo de tres representantes designados por la Representación de los Trabajadores firmantes del Plan Social y otros tantos por la Dirección de la Empresa.

Entre otras cuestiones, dicha Comisión analizará aquellas peticiones de empleados que no cumpliendo alguno de los requisitos establecidos en el presente Plan deseen adherirse al mismo, proponiendo las medias necesarias que permitan dar una respuesta satisfactoria o cualesquiera otros aspectos que se planteen durante la vigencia del expediente y que permitan una adecuada resolución de los mismos”.

De este ejemplo podemos concluir, que el éxito de un expediente de regulación de empleo (ERE) depende en gran medida de que las partes implicadas en su negociación consigan diseñar una salida de la empresa que resulte atractiva para los trabajadores afectados. Esto no sólo repercute en las condiciones laborales de estos profesionales, sino que actúa como una herramienta de marketing interno dentro de la organización, al tiempo que fortalece la marca que la firma proyecta en la sociedad.

«El debate sobre los ERE en empresas de más de 50 trabajadores no se centra actualmente en las causas que justifican su aprobación, sino en la definición de las medidas que conforman su plan social». El objetivo por tanto de estos programas de acompañamiento es atenuar las consecuencias del despido colectivo, aunque sólo es obligatorio para las empresas de más de 50 empleados y «la ley no fija los contenidos mínimos que debe incluir». Así, dependiendo de los casos y de las distintas situaciones, estos planes pueden variar considerablemente.

4. EL ERE COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN EMPRESARIAL EN ALZA TRAS LA CRISIS ECONOMICA ACTUAL

El Expediente de regulación de empleo es, a efectos del tema que nos ocupa, como hemos visto en los apartados anteriores, la vía formal establecida por el legislador para articular el despido colectivo en nuestro ordenamiento jurídico.

El expediente de regulación de empleo, se ha convertido en estos últimos años marcados por la crisis económica en un instrumento de gestión empresarial en alza, dada por la importancia que se le ha dado en las últimas reformas legislativas.

En cualquier caso el Expediente de regulación de empleo (ERE) era ya antes de la crisis como acabamos de ver una figura jurídica pendiente de revisión, en cuanto tratándose de una materia claramente laboral su regulación y control no

se encontraba atribuido al orden social, lo que provocaba una injerencia del orden contencioso y del orden mercantil en materias laborales tan sensibles como son la suspensión, modificación y extinción de los contratos de trabajo.

La intervención de otros órdenes jurisdiccionales, ha hecho necesaria una delimitación legal y jurisprudencial de las competencias; antes de pasar al desarrollo del capítulo siguiente, en el cual realizaremos, análisis exhaustivo de lo ocurrido tras la polémica reforma del año 2012, realizaremos una breve mención sobre normativa de gran relevancia en el tema que nos ocupa.

La Ley Concursal 22/2003

Como hemos visto a lo largo del presente capítulo, a través del Expediente de Regulación de Empleo pueden adoptarse medidas de distinto calado sobre los contratos de trabajo afectados incluida la extinción misma del vínculo contractual. Como ya hemos apuntado, el expediente de regulación de empleo es por lo tanto a efectos del tema que nos ocupa, la vía formal establecida por el legislador para articular el despido colectivo en nuestro ordenamiento jurídico y este elemento es el punto de partida de la definición legal del art. 51.1 ET.

El núcleo del régimen jurídico del Despido Colectivo, lo podemos encontrar pues en el art. 51 ET. La norma estatutaria se complementaba con el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprobaba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

Paralelamente a la normativa estatutaria el art. 8.2 de la Ley 22/2003, de 9 julio, reguladora del Concurso, atribuye competencias en la extinción colectiva de los contratos de trabajo al Juez de lo Mercantil cuando el empleador hubiera sido declarado en esta situación. El precepto citado viene atribuyendo al Juez Mercantil competencias en materia de modificación, suspensión y extinción colectiva de contratos de trabajo cuyo alcance y ejercicio se regula en los arts. 64 y 65 de la citada Ley Concursal.

El art. 64 además, atribuye competencias sobre las acciones de extinción colectivas con causa en el apdo. b) del art. 50,1 ET que se ejercitaran durante el concurso. Los límites del alcance y efectos de esta competencia eran ampliamente discutidos, pero la fórmula introducida por el legislador venía constituyendo una vía para abordar uno de los principales problemas asociados a los despidos colectivos, la dispersión de competencias judiciales.

Se podían distinguir por tanto dos sistemas de control de los despidos colectivos:

1. El despido colectivo estatutario. En el que de acuerdo con las formalidades del art. 51 ET correspondía a la Autoridad Laboral conceder la autorización administrativa que legitimaba la decisión extintiva del empresario, que es quien realmente producía finalmente la relación laboral (STS, Sala 3ª, de 27 noviembre 2002, dictada en el recurso 2692/1998).
2. El despido Colectivo Concursal: En el que es el Juez de lo mercantil el que acordaba la extinción colectiva, mediante Auto cuyo alcance y contenido regulan el art. 64,7 y 8 LC. Y por lo tanto quien efectuaba el control de legalidad, siendo su resolución susceptible de recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ correspondiente. Por lo que aunque venía interviniendo el Orden Mercantil, es el Orden Social quien efectuaba el control posterior.

Real Decreto 801/2011, de 10 de Junio, por el que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos.

Con fecha 14 de junio de 2011 se produjo la publicación en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 801/2011 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, que entra en vigor, con carácter general, el 15

de junio de 2011. Los objetivos que se pretendía conseguir con este Real Decreto, son los siguientes:

- Reforzar la extinción colectiva de contratos, amparada en causas objetivas, canalizada a través del procedimiento legal del expediente de regulación de empleo.
- Proporcionar mayor certeza a los sujetos implicados en este tipo de procedimientos, aportando una regulación más detallada de los aspectos procedimentales.
- Agilizar la tramitación administrativa del procedimiento de regulación de empleo.
- Potenciar la figura del Plan de acompañamiento social, para que éste constituya un elemento esencial para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores afectados.
- Introducir modificaciones en la regulación de la suspensión colectiva de contratos y de la reducción temporal de jornada, como instrumento alternativo de ajuste temporal de empleo ante coyunturas económicas adversas.

Como aspectos fundamentales que incorpora el Real Decreto destacamos:

1.- El Real Decreto introduce, en su artículo 1, precisiones sobre el modo en que habrá de computarse la plantilla a los efectos de los umbrales que dan lugar a la tramitación de un ERE (recogidos en el art. 51 ET y en el propio Real Decreto). Así, se computarán todos los trabajadores que presten servicios en la empresa, cualquiera que sea su modalidad contractual, el día en el que se inicie el procedimiento.

2.- Del mismo modo, se incluye la definición de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, en idénticos términos a los del artículo 51 ET.

3.- En materia de atribución competencial, el Real Decreto ofrece la siguiente regulación, se da nueva redacción a la competencia autonómica para conocer del expediente, precisando que recaerá en dicha Autoridad Laboral cuando el expediente afecte a trabajadores que desarrollen su actividad o se hallen adscritos a centros de trabajo ubicados en el territorio de una sola Comunidad Autónoma.

Por su parte, la Dirección General de Trabajo del Ministerio del Trabajo e Inmigración será competente cuando los trabajadores afectados desarrollen su actividad o estén adscritos a dos o más Comunidades Autónomas. Adicionalmente, se establecen reglas específicas cuando el expediente afecte a empresas o centros de trabajo relacionados con créditos extraordinarios o avales acordados por el Gobierno, empresas pertenecientes al Patrimonio del Estado, las que tengan la condición de sociedades mercantiles estatales y las relacionadas con la Defensa Nacional u otras cuya producción fuera declarada de importancia estratégica nacional mediante norma con rango de Ley. En tales casos es competente la Dirección General de Trabajo del Ministerio del Trabajo e Inmigración, salvo que afecte únicamente al ámbito de una provincia, supuesto en el cual podrá ser competente la Delegación del Gobierno o, en su caso, la Subdelegación del Gobierno en la provincia. Sin perjuicio de lo anterior, incluso cuando se circunscriba a una provincia, si afecta a más de doscientos trabajadores, o tiene especial trascendencia social la Dirección General de Trabajo podrá avocar su competencia.

Por último, será competente la Delegación del Gobierno de las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla cuando afecte exclusivamente a centros en dichas ciudades. En este caso, como en el precedente, cuando afecte a más de doscientos trabajadores, o tenga especial trascendencia social, la Dirección General de Trabajo del Ministerio del Trabajo e Inmigración podrá avocar su competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando el ERE afecte a trabajadores que desarrollen su actividad o se encuentren adscritos a centros de trabajo en dos o más Comunidades Autónomas, pero el 85%, como mínimo, de plantilla

radique en una Comunidad Autónoma y existan trabajadores afectados en la misma, corresponderá a la Autoridad Laboral competente de esa Comunidad Autónoma la ordenación e instrucción del procedimiento hasta el momento de resolver, en que formulará una propuesta de resolución a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Por último, se prevé que, cuando el expediente de regulación de empleo afecte a varios centros de trabajo, deberá justificarse la vinculación entre las causas y las medidas que se adopten en todos los centros afectados.

4.- Se introducen varias modificaciones en relación con la legitimación para intervenir en los procedimientos de regulación de empleo:

Por un lado se prevé la intervención preferente del Comité Intercentros, o el órgano creado por la negociación colectiva que tenga atribuida tal función, cuando la empresa tenga varios centros afectados por el expediente.

Se precisa que, en los casos de ausencia de representación en la empresa (con carácter anterior, en el/los centro/s afectados) los trabajadores podrán atribuir su representación según lo dispuesto en el artículo 41.4 ET, es decir, A una comisión de un máximo de tres miembros elegidos democráticamente, integrada por trabajadores de la propia empresa (o por los representantes legales de otro centro de la empresa).

O a una comisión de tres miembros, como máximo, designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En el caso de que se produzca tal designación, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviere integrado (pudiendo ser más representativas a nivel autonómico), independientemente de que las mismas tengan carácter sectorial o intersectorial.

Ley 36/2011 de 10 de Octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

Con la nueva Ley de la Jurisdicción Social, se habría de impugnar las resoluciones administrativas que autorizan los EREs a través del procedimiento del artículo 151 de la LJS, con los criterios del procedimiento ordinario, pero con determinadas complicaciones. En lo referente a las resoluciones impugnables, se comprenden todas, comprendiendo los EREs de extinción, de suspensión y de reducción de jornada.

Con relación a la competencia territorial de los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción Social, se reiteraron los criterios establecidos en la nueva LJS.

En la conformación de la demanda resalta la importancia de identificar correctamente el acto impugnado, su autoridad emisora y los motivos de impugnación. Indica que la impugnación de los EREs ha de hacerse en un solo Juzgado y en un solo pleito, con la consiguiente obligación de acumulación de todas las demandas. Y cuando las pretensiones tengan el mismo objeto, tendrían que conocerse en el mismo procedimiento.

La legitimación en estos procedimientos corresponde a todos los interesados individualmente (trabajadores afectados y empresa) y colectivos (sindicatos y órganos unitarios de representación de los trabajadores), a la autoridad emisora, a los causahabientes, a los Sindicatos más representativos, a los Sindicatos representativos en el ámbito de la empresa y a las Asociaciones Empresariales más representativas. El problema estribaría en el emplazamiento que correspondería al órgano judicial.

En cuanto a la sentencia, puede ser de inadmisión, de desestimación, o declarativa de la conformidad a derecho de la resolución impugnada. Ahora bien, se cuestiona si ante la existencia de un acuerdo en el período de consultas ha de presumirse la concurrencia de la causa, tal y como sucede en los supuestos de descuelgue salarial y de modificación sustancial de condiciones de trabajo fijadas en convenio colectivo, y considera que no, aunque la resolución administrativa tiene un plus de legalidad. En definitiva,

tiene que existir causa y no puede presumirse. Por tanto, existe un límite del control judicial, y es el de primar las medidas de flexibilidad interna frente a la externa.

5. RECORRIDO JURISPRUDENCIAL

Para terminar con la exposición de este capítulo y para una mejor comprensión de la materia objeto de estudio, vamos a realizar un breve recorrido jurisprudencial sobre los aspectos de mayor relevancia, que nos permitirán una mejor comprensión del contenido de la nueva regulación en la materia tras la reforma laboral llevada a efecto por el Decreto-Ley 3/2012, que trataremos a lo largo del capítulo siguiente.

A) DESPIDOS OBJETIVOS:

- Sentencia del TS de 16 de enero de 2009. Extinción del contrato por causas objetivas. Falta de contradicción. Recurso 4165/2007 ponente: Gonzalo Moliner Tamborero.

“Los requisitos que haya que de expresar la comunicación escrita del trabajador y la expresión de la causa indudablemente han de ser los mismos que se exigen para el despido disciplinario, debiéndose entender que la expresión causa es equivalente a hechos”.

- Sentencia del TS de 6 de octubre de 2010. Despido objetivo por causas económicas. Falta de liquidez para poner a disposición la indemnización correspondiente. Recurso 3781/2009 ponente: Fernando Salinas Molina.

“Despido por circunstancias económica en cuya comunicación escrita se hacía referencia expresa a la falta de liquidez para no poner a disposición del trabajador despedido la indemnización correspondiente. Falta de contenido casacional: la discrepancia radica en el valor probatorio que se ha dado a determinados documentos para probar la falta de liquidez”.

- Sentencia del TS de 10 de noviembre de 2011. Extinción del contrato por causas objetivas. Carta de despido. Causa. Despido Nulo- Recurso 394/2011 ponente: Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

“En la carta del despido debe constar las causas motivadores del despido, las concretas dificultades o situaciones económicas negativas. El incumplimiento conlleva la declaración de nulidad del despido” (extinción anterior a la ley 35/2010).

- Sentencia del TS de 8 de noviembre de 2011. Extinción del contrato por causas objetivas. Comunicación a los representantes de los trabajadores Despido Nulo. Recurso 364/2011 ponente: José Luis Gilolmo López.

“La extinción del contrato basado en la necesidad de amortizar un puesto de trabajo, según lo establecido en el artículo 52.c del ET requiere, entre otros, el requisito formal de comunicar dicha extinción a los representantes de los trabajadores en la empresa, es decir, la comunicación ha de ser con entrega de copia de la carta del despido”.

- Sentencia del TS de 23 de abril de 2012. Despido objetivo: Fraude de ley. Proximidad de diferentes despidos posteriores que indican el fin de evitar el trámite de despido colectivo. Despido Nulo. Recurso 2724/2011 ponente: José Manuel López García de la Serrana.

“Cómputo del periodo de 90 días para delimitar el número de despidos objetivos que han de ser calificados como despido colectivo. El cómputo ha de ser en periodos sucesivos de 90 días, sin que quepa un cómputo variable. Debe delimitarse el día inicial y el día final del periodo. El día del despido es el día final del plazo o del primer periodo de 90 días, y es el día inicial para el cómputo del periodo de los 90 días siguientes”.

B) DESPIDOS COLECTIVOS:

- Sentencia del TS de 9 de Octubre de 2007. Expediente de Regulación de Empleo. Nulidad declarada judicialmente. Recurso 2908/2006. Ponente: Milagros Calvo Ibarlucea.

“El trabajador que no accionó en la vía Contencioso- Administrativa frente a la resolución del ERE que extinguió su contrato de trabajo con la empresa, tiene viva y derecho a accionar por despido contra la empresa cuando se anule la resolución que aprobó el ERE”. En el mismo sentido se manifiesta la STS de 24 de septiembre de 2007.

- Sentencia del TS de 26 de septiembre de 2008. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Falta de contradicción. Despido improcedente. Recurso 3672/2006. Ponente Juan Francisco García Sánchez.

“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, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción”. En el mismo sentido, las STS de 29 de febrero y 22 de enero de 2008”.

- Sentencia del TS de 9 de octubre de 2009. Despido autorizado por ERE por fuerza mayor, autorización anulada por sentencia contenciosa. Recurso 3255/2008. Ponente Aurelio Desdentado Bonete.

“El despido acordado por el empresario, como consecuencia de la autorización administrativa del artículo 51 del ET, extingue el contrato de trabajo, pero esa extinción está condicionada por la eventual impugnación del acto administrativo de autorización. Si ese acto administrativo, que es ejecutivo desde que se dicta, adquiere firmeza la decisión extintiva empresarial se consolida. Pero si por el contrario el acto es impugnado y se revoca, los efectos de esa anulación se proyectan de forma automática sobre el contrato de trabajo extinguido, de forma que los efectos del cese autorizado desaparecen y el trabajador debe ser readmitido y, si no lo es, está legitimado, para pedir el reingreso en al empresa y para demandar por despido al empleador ante la falta de readmisión”.

- Sentencia del TS de 15 de julio de 2010. Despido colectivo. Prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores de los miembros de comités de empresa. Recurso 3686/2009. Ponente Antonio Martín Valverde.

“Interpretación y aplicación de la garantía de prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores establecida a favor de los miembros de de comités de empresa y delegados de personal en los supuestos de extinción por causas tecnológicas o económicas, con una formulación equivalente para el despido colectivo y para el despido objetivo”.

- Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, Sentencia de 23 Marzo. 2011. Expediente de Regulación de Empleo contrario a derecho. Recurso 514/2010. Ponente Margarita Tarabini-Castellani Aznar.

“Procede declarar contraria a derecho la conducta de la compañía aérea de extinguir, vía artículo 56.2 del ET, los contratos de los pilotos excedentes, al tiempo en que se tramitaba y negociaba el Expediente de Regulación de Empleo. De esta manera, a los pilotos excedentes se les ha otorgado un trato privilegiado respecto de sus indemnizaciones cuando, además, su vínculo con la empleadora se hallaba atenuado. La normativa legal aplicable establece que los contratos de trabajo que se produzcan en el tiempo legal establecido computarán como despido colectivo, por lo que la extinción de los contratos de trabajo de los pilotos excedentes durante la tramitación del ERE solo era posible con su inclusión en el listado de trabajadores afectados, si su reincorporación no era posible por causa de la tramitación del expediente. Los despidos causales en el período de referencia previsto en el artículo 56.2 ET se han de articular a través del proceso de despido colectivo, bajo el riesgo de vaciar de contenido el art. 51.1 ET y convertir en inútiles sus reglas de cómputo. No conducirse de esta forma implica dejar a la voluntad de las partes la inclusión de los trabajadores en el ERE o, lo que es lo mismo, convertir en disponible una norma que no puede sino interpretarse como derecho imperativo”.

SEGUNDA PARTE

**EL DESPIDO POR CAUSAS TÉCNICAS, ECONÓMICAS, ORGANIZATIVAS
Y DE PRODUCCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO Y EN EL SECTOR PÚBLICO
TRAS LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA
REFORMA DEL MERCADO LABORAL**

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DESPIDO EN EL SECTOR PRIVADO

1. MECIÓN AL DECRETO- LEY 10/2010

Adelantadas las motivaciones del Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en su exposición de motivos, se da una nueva redacción a las causas del despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que establece el ET. La justificación descansa en que la experiencia obtenida en los últimos años había puesto de manifiesto algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52 c) del ET, al desplazar muchas extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente (el denominado despido “exprés”). Es decir, el desplazamiento de muchas de las extinciones de contratos indefinidos basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente. La nueva redacción de estas causas de extinción busca proporcionar una mayor certeza tanto a trabajadores y a empresarios como a los órganos jurisdiccionales en su tarea de control judicial.

Entre los aspectos más destacados de esta norma cabe señalar:

a) La caracterización de los despidos objetivos, se encuentra recogida en el art. 51.1 del ET, en materia de despido colectivo, mientras que el artículo 52 c) del ET remite, en el supuesto de despido objetivo individual, a las causas que contempla el artículo 51.1 del ET y no afecte a un número inferior del establecido en el mismo.

Por tanto, es el artículo 51.1 apartado 1º del ET, el que tras su modificación, explica qué se debe entender por causa económica. A saber: cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica

negativa, existencia de pérdidas actuales o previstas, o disminución persistente de su nivel de ingresos. Se da, por tanto, un cambio de signo flexibilizador al precepto, por contraste con el sentir mayoritario previo a la reforma, de identificación de la causa económica con pérdidas significativas, aunque se exige a menudo el carácter sostenido en el tiempo de las mismas⁴⁸.

También parece desprenderse, en lo referente a la disminución de ingresos, que estos deberán ser “persistentes”, es decir, que afecten a varios ejercicios económicos, y de “relevancia e importantes”, aceptándose que cualquier situación económica negativa alegada debe presentarse, no como meramente coyuntural, sino con cierto carácter estructural. Como importante novedad, se introduce la siguiente adición al texto: “la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva”. Dicha justificación será fundamental en la interpretación del precepto que, a partir de aquí y hasta la reforma del 2012, han venido realizando los Tribunales, controlando la realidad y la gravedad de la causa económica alegada.

b) Modificaciones en los requisitos formales, con especial referencia al deber de comunicación escrita del despido a los representantes de los trabajadores. En cuanto a los requisitos formales, se advierten dos modificaciones. La primera, consiste en que el plazo de preaviso de treinta días que regía hasta ahora, pasa a ser de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. La segunda, es que en el caso del despido económico regulado en el artículo 52.c) del ET, del escrito de preaviso se deberá entregar copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento. Este último es uno de los aspectos que la jurisprudencia ha venido a clarificar, pues no es el

⁴⁸ Sentencia del TSJ Castilla y León 27 de abril de 2011 (recur.443/2011) y Sentencia del JS núm.11 de Madrid de 27 de Junio.

escrito de preaviso sino la carta de despido lo que requiere ser entregada a la representación de los trabajadores⁴⁹.

En efecto, la primera cuestión que se ha de poner de relieve es que el precepto no establece la obligación de entregar copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, sino que señala que "*del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento*"⁵⁰, lo que ha de entenderse como copia de la comunicación del despido.

Sentada la exigencia del requisito formal de entregar copia de la comunicación del despido a los representantes de los trabajadores, procede determinar la forma en que ha de cumplirse esta obligación y las consecuencias que se siguen de su incumplimiento. El tenor literal del precepto exige dar copia del escrito de preaviso de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, lo que supone la entrega de una reproducción de la carta de despido que se ha entregado al trabajador; no consiste, por tanto, en dar simplemente información a los representantes de los trabajadores, sino en facilitar dicha información de una determinada forma, dado que la omisión de esta exigencia no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agote en una sanción administrativa sino un elemento determinante del propio despido.

En este sentido, el art. 64 del ET, que reguló los derechos de información y consulta al Comité de empresa y de los delegados de personal en virtud de lo establecido en el artículo 62.2 del citado Estatuto, dispone en su apartado 6 que: "La información se deberá facilitar por el empresario al Comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permita a la

⁴⁹ Sentencia del TS de 7 de marzo de 2011 (Recurso2965/2010).

⁵⁰ Sentencia del TS de 18 de abril de 2007 (RecurSO.4781/2005) que señala según doctrina científica el error de redacción del precepto ya que la copia que ha de entregarse a la representación de los trabajadores no es la del preaviso, que no es en sí misma una comunicación del despido, sino la comunicación del despido del art. 53.1.a) del ET.

representación de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe". De aquí que, en la regulación del despido objetivo, hay una previsión específica, que es que se entregue copia de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores, por lo que ésta será la forma en la que habrá de realizarse la citada información.

Por tanto, la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el despido objetivo individual. También de control de la situación económica de la empresa. Sin esta información, los representantes de los trabajadores tendrían importantes dificultades para conocer la situación de la empresa y si dicha empresa está utilizando correctamente el cauce del despido objetivo económico del art. 52.c) del ET. Sería, ciertamente, muy difícil acreditar que se han sobrepasado los límites cuantitativos del art. 51.1 del ET que delimitan el despido colectivo respecto del objetivo. Durante el período de preaviso el trabajador tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo. El resto de exigencias formales y efectos de la extinción por causas objetivas permanecen sin modificaciones.

c) De la calificación de la extinción del contrato y sus consecuencias jurídicas. El Real Decreto-ley 10/2010, introduce dos modificaciones de gran calado en la Ley de Procedimiento Laboral de 1995. Una, en el apartado 2 del art. 122 de la LPL, en relación con la nulidad de la decisión extintiva, y otra en el apartado 3 de ese mismo artículo, en relación con la declaración de improcedencia de la decisión extintiva. La procedencia del despido establecida en la LPL de 1995 no sufre modificaciones y, por tanto, será declarado procedente el despido cuando se cumplan los requisitos formales exigibles y se acredite la causa legal de despido indicada en la comunicación escrita. Respecto al despido improcedente, este será declarado cuando no se hubiesen cumplido los requisitos del art. 53.1 del ET; recordemos: comunicación escrita, puesta a disposición de la indemnización y plazo de preaviso de quince días. No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de

la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan. Respecto a las consecuencias de la declaración de improcedencia, siguen siendo las estudiadas en el capítulo primero.

Como podemos observar, los cambios legales de los últimos años y, especialmente, tras la reforma del año 2012, son extraordinariamente significativos y suponen un gran giro en el panorama hasta hora vigente. Se impone un concepto que puede clasificarse como meramente propio de la empresa⁵¹, obviando cualquier control extremo a la decisión empresarial respecto a la jurisdicción de la medida extintiva, situando dicho control en la mera concurrencia de causalidad en el plano formal, entendida ésta en los términos que fije la empresa, lo que obviamente se contradice con la capacidad judicial de suplir al empleador en la valoración de la adecuación de la extinción contractual.

Y no se trata sólo de la desaparición del juicio de proporcionalidad, ya comentada, del RDL 10/2010, sino del requisito de amortización del puesto de trabajo, que determina que el empleador pueda extinguir el contrato por su propia voluntad, aunque esa medida no aparezca como necesaria, por la mera concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. De alguna forma se viene a suplir el carácter objetivo del despido, hasta hace poco vigente, por el subjetivismo del empleador⁵².

En definitiva, se sitúa el derecho a la libre empresa y de libre competencia por encima del Derecho del Trabajo; es decir, se pasa de

⁵¹ MIÑARRO YANINI, M, "La flexibilización del despido colectivo por la ley 3/2012 y su incidencia en la formulación de las causas justificantes: voluntad liberalizadora versus límites y función judicial". Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y práctica, Nº 19-20, 2012, págs. 33-55.

⁵² DESDENTADO BONETE, A. y DURÁN HERAS, A.; "Las causas económicas para la extinción objetiva del contrato de trabajo. Un análisis jurídico y económico". Cuaderno de derecho judicial, Nº 4, 1996, págs. 55-116.

considerar el despido como última alternativa ante una situación de crisis o de dificultad económica para convertirse en un mero mecanismo instrumento de gestión empresarial de la mano de obra.

Esa tendencia se ve reforzada con otros contenidos de la más reciente reforma. Así, por ejemplo, el hecho de que el mencionado cambio normativo ahonde en un modelo en el que, en la práctica, se viene a negar que en el periodo de consulta se negocie sobre la situación de la empresa y las causas generadores de la situación que genera los despidos colectivos, al eliminarse la posibilidad la previsión al efecto antes contenida en el apartado 3 del art. 51 ET; o, por ejemplo, la sustitución de la obligación empresarial de aportación de la información pertinente por la aportación de una simple memoria explicativa.

Como veremos más adelante, la Ley 3/2012 viene a suponer una evidente contradicción con el apartado 2.3 a) de la Directiva sobre despidos colectivos, así como, con el artículo 13.1 del Convenio 158 OIT, que prevé de forma expresa que el empleador *“proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas”*⁵³.

De todo lo expuesto hasta ahora y, tras consultar estadísticas oficiales de los nuevos accesos a las prestaciones, se puede concluir, que a pesar de todas las reformas realizadas en los últimos tiempos y la gran cantidad de extinciones de las relaciones laborales que se han producido por la modalidad de despido objeto de análisis, el “despido expres” sigue siendo la vía privilegiada de extinción de los contratos de trabajo.

⁵³ MIÑARRO YANINI, m.; “La causa de despido colectivo en el convenio nº 158 de la OIT y en la Directiva 98/59/CE”; AL núm. 8/2011.

2 OBJETIVOS Y CONTENIDO DE LA LEY 3/2012

2.1. OBJETIVOS

La Disposición Final Decimonovena, apartado 2, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, encomendó al Gobierno la aprobación de un RD sobre el reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y de reducción de jornada que desarrolle lo establecido en la misma, con especial atención a los aspectos relativos al periodo de consultas, la información a facilitar a los representantes de los trabajadores en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para velar por su efectividad, así como los planes de recolocación y las medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario.

En cumplimiento de dicho mandato legal, surge el RD 1483/2012, teniendo como principales objetivos los siguientes:

1º) Adecuar los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada a las importantes novedades incorporadas por la reforma laboral de 2012 al ET: de un procedimiento administrativo en sentido estricto dirigido a la obtención de una autorización administrativa que condicionaba la posibilidad de la adopción de unas medidas laborales concretas por parte del empresario (despidos colectivos o suspensiones de contratos o reducción de jornada) a otra clase de procedimiento, que consiste en la negociación de un periodo de consultas entre la empresa y los representantes de los trabajadores en relación con las mencionadas medidas laborales, y en el que la participación de la autoridad laboral, aun cuando se mantiene, es otra y diversa respecto de la configurada por la regulación estatutaria anterior.

2º) Garantizar la efectividad del periodo de consultas de los procedimientos, que cobra una importancia de primer orden en la nueva regulación, una vez eliminada la autorización administrativa previa.

3º) Fijar la información a suministrar a los representantes de los trabajadores por parte de la empresa como medio para garantizar un adecuado conocimiento de los mismos sobre las causas que originan el procedimiento y permitirles una adecuada participación en su solución.

4º) Regular el plan de recolocación externa de los procedimientos de despido colectivo como obligación legal e indeclinable del empresario.

5º) Establecer las peculiaridades del procedimiento del despido en el sector público y específicamente en el ámbito de las Administraciones Públicas, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Vigésima del ET.

Entre los aspectos más relevantes, cabe destacar:

a) En el RD 1483/2012 es posible encontrar transcripciones literales del ET, sin añadir nada (régimen de prioridad de permanencia de los trabajadores) y regulaciones ampliamente detalladas (caso de los procedimientos de consulta o de las actuaciones de la autoridad laboral).

b) Han sido derogados el RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos y la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, de desarrollo, así como, los apartados 1, a), 3 y 4 del artículo 1 del RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo y todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este RD (Disposición Derogatoria Única RD).

c) La Disposición Transitoria Única del RD regula los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del RD:

"1.A los procedimientos incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento que se aprueba por el presente real decreto iniciados con

anterioridad a su entrada en vigor, pero con posterioridad al 12 de febrero de 2012, les será de aplicación la normativa vigente en el momento de su inicio.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición transitoria décima de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, los expedientes de regulación de empleo para la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, o para la reducción de jornada que estuvieran en tramitación a 12 de febrero de 2012 se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio.

3. Conforme a lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición transitoria décima de la referida Ley 3/2012, de 6 de julio, los expedientes de regulación de empleo para la extinción o la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de la jornada, resueltos por la autoridad laboral y con vigencia en su aplicación a 12 de febrero de 2012, se regirán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente".

En definitiva, el objetivo, tanto de la Ley 3/2012 como del posterior RD 1483/2012, según se recoge en su propia exposición de motivos, consiste en establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país.

A lo largo del capítulo vamos a utilizar el término "flexiseguridad", que tanta polémica ha ocasionado en los últimos años, dado que, para algunos, este término viene a garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social; en definitiva, equilibrio entre flexibilidad interna y externa, entre contratación indefinida y temporal, entre tutelas que operan en el contrato de trabajo y las que operan en el mercado de trabajo. Y, sin embargo para otros, no es más que una mera pantomima, para justificar el desarrollo de una norma de este calado.

2.2. CONTENIDO

La norma dispone de un único artículo, por el que se aprueba el Reglamento; dos disposiciones adicionales; dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria, cuatro disposiciones finales y el Reglamento propiamente dicho.

El Reglamento en sí está estructurado en dos Títulos; el Título I se subdivide a su vez en cuatro capítulos. De éstos, el capítulo I, el más extenso, se subdivide en cuatro secciones. En total, el Reglamento contiene 33 artículos y una disposición adicional.

Se ofrece a continuación una explicación de las medidas que la norma contempla, siguiendo para ello el articulado de la misma, con especial detalle de la explicación de las novedades incorporadas al proyecto respecto de la regulación del reglamento anterior contenida en el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio. En este sentido, debe significarse que, en aras de dar continuidad y coherencia a la práctica jurídica y a la experiencia de las empresas, el reglamento que se aprueba en la presente propuesta normativa intenta recoger todo lo que del anterior continúa siendo válido y compatible con la nueva regulación de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada dimanante del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.

- Artículo único. Aprobación del Reglamento.

Se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

- Disposición adicional primera. Información estadística.

Se prevé que las autoridades laborales remitan a la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Empleo y Seguridad Social los datos estadísticos individualizados de cada uno de los procedimientos a que se

refiere este Reglamento, según el formato que se establezca en las disposiciones de aplicación y desarrollo (actualmente vigente la Orden TIN/2718/2011, de 5 de octubre, por la que se adoptan disposiciones para la determinación de la forma y contenido de la información estadística en aplicación y desarrollo de lo establecido en el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio) por ser ello necesario de acuerdo con la normativa vigente para la elaboración del Plan Estadístico Nacional (Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública; Real Decreto 1663/2008, de 17 de octubre, por el que se aprueba el Plan Estadístico Nacional 2009-2012).

- Disposición adicional segunda. Acreditación de las situaciones legales de desempleo.

Con el fin de unificar en el mismo proyecto todas las actuaciones que se encomiendan a la autoridad laboral, esta disposición incorpora el contenido del último párrafo de la nueva disposición adicional quincuagésimo cuarta del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, introducido por el Real Decreto-ley 3/2012, y que se refiere a la comunicación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo de la decisión empresarial de despido colectivo, suspensión o reducción de jornada, a efectos de completar la acreditación de las situaciones legales de desempleo.

-Disposición transitoria primera. Procedimientos iniciados.

De acuerdo con esta disposición transitoria, los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del reglamento que aprueba el presente proyecto normativo se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio, a saber: los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 (antes del 12 de febrero de 2012) se regirán por el Real Decreto 801/2011 en su totalidad, mientras que los procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de dicho Real Decreto-ley se regirán por los artículos del RD 801/2011 que establece la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados

artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio.

El apartado 2 establece que los expedientes de regulación de empleo para la extinción o la suspensión de los contratos de trabajo o para la reducción de la jornada, resueltos por la Autoridad Laboral y con vigencia en su aplicación en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se regirán por la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente.

- Disposición transitoria segunda. Normas relativas a la bonificación por mantenimiento del empleo y de reposición de las prestaciones por desempleo.

La presente disposición se dirige a garantizar la aplicación de ciertas medidas tendentes a reforzar el uso de las medidas de flexibilidad interna para cuya aplicación se establecen los procedimientos regulados en la propuesta normativa (bonificaciones de las cuotas empresariales por contingencias comunes para el mantenimiento del empleo y la reposición del derecho de prestaciones por desempleo de los trabajadores afectados y que se encuentran previstas en los artículos 15 y 16 y en la disposición transitoria tercera del Real Decreto-ley 3/2012). Dichas medidas se aplicarán en tanto se cumplan los requisitos exigidos para su reconocimiento, dado que dichas medidas son de naturaleza temporal y están sometidas, por tanto, a término.

- Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Se deroga expresamente el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, al contener la propuesta una normativa completa que sustituye por entero a la anterior regulación, así como la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en

materia de traslados colectivos, aprobado por Real Decreto 801/2011, de 10 de junio.

También se incluye una cláusula de derogación tácita, según la cual quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango contradigan o se opongan a lo dispuesto en la que se aprueba.

- La disposición final primera contiene el fundamento constitucional en virtud del cual el Estado es competente para dictar esta norma, y que es el artículo 149.1.7 de la Constitución Española.

- La disposición final segunda da nueva redacción a algunos párrafos del artículo 1 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo relativo a la acreditación de las situaciones legales de desempleo, para adaptarlos a la supresión de la autorización administrativa por el Real Decreto-ley 3/2012.

- La disposición final tercera modifica el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para añadir un nuevo párrafo 3 bis al artículo 33 relativo a las normas de distribución territorial: por un lado, se atribuye la competencia para emitir el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los expedientes de despidos colectivos, suspensión de contratos y reducción de jornada que afecten a centros de trabajo de una empresa ubicados en distintas Comunidades Autónomas, a la Dirección Especial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la cual podrá recabar informe o cualquier tipo de colaboración de las Inspecciones Provinciales correspondientes.

Por otro lado, cuando estos procedimientos afecten a centros de trabajo de una empresa ubicados en distintas provincias, pero dentro de la misma Comunidad Autónoma, actuará un solo Inspector de Trabajo y Seguridad Social, designado temporal o permanentemente para este u otros cometidos

que igualmente requieran identidad de criterio, por la Autoridad Central de la Inspección.

- **La disposición final cuarta contiene la habilitación normativa al titular del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social para la aplicación y desarrollo de la norma**, particularmente para la determinación de la forma y contenido de la información estadística y para el tratamiento electrónico de los procedimientos de regulación de empleo.

- **La disposición final quinta se refiere a la entrada en vigor de la norma, que se producirá al día siguiente al de la publicación en el Boletín Oficial del Estado.**

3. FLEXISEGURIDAD EXTERNA TRAS LAS REFORMA DEL AÑO 2012

3.1. DESPIDO INDIVIDUAL

Como ya hemos indicado, como consecuencia de la promulgación del Real Decreto- Ley 3/2012, tres de los cuatro despidos objetivos contemplados en el artículo 52 del ET “Extinción del contrato por causas objetivas”, han sufrido modificaciones.

A lo largo del presente capítulo nos centraremos en los cambios de mayor transcendencia, realizando especial hincapié en la extinción de la relación laboral que se basa en causas económicas.

3.1.1. Concepto

Define la doctrina el despido como extinción del contrato por voluntad del empresario o como resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario⁵⁴. El acto de despido presenta las siguientes características:

⁵⁴ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE M.E., “Derecho del Trabajo”, Cívitas, Madrid, 2006.

- Acto unilateral por el cual el empresario procede a la extinción de la relación jurídica de trabajo.

- Acto jurídico fundado en la autonomía de negociación privada, que produce la extinción del contrato por decisión del empresario. Se trata, pues de un acto unilateral, puesto que la extinción se produce por la sola voluntad del empresario, sin participación del trabajador.

- Acto constitutivo, puesto que el empresario no se limita a proponer a otra instancia distinta de sí mismo la extinción del contrato, sino que es él quien realiza el acto extintivo.

- Acto receptivo. Su eficacia depende de su conocimiento por parte del trabajador destinatario.

- Acto extintivo. Es un acto que produce la extinción contractual; los efectos del contrato se extinguen *ad futurum* por el acaecimiento de circunstancias posteriores a la celebración del pacto (a diferencia de la revocación o la nulidad⁵⁵).

3.1.2. La casualidad del despido

El origen de la causalidad en el despido objetivo responde a principios socioeconómicos en conflicto, y la disyuntiva entre libertad o intervencionismo estatal. Procede así del concepto de la libertad contractual ajeno a la libertad de empresa, en contraposición con el concepto jurídico del principio de protección de la estabilidad del empleo del trabajador. Por tanto, hunde sus raíces en la esencia del Estado liberal-Estado social y su difícil equilibrio. En este sentido, el despido se encuentra condicionado a la observancia de

⁵⁵ MONTOYA MELGAR, A., "Derecho del Trabajo", Tecnos, Madrid, 2012. Trigésima edición.

prescripciones que varían según los Derechos nacionales. En el Derecho comparado, en materia de extinción del contrato de trabajo, la regla general contrasta vivamente con el principio civilista de igualdad de las partes, en cuanto a la posibilidad de resolver las relaciones jurídicas (art. 1.124 CC). Son razones de protección social las que vienen imponiendo, de antiguo, un régimen extintivo mucho más riguroso para el empresario que para el trabajador. Así, el trabajador puede resolver, sin necesidad de acreditar causa, el contrato de trabajo, sin más carga que la de preavisar la decisión extintiva, mientras que el empresario sólo puede extinguir el contrato basándose en alguna de las causas a las que se refieren los cuatro grandes grupos de despidos que conoce nuestro Derecho: 1) Despido por incumplimiento grave y culpable del trabajador (Disciplinario). 2) Despido por circunstancias objetivas. 3) Despido colectivo fundado en causas objetivas. 4) Despido por fuerza mayor.

El Derecho español viene defendiendo el carácter causal del despido, rechazando así el despido libre tanto en los despidos subjetivos, como en los objetivos. El fundamento de los despidos objetivos se encuentra en el propósito de liberar al empresario del perjuicio que le causaría el mantenimiento de la relación laboral ante determinadas necesidades de la empresa. Es una institución dirigida a ampliar y facilitar los despidos. Son, entonces, causas objetivas derivadas de necesidades de funcionamiento de la empresa, las económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Podemos entender las causas económicas como acaecimientos en virtud de los cuales se derive o fundadamente se prevea la ocurrencia de producción de pérdidas sostenidas, faltando los recursos o siendo inútil la inversión de los que se obtuvieran para la prosecución de la actividad productiva; esto es; cualquier modalidad de un estado desequilibrado y crítico en la estructura financiera de la empresa. En realidad, todo responde a una sola causa de despido, como es la necesidad de amortizar o suprimir, por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, un puesto o una pluralidad de puestos de trabajo, cuyo número no alcance, dentro de un periodo de noventa días, los umbrales del despido colectivo previstos en el art.

51.1 ET⁵⁶. La necesidad de amortizar el puesto de trabajo o puestos de trabajo debe ser acreditada por el empresario a quien corresponde justificar la existencia de la causa económica, técnica, organizativa o de producción; el art. 52 c) ET se remite al artículo 51 de la misma Ley en el aspecto relativo a las causas económicas, por lo que nos remitiremos a lo indicado en el apartado siguiente, a la hora de estudiar los Despidos Colectivos.

Con la reforma introducida por el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral se simplifican y precisan las causas de extinción. El despido objetivo experimenta una importante modificación, pues a partir de su vigencia se da un tratamiento jurídico unitario a la definición de las causas del despido objetivo colectivo e individual/plural, terminando así con la regulación anterior al Real Decreto Ley 10/2010, que mantenía dos regímenes jurídicos, en función de que el despido fuera colectivo o individual, desapareciendo también la necesidad de que el despido objetivo contribuyera a "*la superación de situaciones económicas negativas*" o a "*superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa*", cuando venía fundado en causas técnicas, organizativas o de producción.

La primera novedad de la reforma que establece el RDL 10/2010, es que desaparece "*la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo*". Como pone de relieve el Preámbulo de esta norma, muchas de las extinciones contractuales basadas en causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, se venían desplazando de manera antinatural hacia el "despido exprés", reconociendo el empresario, después de hacer entrega de la carta de despido, su improcedencia, y consignando la indemnización legal para así paralizar los salarios de tramitación, conforme al art. 56.2 ET. Era un proceder seguro para los empresarios que preferían hacer uso de este mecanismo para no arriesgarse a un proceso judicial que se podía alargar más de lo deseado. Se pretendió con la reforma laboral 2010

⁵⁶ Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo 1, apartado 2.2, del presente estudio, dado que no se ha producido modificación alguna tras la promulgación del Decreto- Ley 3/2012.

proporcionar una mayor certeza tanto a los trabajadores, como a los empresarios y a los órganos jurisdiccionales, en sus tareas de control judicial. La dificultad de probar esa necesidad de amortizar puestos de trabajo desaparece, por tanto, definitivamente. Pero el concepto de situación económica negativa era, hasta la reforma de 2010, un concepto jurídico con alto grado de indeterminación que dejaba un margen de decisión excesivamente elevado al Juez de lo Social, lo que se traducía, ante tal panorama de inseguridad, en una derivación del despido objetivo económico al despido exprés, para evitar el alto riesgo de una sentencia desfavorable y la dilatación temporal del proceso⁵⁷.

Así se recoge, como ya hemos indicado, en la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral en referencia a su Capítulo IV; la Ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativa o productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre.

Más allá de las diversas reformas, desde la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del ET, y del texto articulado de la Ley de la Jurisdicción Social y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, las concretas redacciones establecidas sobre las causas de despido, incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos:

⁵⁷ Lógica que, en cierta medida, ya se contemplaba en la Ley 35/2010: “La experiencia obtenida en los últimos años se ha puesto de manifiesto, en los últimos años, algunas deficiencias en el funcionamiento de las vías de extinción previstas en los artículos 51 y 52 c del Texto refundido de la Ley del ET, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, al desplazar muchas de las extinciones de contratos indefinidos realmente basadas en motivaciones económicas o productivas hacia la vía del despido disciplinario improcedente”.

las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos, como para los despidos por causas objetivas del artículo 52 c)ET.

Intentando superar las deficiencias técnicas de la reforma laboral del año 2010, surge la reforma del año 2012, en sus dos versiones, la del RDL 3/2012, y, luego, la de la Ley 3/2012, que vuelven a dar una mayor concreción a las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas. El legislador ya deja claro en la Exposición de Motivos que las altas tasas de desempleo y la crisis económica evidencian "*la insostenibilidad del modelo laboral español*". Por ello, aborda una modificación de gran calado en la flexibilización de nuestro sistema de relaciones laborales en su conjunto, la más ambiciosa desde la aprobación del ET en el año 1980, que afecta, entre otras instituciones, a los despidos colectivos e individuales. El fin último es generar la confianza y seguridad necesaria "*para trabajadores y empresarios, para mercados e inversores*".

La aprobación del Real Decreto Ley 3/2012, y su concreción en la Ley 3/2012, produce, fundamentalmente, una delimitación concreta de cuando concurren las causas económicas que dan lugar al despido objetivo. A partir de esta nueva redacción, se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Esta mejora en la redacción va a suponer, que el control judicial de los despidos, más que dar lugar a que los tribunales realicen juicios de oportunidad sobre la gestión de la empresa, debe ceñirse exclusivamente a la valoración de la concurrencia de unos hechos: las causas.

Pero la reforma va más allá de la mayor afinación de las causas objetivas, pues recoge todo un elenco de modificaciones que afectan directa o indirectamente al trabajador despedido por causa económica de despido.

Una novedad importante de la reforma laboral 2012 ha sido eliminar del art. 51.1 ET y, por tanto, del art. 52.c), las exigencias entonces contenidas en aquel precepto de que, respecto a las causas económicas, la empresa debía justificar que de los resultados empresariales alegados se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado; y de que, respecto a las demás causas técnicas, organizativas o de producción, la empresa tenía que justificar que de las mismas se deducía la razonabilidad de la decisión extintiva para prevenir una evolución negativa de la empresa o mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Ahora, en las dos versiones de la reforma laboral de 2012, queda claro, y lo remarcan sus respectivos preámbulos, que el control judicial de los despidos objetivos y colectivos se ciñe exclusivamente a una valoración de concurrencia de unos hechos: las causas. Se trata con ello de que el Juez no emita juicios de oportunidad o conveniencia relativos a la gestión de la empresa, con lo que la conexión de instrumentalidad o funcionalidad, tantas veces exigida por la jurisprudencia del TS, para que el despido contribuyera a superar la crisis, a reducir el tamaño de la empresa o a liquidarla, queda desplazada.

A partir de la reforma laboral 2012, se ha afirmado doctrinalmente que el juicio relacional del juez sobre la causa del despido económico se ciñe al enlace del hecho o hechos causantes con el interés empresarial en el mantenimiento de un determinado contrato de trabajo, y no incluye la valoración de la incidencia positiva del despido acordado en objetivos o metas de la empresa de carácter genérico.

En cuanto al ámbito espacial sobre el que deben concurrir las causas económicas invocadas (la empresa, el centro de trabajo o unidades productivas autónomas), entiende el Tribunal Supremo que la solución jurídicamente correcta es que, de tener la empresa varias secciones autónomas o diversos centros de trabajo, para declarar la procedencia de los despidos objetivos por causas económicas, la situación económica negativa debe afectar a la empresa

en su conjunto, ya que el art. 51.1 del ET se refiere a "empresa" y no a "centro de trabajo" o "sección autónoma"⁵⁸.

El Tribunal Supremo, unificando doctrina⁵⁹, se ha pronunciado sobre esta cuestión diciendo que, para que la adopción de las medidas extintivas propuestas por el empresario contribuyan, si las causas aducidas son económicas, "a superar una situación económica negativa de la empresa", sin la distinción, entre "empresa", "centro de trabajo" o "unidad productiva autónoma", se exige:

a) La existencia de una "situación económica negativa" que comporta, para la determinación de su concurrencia, la valoración del estado económico de la empresa en su conjunto. Suministra argumentos en favor de esta conclusión⁶⁰, al exigir que la situación económica negativa sea importante, o mejor, suficiente o trascendente.

b) Deben compararse, en consecuencia, beneficios y pérdidas a nivel global empresarial y no separadamente por centros o secciones, pues, en sentido contrario, tampoco sería defendible que si la empresa estuviera en trascendente situación económica negativa a nivel global no pudiera, en ningún caso, adoptar medidas extintivas adecuadas que afectaran a los trabajadores que prestaran sus servicios en los centros o secciones de aquella que aisladamente pudieran generar ganancias o no estar en concreta situación económica negativa.

c) La situación económica negativa, suficiente o trascendente, ha de afectar a la empresa en su conjunto o globalidad, lo que no posibilita en este ámbito económico la disgregación de la empresa en secciones o centros separados.

⁵⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V. (VVAA). El Despido, Aranzadi, Pamplona, 2009, págs. 516 y ss.

⁵⁹ Sentencia del TS de 14 de mayo de 1998 (Recurso. 3539/1997).

⁶⁰ Sentencia del TS de 24 de abril de 1996 (Recurso. 3543/1995).

Por tanto, es deducible una interpretación del precepto acorde, tanto con la exigencia de justificar mediante la concurrencia de la causa económica "*la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo*" (como exige el art. 52.c ET), lo que debe también referirse a la empresa en su conjunto (sin perjuicio de la necesaria conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados), como con relación a la finalidad de la medida extintiva, pues, precisamente con la adopción de esas medidas extintivas se busca y pretende superar esa situación deficitaria de la entidad y conseguir un adecuado funcionamiento económico de la misma.

3.1.3. Requisitos de forma para el Despido Objetivo

El acto de despido o "acuerdo de extinción", viene recogido en el art. 53.1 ET, y requiere formalizarse por escrito.

Como ya indicamos en el capítulo I, en la comunicación o "carta" de despido por causas objetivas debe hacerse constar la causa que motiva la extinción del contrato. Debe entenderse causa como "hechos"⁶¹, debiendo, por tanto, alegarse éstos en la carta y no valiendo la mera referencia al precepto legal. En este sentido⁶², la obligación que recae sobre la empresa en dicho trámite de comunicación escrita, de expresar la causa de su decisión, tan sólo se cumple mediante especificación de los hechos que conforman la causa extintiva, condición necesaria para que el trabajador pueda ejercer con garantías el derecho a reclamar contra la decisión empresarial⁶³. Esta alegación de la causa se exige que sea lo suficientemente clara e inequívoca en sus contenidos, a fin de evitar confusiones e incertidumbres respecto de los hechos que motivan la decisión. La finalidad es dar a conocer al trabajador los motivos que fundamentan su despido e, igualmente, facilitar su defensa,

⁶¹ Sentencia del TS de 3 de 10 de marzo de 1987 (Roj: STS 13597/1987).

⁶² Sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de mayo de 1998 (Recurso.8404/1997).

⁶³ Sentencia del TSJ de Extremadura de 12 de marzo de 2001(Recurso.54-A/2001) y 6 de abril de 2001 (Recurso.164-A/2001).

limitando en el juicio los motivos de oposición a la demanda que no podrán ser otros que los contenidos en la propia comunicación escrita.

El efecto de la extinción es la fecha contenida en el art. 55 ET y que el Tribunal Supremo ha valorado como esencial, de manera que su omisión es circunstancia determinante de la insuficiencia de la comunicación escrita, lo que ha conducido al reproche judicial del despido, antes con la calificación de nulidad, y actualmente con la de improcedencia por ese defecto forma.

Y ello es lógico puesto que no es desde la recepción de la comunicación escrita, sino desde la fecha de extinción del contrato, de donde ha de partirse para el cómputo de la caducidad, cuyo plazo inexorable es de veinte días.

La comunicación del despido ha de ir acompañada de la entrega efectiva o del compromiso circunstanciado de tal entrega (“puesta a disposición”) de una indemnización al trabajador de veinte días de salario por año de servicio en la empresa, con un máximo de doce mensualidades; cuando el trabajador no alcance un año de servicio en la empresa, la indemnización será proporcional al tiempo efectivo de permanencia en la empresa, y esa misma regla de prorrateo regirá respecto de las fracciones de tiempo inferiores a un año. Dicha cuantía puede ser mejorada por convenio o pacto individual⁶⁴.

La “puesta a disposición” no exige la entrega, si bien exige algo más que un mero ofrecimiento⁶⁵. Y, desde luego exige, además de la simultaneidad, la indicación precisa de la cantidad, calculada en su importe legal, y el lugar en que el trabajador la tiene a su disposición para percepción inmediata. La demora en la entrega de la indemnización, aunque sea mínima, provocaba la nulidad del cese⁶⁶, con la reforma de 2010, la improcedencia.

⁶⁴ Sentencia del TS de 25 de febrero de 1986, (Roj: STS 890/1996).

⁶⁵ Sentencia del TS de 2 de noviembre de 2005 (Recurso.2939/2004).

⁶⁶ Sentencia del TS de 25 de enero de 2005 (Recurso.4018/2003) y de 2 de noviembre de 2005 (Recurso.2939/2004).

La reciente STSJ de Castilla La Mancha de 2 de diciembre de 2013, (rcur.1012/2013) establece que continúa siendo de aplicación, como exigencia esencial, la efectiva obligación de la puesta a disposición de la indemnización. La base de esta sentencia es la doctrina del Tribunal Supremo⁶⁷, que aclara que artículo 53.1, b) del ET establece que la adopción del acuerdo de extinción por causas objetivas exige la observancia del requisito, entre otros, de «poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización» y «que el mandato legal sólo puede entenderse cumplido si, en el mismo acto en que el trabajador se sabe que es despedido (lo que sin duda sucede cuando se le comunica la decisión empresarial), y sin solución de continuidad, sin previsión de otro trámite ni cualquier que hacer complementario, él dispone efectivamente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la Ley confiere». Por tanto, la puesta a disposición de la indemnización debe de ser real y efectiva, en el mismo momento de comunicación de la decisión extintiva, de tal modo que el trabajador pueda disponer de ella, lo que no cabe que sea sustituido por una remisión a una posterior actuación empresarial, pues en todo caso, debe ser objeto de acreditación mediante una oferta notoria y constatable, como puede ser la de entrega (o intento de ello) de la cantidad junto con la carta, o ingreso en su cuenta bancaria en caso de negativa, o mediante cualquier otro procedimiento que permita la constatación de que se pone efectivamente a su entera disposición dicha cantidad.

Por otro lado, la percepción de la indemnización no supone conformidad con la decisión extintiva del empresario.

Sin embargo, dispone el art. 52 c) del ET que cuando la decisión extintiva se funde en causa económica, el empresario podrá quedar dispensado de la referida “puesta a disposición”, sin perjuicio de su ulterior obligación de pago [art. 53.1 b) ET]. Pero, en este caso, habiendo alegado la

⁶⁷ Sentencia del TS de 13 de octubre de 2005 (Recurso.3801/2004).

causa económica, no siempre se podrá aplazar el pago de la indemnización, sino solo cuando la misma tenga una entidad tal que impida la puesta a disposición de la indemnización de forma inmediata⁶⁸. No se exige una acreditación exhaustiva de la falta de liquidez, bastando la aportación de indicios sólidos que deberán ser contrarrestados, en su caso, por el trabajador. Esta circunstancia se deberá hacer constar de forma expresa en la carta de despido; de lo contrario no se podrá amparar en la misma para el aplazamiento del pago y habrá de considerarse improcedente el despido.

La comunicación ha de preavisar la fecha de extinción del contrato con una antelación de quince días a contar desde la comunicación, debiendo entregarse el preaviso o la carta de despido a la representación de los trabajadores [art. 53.1.c) ET].

La finalidad del preaviso es permitir al trabajador buscar otro empleo, aunque no todo el tiempo del preaviso se pone a disposición del trabajador para que lo dedique a la búsqueda del nuevo empleo: solamente se le reconoce derecho a una licencia retribuida de seis horas semanales.

3.2. DESPIDO COLECTIVO

3.2.1. Concepto

El concepto de despido colectivo no ha sufrido variación alguna con la actual reforma, entendiéndose como tal, aquel que se produce con fundamento en causas económicas, técnicas, productivas y organizativas, y afecta en un periodo de referencia de 90 días al menos a:

- a) Diez trabajadores en empresas de menos de 100 trabajadores.

⁶⁸ Sentencia del TS de 21 de diciembre de 2005 (Recurso 2511/2005).

- b) El 10% en empresas entre 100 y 300 trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en empresas que ocupen a más de 300 trabajadores.

La referencia a la “empresa”, es siempre respecto al número total de trabajadores de la misma, no a los de un determinado centro de trabajo.

3.2.2. Definición actual de las causas

El anterior texto y el actual coinciden en el siguiente párrafo:

“Se entienden que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos”.

El nuevo texto elimina el párrafo que continuaba a lo que acabamos de exponer y que señala las consecuencias de la situación económica; concretamente, establecía *“que puedan afectar a su viabilidad o su capacidad de mantener el volumen de empresa”*, asimismo, también se elimina *“A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”*.

Se han expuesto innumerables opiniones acerca de la importante modificación que supone la nueva normativa respecto de la inmediatamente precedente, derivada ésta, a su vez, de la reforma laboral del año 2010. Sin embargo, de lo que no se ha hablado mucho es de la transcendencia efectiva de la redacción actual del artículo 51 del ET.

Por tanto, no se trata de calificar sobre la procedencia o no del mismo, pero sí de exponer con la mayor precisión posible su alcance y efectos. En este

sentido, podemos clasificar las claves de la reforma en esta materia concreta, de la siguiente manera:

a) La normativa legal establece unos específicos hechos, que califica como de naturaleza económica, cuya concurrencia constituye causa legal para que el empresario pueda decidir amortizar los puestos de trabajo que entiende excedentes en el ámbito de su empresa.

b) No es necesario que la concurrencia de tales hechos deba tener unas características tales que puedan afectar a la viabilidad de la empresa o al volumen de empleo en su ámbito.

c) Tampoco el empresario deberá justificar, para demostrar la necesidad de la medida extintiva, como antes se le exigía, que de la misma se deduzca su racionalidad para preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa en el ámbito de su propio mercado.

d) Basta, pues, como ya hemos indicado, la concurrencia de algunos de tales hechos para justificar la medida, y tales hechos son:

- Una situación de pérdidas actuales, o
- Una situación actual de la que racionalmente se prevén pérdidas futuras, o
- Una disminución persistente del nivel de ventas o ingresos, aun sin la concurrencia de esas pérdidas actuales o previstas. Se establece, incluso, un parámetro para medir o interpretar esa persistencia en la disminución de ingresos, de suerte que se entenderá que existen si se producen durante tres trimestres consecutivos.

Como podemos observar, se desprende de la propia redacción del Preámbulo o Exposición de motivos del Real Decreto Ley 3/2012, que como sabemos, es sin duda, el que marca la pauta lógica de ésta, por lo que se podrá estar o no de acuerdo con el criterio contenido en esa Exposición de

Motivos, y se aplicará o no, en la práctica, según cada juez o tribunal social, pero lo cierto es que ahí está y de su lectura no cabe deducir algo distinto a lo que acabamos de exponer.

Aunque, también es cierto que, por un parte, esta norma, por la novedad que supone al respecto hace difícil su asimilación, al menos, de entrada, y por otra, significa, sin duda, un plus de responsabilidad para los empresarios. Esta es una medida extintiva que debe aplicarse, sin duda, como la última decisión posible después de haberse agotado las posibles vías de “flexibilidad interna” que trataremos más adelante.

Para finalizar este apartado, cabe indicar que respecto a las causas técnicas y productivas, el concepto no ha variado en nada; sin embargo, sí se ha ampliado el de concepto de “organizativo”: se ha cambiado “en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo personal”, y se ha añadido “en el modo de organizar la producción”. En definitiva, podemos destacar las siguientes consideraciones:

1º) La definición de los tres motivos no constituye “numerus clausus”; la expresión “entre otros” es muy clara.

2º) Respecto a las causa organizativas, la ampliación de su concepto es, sin duda, importante, puesto que la expresión “en el modo de organizar la producción” es una expresión mucha más amplia y ambigua.

3º) En relación con las causas productivas, es evidente la íntima relación que tiene con los motivos económicos.

Por tanto, la modificación realmente importante en la aplicación de estas causas de despido colectivo radica en la anulación del párrafo condicionante de las mismas a tales efectos.

3.2.3. Procedimiento

La tramitación de los despidos colectivos se realiza a través de un expediente de regulación de empleo, a diferencia de los despidos objetivos que basta con una comunicación escrita. El procedimiento viene regulado en el artículo 51 del ET y por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

La modificación estrella, sin duda, en esta materia es aquella que introduce el Real Decreto- Ley 3/2012, al igual que ocurre en los ERES de suspensión o reducción de jornada; se trata de la supresión de la resolución de la autoridad administrativa laboral correspondiente que debía autorizar, hasta la promulgación de la nueva normativa, tales expedientes. Como veremos más adelante, dicha autoridad se limita ahora a ser mera “gestora” del ERE, sin poder alguno de decisión sobre su tramitación, desarrollo y terminación.

La Ley 3/2012, de 6 de Julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral establece, como ya hemos indicado, en su Disposición adicional decimonovena que *“el Gobierno aprobará, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta Ley, un real decreto sobre el reglamento de procedimientos de despido colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada que desarrolle lo establecido en ella, con especial atención a los aspectos relativos al período de consulta, la información a facilitar a los representantes de los trabajadores en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para velar por su efectividad, así como los planes de recolocación y las medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario”*. En cumplimiento de esta previsión, surge el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueban los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada, teniendo como principales objetivos los siguientes:

- 1º) Adecuar los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada a las importantes novedades incorporadas por la reforma laboral al Texto Refundido de la Ley del ET.

2º) Garantizar la efectividad del período de consulta de los procedimientos, que cobran una importancia de primer orden en la nueva regulación, una vez eliminada la autorización administrativa previa.

3º) Fijar la información suministrada a los representantes de los trabajadores por parte de la empresa, como medio para garantizar un adecuado conocimiento de los mismos sobre las causas que originan el procedimiento, y permitirles una adecuada participación en su solución.

4º) Regular el plan de recolocación externa de los procedimientos de despido colectivo, como obligación legal del empresario, dotando al mismo de efectividad, y asegurando su cumplimiento, como medida que permita transiciones rápidas y adecuadas entre empleos, y mantener así a los trabajadores en el mercado laboral el mayor tiempo posible.

5º) Establecer las peculiaridades del despido en el sector público, especialmente en el ámbito de las Administraciones Públicas, aspecto que trataremos con más detenimiento en el capítulo siguiente.

El reglamento que se aprueba mediante este real decreto deroga su precedente, aprobado por el Real Decreto 801/2012, de 10 de junio. No obstante, en aras de dar continuidad y coherencia jurídica, intenta recoger todo lo anterior que continúa siendo válido y compatible con la nueva regulación.

A) Iniciación del Procedimiento

El procedimiento de despido colectivo se iniciará por escrito, mediante comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, a la que deberá acompañarse, según la causa alegada, la documentación legalmente establecida.

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

de recolocación externa. Concretamente, la memoria deberá contener como mínimo:

- Especificación de cuáles son las causas de despido colectivo.
- Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados.
- Los mismos datos de los trabajadores empleados en la empresa habitualmente durante el último año.
- Período previsto para la ejecución de los despidos.
- Criterios que se han utilizado para la designación de los trabajadores afectados por el ERE, teniendo en cuenta, al respecto, que los criterios aplicados no pueden basarse en circunstancias que pudieran calificarse como discriminatorias o atentatorias de derechos fundamentales.
- Memoria explicativa de las causas del ERE. Sobre este punto, nunca se insistirá bastante en la importancia de la misma y de que esa memoria contenga todos los datos y elementos que justifiquen aquél, especialmente, la concurrencia de las causas económicas, técnicas, productivas o de organización, así como las consecuencias y efectos favorables que la aplicación del ERE va a tener en el desarrollo y viabilidad futura de la empresa.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del ET, las empresas que lleven a cabo un despido colectivo de más de 50 trabajadores, deberán incluir, en todo caso, en la documentación que acompaña al inicio del procedimiento, un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados, a través de empresas de recolocación autorizadas.

El plan de recolocación deberá contener medidas efectivas adecuadas a su finalidad en las siguientes materias:

- Intermediación, consistentes en la puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas.
- Orientación profesional, destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de recolocación.

- Formación Profesional, destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas.
- Atención personalizada, destinada al asesoramiento de los trabajadores afectados en aspectos relacionados con su colocación, y búsqueda activa de empleo.

El contenido del plan podrá ser concretado o ampliado a lo largo del período de consultas, y deberá hacer especial hincapié en los trabajadores de mayor edad. Una vez finalizado, deberá presentarse su redacción definitiva.

Simultáneamente a la entrega de la comunicación a los representantes legales de los trabajadores, el empresario solicitará por escrito de estos la emisión del informe a que se refiere el artículo 64.5 del ET.

El empresario hará llegar a la autoridad laboral, simultáneamente a la comunicación remitida a los representantes legales de los trabajadores, copia del escrito entregado a éstos, así como la documentación preceptiva de acompañamiento, según las causas del despido. Además, deberá acompañar copia del escrito de solicitud de informe a los representantes legales de los trabajadores.

Asimismo, el empresario remitirá a la autoridad laboral la información sobre la composición de los representantes de los trabajadores, así como de la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo, especificando, en el supuesto de ser varios centros de trabajo afectados, si la negociación se realiza a nivel global o diferenciada por centros de trabajo. Igualmente, deberá remitir información sobre los centros de trabajo sin representación unitaria, y escrito de la comunicación a los trabajadores para que procedan a designar la comisión que va a negociar, en ausencia de representación legal de los trabajadores o, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la citada comisión.

Hay que recordar que en los casos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, los trabajadores podrán atribuir su representación durante la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme lo dispuesto en el artículo 41.4 del ET.

Recibida la comunicación de iniciación del procedimiento, la autoridad laboral procederá de la siguiente manera:

- La remitirá a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo de la Seguridad Social, a los efectos futuros correspondientes.
- Recabará informe de la Inspección de Trabajo sobre las causas del expediente contenidas en la documentación presentada, y sobre el desarrollo del periodo de consultas. El informe debe ser evacuado en el periodo máximo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral por parte del empresario de la terminación del período de consultas, comunicando la decisión que, al respecto, ha tomado.

Si, durante el periodo de consultas, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social advirtiese que la comunicación empresarial no reúne los requisitos exigidos, lo comunicará, antes de la finalización de aquél, a la autoridad laboral para que proceda conforme a lo dispuesto anteriormente.

La advertencia de la autoridad laboral no supondrá la paralización ni la suspensión del procedimiento.

Si la autoridad laboral que recibe la comunicación careciera de competencia, deberá darle traslado a la autoridad laboral competente, informando de ello al empresario y representantes de los trabajadores.

Antes de pasar a analizar el periodo de consultas, debemos hacer mención a los documentos que se han de presentar para acreditar la causa objeto del despido:

a) Si el despido colectivo se basa en causas económicas, la documentación presentada por el empresario incluirá una memoria explicativa que acredite los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa. Para la acreditación de los resultados, el empresario podrá aportar toda la documentación que, a su juicio convenga, y, en particular, las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos. Cuando la situación económica negativa alegada consista en una previsión de pérdidas, además de aportar la documentación anterior, deberá informar de los criterios utilizados para su estimación. Asimismo, deberá presentar un informe del técnico sobre el volumen y el carácter permanente o transitorio de esa previsión de pérdidas, basado en datos obtenidos a través de las cuentas anuales, el sector al que pertenece la empresa, la evolución del mercado y la posición de la empresa en el mismo. Cuando la situación económica negativa alegada consista en la disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, el empresario deberá aportar, además de la documentación anteriormente descrita, documentación fiscal o contable acreditativa de la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o de ventas durante, al menos, de los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento de despido colectivo, así como la documentación fiscal o contable acreditativa de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año inmediatamente anterior.

b) Si, por el contrario, la causa objeto de despido es técnica, organizativa o de producción, la documentación presentada por el empresario será, como hemos indicado anteriormente, memoria explicativa de las causas, debiendo incluir informes técnicos que acrediten, la concurrencia de las causas alegadas.

B) Periodo de consultas: desarrollo

El periodo de consulta tiene por objeto llegar a un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Versará, como mínimo, entre los demás temas que decidan tratarse, de la forma de evitar o reducir los despidos colectivos o su número, si ello fuera factible, y de atenuar las

consecuencias del mismo, estableciendo las correspondientes medidas de acompañamiento (como pueden, ser posibles recolocaciones o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de su empleabilidad). A tal fin, los representantes de los trabajadores deberán disponer, desde el inicio del período de consultas, de la documentación preceptiva, debiendo negociar las partes de buena fe.

Entre las medidas dirigidas a evitar o reducir los despidos colectivos, se podrán considerar, entre otras, las siguientes:

- Recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o en otra del grupo.
- Movilidad funcional de los trabajadores.
- Movilidad Geográfica.
- Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.
- Cualquier otra dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.

Por su parte, entre las medidas destinadas a disminuir los efectos del despido en los trabajadores afectado, se pueden contemplar, entre otras, las que a continuación se relacionan:

- Derecho de ingreso preferente en caso de vacantes.
- Recolocación externa de los trabajadores afectados a través de empresas de recolocación autorizadas.
- Acciones de formación o reciclaje profesional.
- Promoción del empleo por cuenta propia, siempre y cuando, como es lógico, no persiga la continuidad de la prestación laboral de los trabajadores afectados hacia la misma empresa, mediante contratos de obras o de otro tipo de servicios, cuyo fin sea la elusión, en fraude de ley, de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.
- Medidas compensatorias de las diferencias salariales del nuevo empleo.

Para terminar, procede indicar que estarán legitimados para intervenir como interlocutores en el procedimiento de consultas, los representantes de los trabajadores, representación que será ostentada por:

- Comité de Empresa.
- Delegados de Personal.
- La comisión elegida por los representantes de los trabajadores cuando no exista esa representación legal en el centro de trabajo o centros afectados.
- Los propios trabajadores, en último caso.

No obstante, se entiende que la intervención durante el período de consultas como interlocutores, lógicamente, con voz pero sin voto, también le corresponde a las secciones sindicales en la empresa o centro de trabajo cuando así se decida, siempre y cuando cuenten con la mayoría en los comités de empresa o entre los delegados de personal.

C) Intervención de la Autoridad Laboral

El artículo 51 del ET solamente habla de “velar por la efectividad del período de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes”. Añade, inmediatamente, sin embargo, que unas y otras en ningún caso puedan suponer la paralización ni la suspensión del procedimiento.

Por tanto, el fin de la autoridad laboral durante el período de consulta es el de velar por la efectividad del período de consultas, pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes, que no supondrán, en ningún supuesto, la paralización ni la suspensión del procedimiento. La autoridad laboral dará traslado a ambas partes, aun cuando se dirijan a una de ellas.

La autoridad laboral podrá realizar durante el periodo de consultas, a petición de cualquiera de las partes, o por propia iniciativa, actuaciones de

asistencia; podrá, incluso, dirigir a las partes propuestas y recomendaciones sobre las medidas sociales de acompañamiento, así como, sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa.

La autoridad laboral podrá, igualmente, con el objetivo de buscar soluciones a los problemas planteados, como consecuencia de las extinciones, realizar actuaciones de mediación, siempre y cuando esta se realice a petición de las partes.

D) Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Tras la finalización del período de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral competente su resultado. Recibida la comunicación del empresario, la autoridad laboral dará traslado de ésta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social junto con la documentación correspondiente a las medidas de acompañamiento, y recolocación externa, en los casos que sea necesario; a efectos de que esta emita el correspondiente informe.

El informe deberá ser elaborado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas, y quedará incorporado al procedimiento.

El informe tratará sobre los extremos de dicha comunicación, así como del desarrollo del período de consultas; asimismo constatará que la documentación presentada por el empresario en relación a las causas objeto del despido se ajusta a lo legalmente establecido; también deberá verificar que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17 ET, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa, que trataremos más adelante.

La Inspección de Trabajo informará, en todo caso, cuando compruebe que concurre fraude, dolo, coacción o abuso del derecho en la conclusión del

acuerdo realizado durante el período de consultas; también, en el supuesto de que observe que el acuerdo tiene por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores, y así se hará constar en el informe, para su valoración por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo.

E) Finalización del Procedimiento

Tras la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará, en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, a la autoridad laboral competente, así como a los representantes de los trabajadores, su resultado:

- a) Si hubiera acuerdo, se estará a lo dispuesto en el contenido del mismo y al abono de la indemnización superior que, en su caso, se hubiera pactado.
- b) Si, por el contrario, no se hubiera producido acuerdo, el empresario, igualmente, remitirá a la autoridad laboral competente y representantes de los trabajadores, su decisión final sobre los despidos colectivos, así como las condiciones del mismo.

Transcurrido el citado plazo sin que el empresario haya comunicado la decisión de despido colectivo, se producirá la caducidad del procedimiento de despido, lo que impedirá al empresario proceder conforme a lo señalado anteriormente, sin perjuicio de poder iniciar un nuevo procedimiento.

Por tanto, si el empresario no comunica a la autoridad laboral la decisión sobre el despido colectivo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consulta, se producirá la caducidad del procedimiento y no podrá notificar a los trabajadores afectados los despidos de manera individual, sin perjuicio, de que pueda iniciar un nuevo procedimiento.

La comunicación incluirá la correspondiente documentación referente a las medidas de acompañamiento que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa, y el plan de recolocación externa en los casos de empresas obligadas a su realización.

La empresa deberá remitir, además, las actas de las reuniones del período de consultas, debidamente firmadas por todos los asistentes, así como justificar la decisión final del despido, y la afectación de los trabajadores con prioridad de permanencia en la empresa.

F) Comunicación a los trabajadores afectados

Una vez comunicada la decisión a la autoridad laboral, el empresario comenzará a notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, en los términos establecidos en el artículo 53.1 del ET.

Estas notificaciones individuales deben realizarse, no obstante, habiendo transcurrido un mínimo de 30 días entre la fecha de la comunicación del inicio del período de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido.

Respecto a la indemnización legal a percibir por los trabajadores afectados, si no se ha mejorado como consecuencia de un acuerdo, es la de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades.

G) Otras cuestiones relacionadas con el procedimiento

a) Prioridad de permanencia en la empresa

Según establece el artículo 51.5 y el 68.b) del ET, así como la Ley Orgánica de Libertad Sindical, los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa respecto de los demás trabajadores afectados por el procedimiento de despido; por lo tanto, se

mantienen las prioridades tras la reforma, añadiéndose que éstas incluirán también aquellos colectivos que se determinen en los convenios colectivos o en los acuerdos alcanzados durante el desarrollo del período de consultas, como es el caso de personas con discapacidad, con cargas familiares, etc.

b) Tramitación del Expediente Regulación de Empleo a petición de los trabajadores

Como sabemos, el ET no contempla esta posibilidad, de que sean los propios trabajadores quienes, por la situación de la empresa y además circunstancias que pudieran concurrir, soliciten la iniciación de un ERE; al respecto, solo podemos indicar que trata de una autentica laguna legal, que con el tiempo será solventada dada la situación económica general.

c) Expedientes de Regulación de Empleo que afecten a más de 50 trabajadores

En estos casos, la empresa deberá ofrecer, un plan de recolocación a través de empresas especializadas en la materia, de un mínimo de 6 meses de duración, con medidas de formación u orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo (se excluye de esta obligación a las empresas que estén en situación legal de concurso de acreedores).

Queda, por tanto, suprimido lo examinado en el capítulo 1 del presente estudio, respecto de que las empresas con 50 trabajadores o más debían adjuntar, junto a la documentación que debía acompañarse al inicio del expediente, un “plan de acompañamiento social”.

d) Expedientes de Regulación de Empleo que afectan a trabajadores con 55 o más años

Se mantiene la obligación de abonar las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social hasta que estos trabajadores puedan acceder a la pensión de jubilación (salvo los que tienen la condición de mutualistas).

Además, se contempla una medida adicional, al margen de lo que acabamos de exponer, para aquellos trabajadores con más de 50 años, respecto de las empresas en las que concurran las siguientes circunstancias:

- Que tengan más de 500 trabajadores o que formen parte del grupo de empresas cuyo conjunto llegue a ese número.
- Que el ERE afecte a trabajadores con 50 o más años de edad.
- Que aun concurriendo causas económicas, técnicas, productivas u organizativas que justifiquen la tramitación del mismo, la empresa o el grupo de empresas hubieran tenido beneficios durante los dos años inmediatamente anteriores a aquél en que se inicia el ERE.

En este caso, la medida adicional consiste en que se realizará una aportación económica al Tesoro Público, tal como se establece en la Disposición Adicional 16 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, dando una nueva redacción a esta, la Disposición Final 4ª, del Real Decreto–Ley 3/2012⁶⁹.

⁶⁹ En este sentido, se señala lo que sigue: “Para el cálculo de la aportación económica a que se refiere el apartado anterior, se tomarán en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal de acuerdo con lo establecido en los siguientes apartados. También se incluirán a los efectos del cálculo de la aportación económica los importes realizados por el Servicio Público de Empleo Estatal por los referidos conceptos de los trabajadores de cincuenta o más años cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 del Texto Refundido de la Ley del ET aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo. No obstante, se excluirán del cálculo de la aportación económica, a petición de la empresa afectada, los importes de prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados que hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo. En estos casos la empresa deberá acreditar estos extremos en el procedimiento”. El importe de la aportación se determinará anualmente mediante el tipo aplicable, que será el fijado por la escala establecida en el presente artículo, en función del número de trabajadores de la empresa, del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido y del porcentaje de los beneficios de la empresa sobre los ingresos.

3.2.4 NUEVA MODALIDAD PROCESAL DEL DESPIDO COLECTIVO

Sin lugar a dudas, la modificación de mayor trascendencia procesal que opera el RDL 3/2012 es la nueva redacción del art. 124 LRJS, que se anuncia en la nueva rúbrica de la Sección 2.^a del Capítulo IV del Título II del Libro Segundo de la LRJS, que queda redactado con la rúbrica del propio artículo: *Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor*. Las restantes modificaciones de importancia de la ley procesal giran entorno a este nuevo sistema procesal, el despido colectivo.

La propia Exposición de Motivos, como ya hemos indicado en capítulos anteriores, es muy clara y establece cual es la pauta o módulo interpretativo que deben tener en cuenta los jueces y tribunales de lo social al juzgar la idoneidad o no de la medida extintiva aplicada por la empresa en la tramitación de un ERE, concretamente se establece:

“También se introducen innovaciones en el terreno de la justificación de estos despidos. La Ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifiquen los despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre. Más allá del concreto tenor literal incorporado por diversas reformas desde la Ley 1/1194, de 19 de Mayo, por la que 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, tales referencias incorporaban proyecciones de futuro, de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa. Ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración sobre la concurrencia de unos hechos: las causas. Esta idea vale tanto para el control judicial de los despidos colectivos cuanto para los despidos por causas objetivas ex articulado 52 c) del Estatuto de los Trabajadores”.

Como podemos comprobar, el texto es muy claro y no deja lugar a dudas; ahora, otra cosa muy distinta es que, se esté de acuerdo o no con este criterio, y que las sentencias sigan o no estas pautas, de ahí una de las cuestiones que nos planteábamos al comienzo del estudio era: ¿deben los jueces limitarse a hacer un simple juicio de causalidad formal del motivo invocado por la empresa o, por el contrario, deben velar por el derecho del trabajador a no ser despedido “ sin causa justa”?,

Pues bien, como podemos observar, este nuevo criterio es difícilmente compatible con las normas internacionales; a modo de ejemplo, podemos tomar como referencia el artículo 9.1 del Convenio 158 de la OIT, suscrito por España, que establece que “ *los organismo mencionados en el artículo 8 del presente Convenio (en nuestro caso, se refiere a los jueces y tribunales), estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada*”. En la misma línea, podemos destacar, el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que recoge la tutela de los trabajadores ante un despido injustificado. De ahí que, lógicamente, en aplicación del artículo 96.1 de la CE, la nueva normativa deba ser interpretada de conformidad con los compromisos internacionales y las normas imperativas comunitarias.

Por tanto, y tomando como referencia el artículo 35.1 de la CE, del que se infiere el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa⁷⁰, criterio de interpretación que han de seguir los jueces por mandato constitucional, y que determina que en la actividad judicial no puedan desconocerse los elementos concurrentes en la aplicación de la Ley, parece más que evidente que los jueces y tribunales, aunque limiten su valoración únicamente a la concurrencia de causa, no pueden circunscribirse al plano estrictamente formal.

⁷⁰ Sentencia del TS 22/1981, de 2 de julio, y 192/2003, de 27 de octubre.

Es especialmente significativa, en este sentido, la STC 20/1004, de 27 de enero, donde se prevé que “la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que aparecen legalmente, y en especial las económicas, es uno de los aspectos básicos en el estructura de los derechos incluidos en ese precepto constitucional y a su vez se convierte en el elemento condicionante para el pleno ejercicio de los demás de la misma naturaleza, como el de huelga o de sindicación e incluso del que garantiza la tutela judicial efectiva. En efecto, la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función intuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho, cuya finalidad en este sector no es otra que compensar la desigualdades entre empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa regulación mutua, máxime si ello acontece a título individual y no colectivo”.

Ciertamente, una cosa es que hayan desaparecido los parámetros legales determinantes del juicio de funcionalidad, y otra, muy distinta es que jueces y tribunales tenga que abstenerse de conocer la globalidad del acto extintivo.

Dicho lo anterior, entremos a hablar de la nueva modalidad procesal de despido colectivo. En rigor, el nuevo art. 124 LRJS regula dos modalidades procesales. Una, la que disciplina la demanda colectiva contra el despido colectivo. Otra, la demanda individual contra la extinción del contrato de trabajo operada por el despido colectivo. Veamos una y otra.

3.2.4.1 La demanda colectiva contra el despido colectivo

A) Partes legitimadas

El art. 124 LRJS establece que *“la decisión empresarial podrá impugnarse por los representantes legales o sindicales de los trabajadores”*, por lo que, a simple vista, la primera pregunta que nos podíamos plantear es si sólo esos sujetos, y no otros, pueden impugnar el despido colectivo.

En una interpretación literal debe entenderse que sólo los sujetos colectivos pueden demandar al empresario autor de un despido colectivo; en principio, ello no parece ofrecer dudas, máxime teniendo en cuenta que hay jurisprudencia constitucional que avala esta tesis y que rechaza la intervención individual, sin el cauce de los sujetos colectivos, en la impugnación de actos de eficacia colectiva, como es el convenio colectivo, ya que pueden impugnar sus cláusulas por el procedimiento⁷¹. Lo mismo podría decirse respecto del despido colectivo, por cuanto los trabajadores individualmente tienen abierto el cauce de su propia demanda individual de despido ante el Juzgado de lo Social; es mas, el propio art. 124.2 LRJS dispone que *“en ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas”*. Estas pretensiones se regulan en el apartado 11 del mismo artículo, a través de procedimiento individual, pero ello no excluye, al menos literalmente, que el propio trabajador afectado no pueda atacar los fundamentos del despido colectivo, tanto en lo referente al procedimiento seguido, como respecto de las causas invocadas por el empresario para la extinción colectiva; la duda es, por tanto, si lo tienen que hacer por medio de su demanda individual o plural ante el Juzgado de lo Social o, si los representantes de los trabajadores no lo impugnan, ellos mismos lo pueden hacer individual o pluralmente ante la Sala de lo Social competente del Tribunal Superior de Justicia que corresponda o la Audiencia nacional.

En efecto, la reformada ley dice que la decisión empresarial de proceder al despido colectivo podrá impugnarse por los sujetos colectivos, y es claro que esto es una facultad de los mismos. De hecho, en las impugnaciones que antes se tramitaban en la Jurisdicción Contencioso Administrativa esta posibilidad era

⁷¹ A modo de ejemplo vid. SSTC 4/1987, 47/1988, 81/1990, 10 y 12/1996.

admitida sin duda alguna, por cuanto el trabajador afectado era parte interesada y afectada por la decisión administrativa que autorizaba el despido colectivo; por tanto, debemos entender, que al no decir el art. 124 LRJS que sólo podrá impugnarse por los representantes legales de los trabajadores, no excluye otras posibles impugnaciones por los propios trabajadores afectados que ataquen el despido colectivo, y no sólo sus efectos individuales. Además, sería llamativo que los trabajadores afectados por las autorizaciones administrativas para proceder a los despidos colectivos pudiesen acudir a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para impugnar la decisión administrativa sin mayor obstáculo en su condición de interesados, y con las alegaciones y pruebas que considerasen pertinentes, y que, ahora, como afectados por la decisión extintiva empresarial, no pudiesen acudir a los Tribunales de lo Social para ejercer idéntica impugnación, que quedaría exclusivamente en manos de sus representantes unitarios o sindicales.

En cuanto a la representación de los trabajadores del art. 41.4 ET, recordemos que, según su tenor literal, en las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Sea por los trabajadores de la propia empresa elegidos por sus representados, o por la comisión de sindicatos más representativos, ambos son representantes de los trabajadores a estos efectos y están legitimados para impugnar el despido colectivo, salvo que lo hayan acordado con el empresario, obviamente.

Siguiendo con los sujetos que pueden impugnar el despido colectivo, menos dudas ofrece la posibilidad de que puedan hacerlo los sindicatos con implantación en la empresa, que no estén de acuerdo con la decisión empresarial, con amparo en el art. 17.2 LRJS, no modificado: *“los sindicatos*

con implantación suficiente en el ámbito del conflicto están legitimados para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores, siempre que exista un vínculo entre dicho sindicato y el objeto del pleito de que se trate". Por tanto, al tratarse de un procedimiento en el que están en juego intereses colectivos de los trabajadores, y de sus afiliados, parece claro que pueden accionar los sindicatos, pero han de alegar en la demanda, y probar en juicio si es negado, que existe un vínculo entre dicho sindicato y los intereses de los trabajadores afectados por el despido colectivo.

Respecto a la Autoridad laboral, parece claro su legitimación procesal para impugnar la decisión empresarial en materia de despido colectivo, aunque se observan algunas limitaciones. Concretamente, el segundo párrafo del nuevo art. 51.6 ET, establece: *"la Autoridad laboral podrá impugnar los acuerdos adoptados en el periodo de consultas cuando estime que estos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, así como cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo"*. Por tanto, la Autoridad laboral procederá contra los acuerdos alcanzados en el período de consulta cuando entienda que éstos se han alcanzado mediante fraude, dolo, coacción o abuso del derecho, por ambas representaciones o por una de ellas, en estos casos (también deberá ser demandada la representación de los trabajadores que adopto el acuerdo); procederá también cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo informara a dicha autoridad de que el acuerdo puede tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por desempleo; en estos supuestos, se actuara por el procedimiento de oficio regulado en los artículos 148,149 y 150 LRJS.

Todo lo expuesto es sobre la legitimación activa en el procedimiento de despido colectivo, pero, en el lado opuesto, está legitimado pasivamente para soportar la demanda, el empresario, autor del despido colectivo, esto es evidente. Si ha habido acuerdo en el periodo de consultas deben ser

demandados los representantes de los trabajadores que lo hubieren firmado, como expresamente prevé el art. 124. 3 LRJS.

B) La demanda de despido colectivo

La demanda por despido colectivo no se tramita por la modalidad procesal de conflicto colectivo, sino por la específica del art. 124 LRJS. Y así lo aclara el legislador, en el párrafo final del art. 153.1 LRJS sobre conflicto colectivo: *“Las decisiones empresariales de despidos colectivos se tramitarán de conformidad con lo previsto en el artículo 124 de esta Ley”*; por tanto, los órganos judiciales competentes serán las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia *“cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial no superior al de la Comunidad Autónoma”* (art. 7.a LRJS), y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional *“cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma”* (art. 8.1 LRJS).

La demanda deberá presentarse ante el Tribunal social competente dentro del plazo de caducidad de veinte días, plazo que se cuenta desde la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión de despido colectivo adoptada por el empresario al finalizar el período de consultas. Hay que tener en cuenta que el mes de agosto es hábil para todas las actuaciones procesales derivadas del despido colectivo (art. 43.4 LRJS), incluyendo demanda y recursos.

Para formular la demanda no será necesario agotar ninguna de las formas de evitación del proceso contempladas en la LRJS, ni papeleta de conciliación, ni intento de mediación; aunque, obviamente, pueden producirse, con los efectos que regula el art. 64.3 LRJS, *“si las partes acuden en tiempo oportuno voluntariamente y de común acuerdo a tales vías previas”*.

Según el art. 124.2 LRJS, la demanda deberá fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos:

a) La no concurrencia de las causas legales alegadas por la empresa en la comunicación escrita.

b) No haberse cumplido con el procedimiento descrito en los apartados anteriores, según lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 ET.

c) Haberse adoptado la decisión extintiva mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

En ningún caso podrán ser objeto de este proceso las pretensiones relativas a la inaplicación de las reglas de prioridad de permanencia previstas legal o convencionalmente o establecidas en el acuerdo adoptado en el período de consultas. Tales pretensiones se plantearán a través del procedimiento individual al que se refiere el apartado 11 del art. 124 LRJS, que trataremos más adelante.

C) Tramitación del proceso

Como ya hemos indicado, no es necesaria la previa tramitación del intento de conciliación; se podrá presentar directamente demanda ante el órgano judicial que corresponda dentro del plazo de 20 días hábiles desde la notificación de la decisión empresarial; este tipo de procedimientos tiene carácter preferente urgente sobre cualquier otro, salvo los de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas; contra las resoluciones que se dicten no cabrá recurso, salvo el de declaración inicial de incompetencia, al igual que ocurre en los conflictos colectivos (art. 161 LRJS).

Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial dará traslado de la misma a la empresa requiriéndole para que en el plazo de cinco días presente, preferiblemente en soporte informático, la documentación y las actas del período de consultas y la comunicación a la Autoridad laboral del resultado del mismo.

En ese mismo requerimiento, el secretario judicial ordenará a la empresa que, en el plazo de cinco días, notifique a los trabajadores que pudieran resultar afectados por el despido colectivo la existencia del proceso planteado

por los representantes de los trabajadores, para que, en el plazo de quince días, comuniquen al órgano judicial un domicilio a efectos de notificación de la sentencia.

En caso de negativa injustificada del empresario a remitir estos documentos o a informar a los trabajadores que pudieran resultar afectados, el secretario judicial reiterará por la vía urgente su inmediata remisión en el plazo de tres días, con apercibimiento de que, de no cumplirse en plazo este segundo requerimiento, se impondrán las sanciones procesales correspondientes, y se podrán tener por ciertos los hechos que pretende acreditar posteriormente en el desarrollo del juicio.

Al admitirse la demanda, el secretario judicial acordará recabar de la Autoridad laboral copia del expediente administrativo relativo al despido colectivo, así como, Informe de la Inspección de Trabajo.

Transcurrido el plazo de diez días hábiles desde la finalización del plazo para interponer la demanda, el secretario judicial citará a las partes al acto del juicio, que deberá tener lugar en única convocatoria dentro de los 15 días siguientes. En la citación se acordará de oficio el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con cinco días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente examinar antes del momento de la práctica de la prueba.

En cuanto al juicio, nada se dice respecto a las reglas que rigen el procedimiento, por lo que se desprende, que *“tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar”*, tal y como se contempla en el artículo 120 LRJS, para el despido por causas objetivas.

D) La sentencia

Partiendo de lo establecido en el artículo 124 LRJS, la sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la celebración del juicio, y esta podrá tener el siguiente contenido:

A) “*declarará ajustada a derecho la decisión extintiva*” cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 ET, acredite la concurrencia de la causa legal fundada la decisión empresarial.

B) “*declarará no ajustada a Derecho*” la decisión extintiva cuando el empresario no haya acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

C) “*declarará nula la decisión extintiva*” cuando se haya incumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 ET; también será declarada nula cuando no se hubiera obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos que estén legalmente previstos, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

E) Recurso

La sentencia que dicte la Sala de lo social competente es recurrible en casación ordinaria ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (arts. 124.9, 205.1 y 206.1 LRJS) en todos sus supuestos, ya sea dictada por una Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia o por la Sala de lo Social de la audiencia Nacional.

3.2.4.2 Demanda individual en despido colectivo

El trabajador, de manera individual, también puede impugnar el despido colectivo, de no estar conforme con la decisión adoptada por el empresario en todo aquello que le afecte y lesione sus derechos e intereses. También es posible que el trabajador no impugne el despido como tal, pero sí el pago de la

cantidad indemnizatoria, si el empresario no la ha hecho o si considera que la cantidad no es correcta. En todo caso, podrá ser objeto de demanda, si el trabajador entiende que no está justificada la medida, que no se ha respectado el procedimiento establecido legalmente, o se han vulnerado los derechos fundamentales o libertades públicas, así como, si entiende que no se han respectado las prioridades de permanencia establecidas legalmente o las acordadas en periodo de consultas.

A) Parte demandada

Los demandados en este proceso, lógicamente, será la empresa en todo caso, y la representación de los trabajadores cuando se hubiera llegado a un acuerdo con la empresa y éste sea impugnado a nivel individual por los afectados. Además, si iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual; por otra parte, cuando la demanda verse sobre preferencias atribuidas a determinados trabajadores, éstos también deberán ser demandados. Igualmente deberán ser demandados los representantes de los trabajadores cuando la medida cuente con la conformidad de aquéllos.

B) Procedimiento, sentencia y efectos de la misma

Según el RDL 3/2012, cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo, la demanda se presentará ante el Juzgado de lo Social correspondiente y, contra la sentencia, se podrá interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva comunidad Autónoma; para su procedimiento será de aplicación lo establecido en los artículos 120 a 123 LRJS. En este caso, a diferencia de lo visto en el apartado anterior, para la demanda colectiva, es necesario interponer papeleta de conciliación y formular la demanda, con los

requisitos exigibles para el despido objetivo y en el plazo común de 20 días; en este supuesto, al igual que en cualquier otro tipo de despido, este deberá ser calificado por el juez, como procedente, improcedente o nulo.

La procedencia del mismo será cuando quede justificada la causa alegada por el empresario, consolidando entonces la indemnización correspondiente a los despidos colectivos, que como sabemos es la misma que para los despidos objetivos; respecto a la improcedencia del mismo, será cuando no quede probada dicha causa; y la nulidad se producirá, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 LRJS, cuando se incumpla lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 ET, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista; también será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas.

En esta línea, indicar que si una vez iniciado el proceso individual se plantease demanda por los representantes de los trabajadores contra la decisión empresarial, a tenor de lo dispuesto en los apartados anteriores, aquel proceso se suspenderá hasta la resolución de la demanda formulada por los representantes de los trabajadores, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del apartado 3 del artículo 160 LRJS.

C) Ejecución de sentencias

A lo largo de las siguientes líneas trataremos el carácter ejecutivo o no de las Sentencias dictadas en el proceso colectivo; para ello tomaremos como punto de partida el RDL 3/2012, para concluir con la modificación llevada a cabo por el RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social en la que, se recoge el carácter ejecutable de las sentencias colectivas firmes dictadas si se declara la nulidad del procediendo de despido colectivo.

Concretamente, el párrafo 3 del artículo 124.9 LRJS, en su redacción dada mediante el Real Decreto Ley 3/2012, establecía lo siguiente: *“La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando no se haya respectado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del ET, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos que este legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso del derecho.* Con carácter previo a la modificación del año 2012, el artículo 124 LRJS venía estableciendo que la sentencia que declaraba nulo un despido colectivo era una sentencia meramente declarativa y, por lo tanto, exigía una reclamación individual del trabajador para que éste pudiera tener derecho a la readmisión, siguiendo esta línea nos encontramos la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2012⁷² que declaraba el carácter declarativo de la sentencia colectiva de despido argumentando que *“se trata, por tanto, de una sentencia declarativa, en la que solo cabe destacar la nulidad de la decisión extintiva, sin que quepa condenar al empresario a readmitir a los trabajadores afectados, más los salarios de tramitación, como se pretende en la demanda, ya que dichas pretensiones deberán satisfacerse, en su caso, mediante los procedimientos de impugnación individual de los despidos, regulados en el artículo 124 de la LRJS”.* Por tanto, efectivamente, del contenido de la norma debía entenderse que no era ejecutable al tratarse de sentencia declarativa, por lo que es totalmente lógico su ausencia de regulación; pero aunque a simple vista parece muy sencillo, en la practica tiene unas consecuencias muy significativas, dado que si una sentencia de despido colectivo no se ejecuta y se remiten sus efectos a que se resuelvan por procedimientos individuales de despido que insten los trabajadores afecta, sería poner en individual lo que es colectivo; además, se exigiría una coordinación procesal entre Salas y Juzgados, no contemplados por la Ley; por ello, era lógico pensar que el complejo procedimiento de ejecución de despido colectivo necesitaba una tramitación especial, por lo que el legislador vuelve a dar una vuelta de tuerca y nos encontramos unos meses después con el nuevo redactado del artículo

⁷² Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 2012.

124.11 LRJS, que introduce la Ley 3/2012, que, concretamente, mantiene lo establecido por el RDL 3/2012, pero introduce una frase en el último párrafo:

“La sentencia declarará nula la decisión extintiva cuando el empresario no hay realizado el período de consulta o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET o no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del mismo texto legal u obtenido la autorización judicial del juez en el concurso en los supuestos en qué esté legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se haya efectuando en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. En este supuesto la sentencia declarará el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, de conformidad con los dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo de esta Ley”.

Como podemos observar, se vuelve a introducir el interrogante de si, con la expresión de que la sentencia declarará en los supuestos de nulidad el derecho a la incorporación, se estaba convirtiendo en ejecutiva la declaración de nulidad, idea que se puede descartar por los mismos motivos ya expuestos, y de los que no podemos estar muy equivocados, cuando el legislador vuelve a retocar el artículo 124 LRJS, mediante el RDL 11/2013, y establece la posibilidad de ejecutar por la vía colectiva las sentencias firmes que declaren la nulidad del despido colectivo, descartándose la ejecución por vía colectiva de las sentencias que se declaren no ajustadas a derecho, las cuales deberán seguir su tramitación individual, sin perjuicio del efecto de cosa juzgada de la sentencia.

Cabe señalar, que el nuevo texto introduce una modificación del artículo 247 LRJS, por el cual la modalidad de ejecución de sentencias firmes regulada en este artículo será aplicable a *“los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula”.*

En definitiva, tras la publicación del RDL 11/2013, parece indiscutible la posible ejecución de las sentencias firmes de despido colectivo, siempre que la misma haya supuesto la declaración de nulidad, excluyendo, a sensu contrario,

la ejecución de sentencias que declaren que la misma no es ajustada a Derecho y, expresamente, declarando el carácter declarativo de la acción que puede interponer el empresario; ahora bien, continuando en esta línea, conviene plantearnos, ¿son posibles acuerdos o pactos individuales tras la extinción de los contratos y posterior readmisión, en cumplimiento de ejecución de sentencia colectiva que declara la nulidad del despido? Parece que no existe inconveniente en admitir la posibilidad de estos acuerdos, tal y como viene sosteniendo la doctrina jurisprudencial anterior a la reforma, a lo que podemos añadir lo recogido en la propia norma procesal, en su artículo 247.1 g), donde se establece que *“los sujetos que, pudiendo resultar beneficiarios por el título ejecutivo, no quieran ejercitar su acción e el proceso de ejecución colectivo, podrán, en su caso, formularla individualmente a través del proceso declarativo que corresponda”*.

4. FLEXISEGURIDAD INTERNA COMO ALTERNATIVA AL DESPIDO

Aunque la flexibilidad interna en el seno de la empresa no es objeto principal del presente estudio, y a lo largo del capítulo anterior se hizo referencia a otro tipo de alternativas a las modalidades extintivas objeto de estudio, es fundamental realizar una breve mención a esta materia, dado que la flexibilidad interna se debe presentar como uno de los instrumentos alternativos a la medida más traumática y conflictiva, que es la que acabamos de examinar dirigida a satisfacer las necesidades productivas de las empresas, y que comporta la reducción de empleo en las mismas.

En este marco es fundamental, especialmente en momentos de crisis económica, como la que actualmente afecta a España, la necesidad de mejorar los instrumentos que el ordenamiento jurídico-laboral ofrece en esta materia, con el objetivo de conseguir el mantenimiento del empleo y de la actividad productiva.

La Reforma Laboral de 2010 tuvo presentes dichas demandas y, de los tres objetivos que se marca como fundamentales el Real Decreto-Ley 10/2010,

de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁷³, posteriormente convalidado por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, uno es justamente la incorporación de medidas tendentes a *“reforzar los instrumentos de flexibilidad interna en el desarrollo de las relaciones laborales (...)”* como mecanismo *“(...) de mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos para favorecer la adaptabilidad de las empresas”*⁷⁴.

En esta misma línea, se inscriben también una parte importante de las modificaciones previstas en el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el cual según se indica en su Exposición de Motivos, tiene por finalidad *“fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa”*, todo ello bajo el objetivo –continúa señalando la Exposición de Motivos-, de que las empresas puedan *“hacer frente a las oscilaciones de la demanda recurriendo a mecanismos diferentes al despido, que preserven al capital humano de la empresa”*; en general, concluye, se trata de lograr la *“flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”*.

Por tanto, tras la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado⁷⁵, se confirma la apuesta realizada por el legislador por introducir nuevas medidas dirigidas a *“favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción del empleo”*⁷⁶.

⁷³ BOE de 17 de junio de 2010

⁷⁴ Exposición de Motivos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. (Apartado II).

⁷⁵ BOE de 7 de julio de 2012

⁷⁶ Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. (Apartado IV).

Dentro del conjunto de medidas que facilitan la flexibilidad interna en las empresas se encuentran:

- Jornada de trabajo irregular.
- Movilidad funcional.
- Movilidad geográfica.
- Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.
- Suspensión de contratos laborales o reducción de jornada mediante expedientes de regulación de empleo.

En este estudio nos centraremos en realizar un breve análisis de los cambios que se han producido en la regulación de este tipo de medidas tras la aprobación de la Ley 3/2012⁷⁷.

4.1. JORNADA DE TRABAJO

Dentro del Capítulo II del ET, la sección 5ª del mismo está dedicada al “tiempo de trabajo”, y aunque las variaciones introducidas en esta materia no son de gran calado, cabe destacar como novedad la posibilidad de la empresa de distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 por ciento de la jornada de trabajo, aun cuando no se haya alcanzado un pacto con los representantes de los trabajadores.

⁷⁷ Téngase en cuenta que, además de los cambios dirigidos a favorecer la flexibilidad interna en las empresas señalados, el Capítulo III Ley 3/2012 también acomete una intensa reforma de la negociación colectiva que, tal como advierte LÓPEZ ANIORTE, M.C., *Concurrencia de convenios y atomización de la negociación colectiva*, Ediciones Laborum, Murcia, 2015 (puede verse en, <https://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/45173>; fecha de consulta: 23 de octubre de 2015), págs. 19 y ss., incide sobre tres aspectos básicos: 1º) La extensión de la posibilidad de descuelgue a otras condiciones laborales distintas a las salariales y el establecimiento de mecanismos dirigidos a garantizar el “desbloqueo” ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores. 2º) La intensificación de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, que ya no puede ser exceptuada por los acuerdos y convenios a que se refiere el art. 83.2 ET. 3º) Y la introducción de cambios que afectan a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo, que se traducen, de un lado, en la posibilidad de renegociación del convenio antes del fin de su vigencia, y en el establecimiento, de otro, de una limitación temporal a la ultraactividad con la que se pretende evitar la “petrificación” de las condiciones de trabajo pactadas en convenio.

Previamente a la reforma laboral, se establecía la posibilidad de establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, pero para ello se requería que se pactase en convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Tras la reforma, empresa y representantes de los trabajadores podrán pactar la distribución irregular de la jornada de trabajo, pero en el caso de no llegarse a un acuerdo la empresa podrá proceder a la distribución irregular de hasta un cinco por ciento de la jornada de trabajo. Para una distribución irregular de la jornada por encima de estos umbrales, se necesitará en todo caso el que representantes de los trabajadores y empresa lleguen a un acuerdo.

4.2. MOVILIDAD FUNCIONAL

Según la nueva redacción del artículo 39.1 del Texto Refundido del ET, *“la movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador”*.

En este párrafo del precepto se suprime la referencia a la pertenencia al grupo profesional como límite a la movilidad funcional dentro de la empresa. Pese a ello, en el apartado 2 del mismo artículo se sigue exigiendo, para que se produzca movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional, que concurren razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención.

La nueva redacción del precepto precisa que dichas causas deberán concurrir tanto si estamos ante tareas superiores o inferiores a las que venía desempeñando el trabajador.

Antes de la reforma, se establecía que en caso de encomienda de funciones inferiores ésta debería estar justificada por necesidades perentorias

o imprevisibles de la actividad productiva. Esta previsión desaparece en la nueva redacción, por lo que debemos entender que dicha perentoriedad e imprevisibilidad ya no son exigibles a los efectos de encomendar al trabajador tareas inferiores a las de su grupo profesional.

Como podemos observar, no se introducen excesivas modificaciones respecto a la versión anterior del artículo 39 del ET. Sin embargo, esas modificaciones tienen una evidente trascendencia en cuanto a la finalidad de la reforma.

4.3. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

El art. 40 ET mantiene sin cambios los principales supuestos que se regulan en este precepto; es decir, salvo el caso de reagrupamiento familiar (art. 40.3 ET⁷⁸), los cambios de centro de trabajo motivados por la condición de víctima de violencia de género (art. 40.3 bis ET⁷⁹) y la incorporación realizada por la Ley 3/2012 de los cambios de centro de trabajo motivados por la condición de víctima de terrorismo⁸⁰ y de protección de la salud de personas con discapacidad⁸¹, en este precepto se regulan aquellos cambios de centro de

⁷⁸ El art. 40.3 ET establece que si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo.

⁷⁹ El art. 40.3 bis ET señala que la trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría profesional equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. En tales supuestos, la empresa está obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrán una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que ocupaba anteriormente la trabajadora. Terminado este período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva.

⁸⁰ Tras la aprobación de la Ley 3/2012 el art. 40.3 bis ET incorpora al régimen jurídico previsto para las víctimas de violencia de género a las víctimas de terrorismo que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad en la que venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección.

⁸¹ La Ley 3/2012 incorporará el apartado 40.3 ter ET, en virtud del cual los trabajadores con discapacidad con la finalidad de hacer efectivo su derecho de protección de la salud y siempre

trabajo que implican simultáneamente un cambio de residencia del trabajador y que se realizan a instancias del empresario justificados en motivos ligados a la actividad empresarial.

Por tanto, se siguen excluyendo de la regulación del art. 40 ET, por considerarse manifestaciones del ejercicio regular del poder de dirección del empresario, todos aquellos cambios decididos unilateralmente por éste que suponen un cambio de lugar de trabajo que no implican cambio de centro de trabajo o que, aun suponiendo el cambio de centro de trabajo, no requieren del cambio de residencia del trabajador⁸². Asimismo quedan al margen de esta regulación los cambios pactados entre las partes contratantes, los cambios derivados de sanción disciplinaria y, finalmente, y por expresa exclusión del art. 40.1 ET, los cambios de lugar de trabajo de los trabajadores que desarrollan su prestación de servicios en centros móviles o itinerantes.

Cabe indicar que, respecto a los supuestos regulados por el art. 40 ET referidos a traslados y desplazamientos a iniciativa del empresario, la normativa sigue sin determinar de forma objetiva el momento en que concurre la necesidad de cambio de residencia, de manera que sigue siendo un aspecto a concretar, o bien por la negociación colectiva, o que se deja a la valoración concreta de cada supuesto, en cuyo caso, la participación de los tribunales seguirá siendo fundamental⁸³.

que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento, en los términos y condiciones establecidos en el mismo precepto para las trabajadoras víctimas de violencia de género y para las víctimas de terrorismo.

⁸² Estos supuestos son calificados como supuestos de movilidad geográfica “débil o no sustancial”. En este sentido, TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2012, pág. 78.

⁸³. A modo de ejemplo vid. STS de 26 de abril de 2006 (RJ 2006\3105) y de 27 de noviembre de 2011 (RJ 2008\1043).

Tampoco se producen cambios importantes en relación a la tipología de la movilidad geográfica, de manera que ésta se puede seguir clasificando según su duración y el número de trabajadores afectados por la decisión empresarial.

Atendiendo a la duración de la movilidad geográfica, diferenciamos entre el traslado, que se identifica con supuestos de cambio de lugar de trabajo de carácter permanente o indefinido y, el desplazamiento, que viene referido a supuestos de cambio de lugar de trabajo de carácter temporal. La determinación entre lo que debe ser considerado un cambio temporal y uno indefinido resulta ciertamente difícil y, el legislador, consciente de ello, prevé en el art. 40.4 ET una pauta para distinguir un tipo de cambios de otros. De esta manera, todos aquellos cambios de lugar de trabajo que impliquen cambio de residencia y que, en un período de 3 años, exceda de 12 meses deberá recibir el tratamiento de traslado y, a *sensu contrario*, todos aquellos que no superen dicha referencia temporal deberán ser considerados un desplazamiento.

En cuanto a la distinción de la movilidad geográfica según el número de trabajadores afectados por la medida empresarial, cabe indicar que dicha clasificación sólo es predicable de los traslados quedando, por tanto, fuera de esta clasificación los desplazamientos.

De acuerdo con lo previsto en los arts. 40.1 y 40.2 ET, los traslados podrán ser individuales o colectivos. Se entiende que estamos ante un supuesto de traslado individual cuando el número de trabajadores afectados por la medida no alcanza el mínimo fijado por la ley para considerar el traslado como colectivo. En consecuencia, un traslado individual no sólo lo será el que afecte a un único trabajador, sino que también deberá considerarse como tal el que afecte a una pluralidad de trabajadores cuando el número de los mismos no alcance al mínimo previsto por la ley para ser considerado un traslado colectivo.

El art. 40.2 ET establece que un traslado será colectivo si afecta a todo un centro de trabajo si cuenta con una plantilla superior a 5 trabajadores o sin afectar a la totalidad de los trabajadores de un centro en un período de 90 días comprende como mínimo a: 10 trabajadores en empresas de hasta 100 trabajadores, el 10% de la plantilla en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores o 30 trabajadores en empresas de más de 300 trabajadores.

En este punto cabe mencionar la pequeña modificación que se introduce en el criterio numérico de determinación del carácter colectivo del traslado, y que ha consistido en cambiar el número mínimo de trabajadores que han de conformar la plantilla de la empresa afectada por la decisión de movilidad geográfica. De esta forma, tras la Ley 3/2012, los traslados serán colectivos si afectan al 10% de la plantilla en empresas de entre 100 y 300 trabajadores, cuando antes de la reforma la plantilla de la empresa era de entre 100 hasta 299 trabajadores y 30 o más trabajadores en empresas con plantillas de más de 300 trabajadores, mientras que con anterioridad a la Ley 3/2012 el número mínimo de plantilla era de 300 o más trabajadores.

La distinción de tipologías de movilidad geográfica que acabamos de realizar no son meras construcciones teóricas que carecen de trascendencia real, sino que tienen importantes efectos prácticos ya que según el tipo de movilidad geográfica ante la que nos encontremos el procedimiento a seguir será diferente, así como también los efectos que se deriven de dicha movilidad.

Un aspecto que sí se ha visto modificado recientemente, referido a la movilidad geográfica, es el relativo a las causas que deben justificar la adopción de la medida empresarial. Si bien el legislador mantiene la exigencia de que concurran causas objetivas ligadas a la actividad empresarial para poder llevar a cabo el cambio de lugar de trabajo del trabajador, las mismas han sido reformuladas tras la Reforma Laboral de 2012. Esta reformulación ya se apuntaba en el Real-Decreto 3/2012, la cual se ha visto confirmada con la aprobación de la Ley 3/2012

Con anterioridad a la Reforma Laboral de 2012, en los art. 40.1 y 40.4 ET se indicaba que para hacerse efectivo el traslado o el desplazamiento de trabajadores se requería la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justificasen, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial⁸⁴, entendiéndose que tales causas concurrían si la adopción de las medidas propuestas por el empresario (traslados y/o desplazamientos), contribuían a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favoreciera su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

El modo en que el legislador definía hasta ahora la concurrencia de las causas exigidas para poder justificar un traslado o un desplazamiento no ha estado exento de críticas dada su ambigüedad y la dificultad que ello ha comportado para delimitarlas⁸⁵. Atendiendo a este marco normativo y como se ha constatado por la doctrina⁸⁶, si bien las causas se acotaban claramente en un marco objetivo y ligado al interés de la empresa, su delimitación no resultaba fácil dada su gran dosis de abstracción y generalidad, lo cual en términos procesales limitaba “considerablemente la capacidad judicial de enjuiciar la razonabilidad de la medida empresarial”⁸⁷. En este punto debe destacarse la importante tarea interpretativa llevada a cabo por los tribunales en esta materia, la cual ha permitido ir acotando los márgenes de

⁸⁴ A modo de ejemplo vid. STS de 26 de abril de 2006 (RJ 2006\3105) y de 27 de noviembre de 2011 (RJ 2008\1043).

⁸⁵ GARCÍA MURCIA, J.: “La incidencia de la Ley 11/1994 en la regulación de los traslados y desplazamientos de los trabajadores”. Relaciones Laborales, núm. 17-18/1994, pág. 102; ORTIZ LALLANA, M.C.: La movilidad geográfica en la empresa (el marco jurídico de la Ley 11/1994, de 19 de mayo). Ed. Actualidad Editorial. Madrid, 1994, pág.54 y SALA FRANCO, T.: “Movilidad geográfica” en BORRAJO DACRUZ, E. (Dir.): Comentarios a las leyes laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores (Ley 11/1994 y leyes concordantes). Ed. EDERSA. Madrid, 1994, pág. 282.

⁸⁶ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: El Régimen Jurídico de la Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo. Ed. Aranzadi. Cizur Menor, 1999, pág. 106.

⁸⁷ BAYLOS GRAU, A.; CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: Instituciones de Derecho Procesal. Ed. Trotta. Madrid, 1995, pág. 366.

discrecionalidad empresarial que permitían los términos definidores de las causas justificadoras de la movilidad geográfica⁸⁸.

Cabía pensar que las continuas críticas vertidas sobre la formulación de las causas justificativas de la movilidad geográfica y la doctrina elaborada por los tribunales durante todos estos años podían ser tenidas en cuenta por el legislador a la hora de abordar la reforma del art. 40 ET. Sin embargo, no ha sido así y la nueva redacción introducida no ofrece, a nuestro parecer, pautas clarificadoras sobre el alcance concreto que deben tener los motivos que justifiquen un traslado o un desplazamiento y pueden llevar a ahondar en las dificultades de acotar los supuestos que quedan englobados dentro de la movilidad geográfica.

La nueva definición de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se limita a señalar que las mismas estarán presentes si las causas están “relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad”.

Con la excepción de la referencia a “las contrataciones referidas a la actividad”, que ciertamente acotan con claridad la razón que puede motivar un traslado o un desplazamiento, el resto de causas se definen de una forma muy vaga y, a diferencia de la redacción anterior contenida en el art. 40.1 ET, no tienen carácter finalista, en el sentido que el motivo que justifica la adopción de la medida empresarial no tiene por qué pretender “contribuir a la mejora de la situación de la empresa” o de “ofrecer una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”, como sí se exigía anteriormente. La nueva redacción se limita a requerir que los motivos que lleven a adoptar la decisión de un traslado o un

⁸⁸ Sentencia del TS de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005\9696), de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2011\1991) y de 16 de mayo de 2011 (RJ 2011\4876).

desplazamiento estén vinculados o relacionados sin más con la competitividad, productividad, la organización técnica o la del trabajo.

A nuestro parecer, el legislador sigue ofreciendo en la nueva redacción pautas muy genéricas y ambiguas⁸⁹ y amplían claramente el margen de actuación del que hasta el momento disfrutaba el empresario para poder realizar un traslado o un desplazamiento. Esa amplitud ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que la nueva formulación de las causas justificadoras de la movilidad geográfica “otorga al empresario un poder prácticamente omnímodo”, sin más límites que la buena fe, el abuso de derecho, el fraude de ley y los derechos fundamentales de los trabajadores⁹⁰. En todo caso, compartimos la opinión de una parte de la doctrina que considera que la omisión de los condicionantes teleológicos que hasta la Reforma de 2012 caracterizaban a las medidas de movilidad geográfica, implícitamente supone una menor carga probatoria en el momento en que se plantee un conflicto o una reclamación, porque la fórmula tradicional se diluye, relajándose la carga de la prueba notablemente ya que la competitividad, la productividad y la adecuada organización técnica del trabajo son factores esenciales para la pervivencia de cualquier empresa⁹¹.

⁸⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral” en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.(Dirs.): *La regulación del mercado laboral*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2012, pág. 274; SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN GIMÉNEZ, R.: *Claves de la Reforma Laboral de 2012*. Ed. Thomson-Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2012, pág. 215; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *La modificación unilateral...*, op. cit. pág.89;

⁹⁰ ROQUETA BUJ, R.: “La flexibilidad interna” en BLASCO PELLICER, A.; CAMPS RUIZ, L..M.; GOERLICH PESET, J.J.; ROQUETA BUJ, R. y SALA FRANCO, T.: *La Reforma Laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012, pág. 116. En esta misma línea SÁEZ LARA, C.: “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”. *Temas Laborales*, núm. 115/2012, pág. 230 al referirse a la reformulación causal realizada en el art. 40.1 ET califica al traslado como “formalmente causal y materialmente libre”. En sentido contrario se manifiesta AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Clasificación profesional, movilidad y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo” en MONTOYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dirs.): *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*. Ed. Thomson-Reuters Civitas. Madrid, 2012, págs. 138 y 139.

⁹¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN GIMÉNEZ, R.: *Claves de la Reforma...*, op. cit. pág. 215. También en términos parecidos se expresan FERRANDO GARCÍA, F.: “Medidas para el favorecimiento de la flexibilidad interna en las empresas desde la perspectiva contractual” en CAVAS MARTÍNEZ, F. (Coord.): *La Reforma Laboral de 2012*. Ed. Laborum. Murcia, 2012, pág. 134; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Medidas para favorecer la flexibilidad interna...”, op. cit. pág. 275; MOLINA NAVARRETE, C.: “La fe (ciega) en el “milagro laboral” alemán: las

4.4 MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

La gran novedad respecto a esta materia es la posibilidad de disminuir el salario por decisión de la empresa.

De esta manera, la ley establece que la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, considerándose como tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Con la nueva redacción de este precepto basta que concurran las causas anteriormente expuestas, no siendo necesario que la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma.

A estos efectos, tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo las que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

medidas de políticas de fomento de la flexibilidad interna”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 348/2012, págs. 63 y 64; ROQUETA BUJ, R.: “La flexibilidad...”, op. cit. pág. 116 y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: La modificación unilateral..., op. cit. pág.89.

Mediante el mecanismo previsto en el artículo 41 del ET, podrán modificarse:

- Las condiciones pactadas individualmente en contrato.
- Las condiciones reconocidas en pacto o acuerdo colectivo que no sea convenio colectivo.
- Las condiciones decididas unilateralmente por el empresario de forma individual o colectiva.

También se podrán modificar las condiciones pactadas en convenio colectivo, si bien tendremos que acudir al mecanismo, ciertamente más complejo, previsto en el artículo 83 del ET⁹².

El artículo 41 del ET, como ya hacía antes de la reforma, mantiene dos procedimientos de modificación, dependiendo de si la modificación tiene un carácter individual o colectivo.

Sin embargo, sí se produce un cambio respecto al criterio para determinar cuando estamos ante una modificación individual o colectiva. Con el texto anterior a la reforma se consideraba de carácter individual la modificación de aquellas condiciones de trabajo que disfrutaban los trabajadores a título individual, y de carácter colectivo la modificación de aquellas condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario con efectos colectivos.

⁹² Sobre la actual regulación del denominado “descuelgue de condiciones laborales”, pueden verse, in extenso, CAVAS MARTÍNEZ, F., “El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias”, Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 11, 2014, y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: Concurrencia de convenios y atomización de la negociación colectiva, cit., págs. 121 y sgs. Sobre el régimen jurídico del anterior “descuelgue salarial”, véase, LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El nuevo régimen jurídico del descuelgue salarial tras la Reforma laboral de 2010”, en, AAVV, Comentario a la Reforma Laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas urgentes para la reforma del Mercado de Trabajo, Civitas Thomson Reuters, 2011, págs. 255 y sgs.; y LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El descuelgue salarial”, AAVV, Aspectos Laborales de la Reestructuración Empresarial, Aranzadi Thomson Reuters, 2011, págs. 139 y sgs.

A partir de la reforma, el único criterio para determinar la naturaleza colectiva o individual de la modificación es el cuantitativo, es decir, el número de trabajadores a los que afecta la medida, en relación con el número de trabajadores empleados en la empresa. De esta manera, se considera de carácter colectivo la modificación, que en un periodo de 90 días, afecte al menos a:

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

Se considerará de carácter individual la modificación que, en el periodo de referencia establecido, no alcance los umbrales señalados para las modificaciones colectivas.

La decisión de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días.

Como vemos, en este aspecto es donde se produce una novedad con respecto a la regulación anterior a la reforma laboral, puesto que se reduce el preaviso de 30 a 15 días.

Cuando la modificación afecte a jornada laboral, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial o a modificación de funciones por encima de los límites establecidos en el artículo 39 del ET, el trabajador que resultase perjudicado por la modificación tendrá derecho a rescindir su contrato, percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, con un máximo de 9 mensualidades.

La decisión del empresario será inmediatamente ejecutiva, sin perjuicio de que el trabajador que no habiendo optado por la rescisión del contrato y se halle disconforme con la medida pueda impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia que se dicte en el procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones.

Cuando la modificación sea de carácter colectivo, deberá ir precedida en las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores de un periodo de consultas con los mismos de duración no superior a 15 días.

En las empresas en las que no exista representación legal de los mismos, éstos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

En caso de finalizar el periodo de consultas sin acuerdo, una vez finalizado éste, el empresario deberá comunicar su decisión a los trabajadores y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación.

4.5. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO O REDUCCIÓN DE JORNADA

Esta materia se encuentra regulada en el artículo 47 del ET y se trata de una gran medida alternativa a las rescisiones contractuales por causas económicas, técnicas, productivas u organizativas.

La ley prevé que el empresario podrá suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. También se prevé la posibilidad de que se reduzca la jornada laboral de los trabajadores entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada.

Esto no resulta una novedad, pues ya se preveía dicha posibilidad en la legislación anterior a la reforma laboral. Sí que constituye una novedad el hecho de que ya no se requiera de autorización administrativa previa suspensión de los contratos de trabajo afectados por la medida empresarial de suspensión o reducción.

Tras la reforma, basta con una comunicación a la autoridad laboral y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadoras de una duración no superior a 15 días.

La autoridad laboral dará traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del periodo de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, estos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4.

Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas de la medida propuesta, y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Tras la finalización del período de consultas, el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión o la reducción de la jornada. La autoridad laboral deberá comunicar la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación por desempleo. Será a partir de dicha comunicación cuando la decisión empresarial empezará a surtir efectos, salvo que en ella se contemple una posterior.

Contra la decisión empresarial el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción social que declarará la medida justificada o injustificada. Se podrá reclamar en conflicto colectivo cuando la medida afecte, al menos, en un periodo de 90 días a:

a) Diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

La interposición de una demanda de conflicto colectivo paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas hasta su resolución.

Además de la supresión de la autorización administrativa y consiguiente simplificación del procedimiento para proceder a la suspensión de contratos de trabajo o reducción de jornada laboral, el Real Decreto Ley 3/2012 también recupera medidas de apoyo a la suspensión de contratos y reducción de jornada, como son la bonificaciones del 50 por ciento de la cuota empresarial y

la reposición a los trabajadores afectados por dichas medidas de los días consumidos de prestación por desempleo.

Estas medidas de apoyo a la suspensión de contratos y reducción de jornada fueron recogidas en la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, a fin de convertir un ERE temporal o suspensivo en una alternativa más atractiva respecto a un ERE extintivo.

En primer lugar, se preveía que las empresas tendrían derecho a una bonificación del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, devengadas por los trabajadores en situaciones de suspensión de contrato o reducción temporal de jornada que hubiesen sido autorizadas en expedientes de regulación de empleo. Se preveía que la duración de la bonificación será coincidente con la situación de desempleo del trabajador, sin que en ningún caso pueda superar los 240 días por trabajador.

Se preveía que dicha bonificación sería aplicable a las solicitudes de regulación de empleo presentadas desde el 1 de octubre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2010.

Además, se preveía que cuando se autorizase a una empresa, en virtud de uno o varios expedientes de regulación de empleo o procedimientos concursales, a suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días u horas de trabajo, y posteriormente se autorizase por resolución administrativa en expediente de regulación de empleo o por resolución judicial en procedimiento concursal la extinción de los contratos, o se extinguiese el contrato al amparo del artículo 52.c) del ET, los trabajadores afectados tendrían derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas autorizaciones, con un límite máximo de 120 días, siempre que se cumplieran las siguientes condiciones:

a) Que las resoluciones administrativas o judiciales que autorizaran las suspensiones o reducciones de jornada se hubieran producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2010, ambos inclusive.

b) Que el despido o la resolución administrativa o judicial que autorizara la extinción se produjera entre el 8 de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2012.

Dichas medidas fueron prorrogadas y ampliadas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

En efecto, no solo amplió el ámbito temporal de aplicación de la bonificación del 50 por ciento de la cuota empresarial a los expedientes de regulación de empleo aprobados hasta el 31 de diciembre de 2.011, sino que introdujo la novedad de la elevación del porcentaje de bonificación hasta el 80 por ciento de la cuota empresarial por contingencias comunes siempre que se cumpliesen dos condiciones:

a) Que se hubiese finalizado el periodo de consultas con acuerdo.

b) Que en dicho acuerdo se hubiesen previsto acciones formativas a fin de aumentar la polivalencia del trabajador e incrementar su empleabilidad, medidas de flexibilidad interna en la empresa que favorezcan la conciliación de la vida familiar y profesional o cualquier otra medida alternativa o complementaria dirigida a favorecer el mantenimiento del empleo en la empresa.

Por lo que hace referencia a la reposición de desempleo, dicha Ley incrementó el límite máximo de 120 a 180 días, y amplió su aplicación a las resoluciones autorizando suspensiones o reducciones entre el 1 de octubre de 2.008 y el 31 de diciembre de 2.011, y a los despidos producidos entre el 18 de junio de 2.010 y el 31 de diciembre de 2.012.

Dichas medidas, que habían perdido su vigencia a 31 de diciembre de 2.011, fueron recuperadas por la nueva reforma laboral, que recupera la bonificación del 50 por ciento para las solicitudes de regulación de empleo presentadas desde el 1 de enero de 2.012 hasta el 31 de diciembre de 2.013.

Por su parte, también prevé que los trabajadores afectados por una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de jornada tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas suspensiones o reducciones con un límite máximo de 180 días, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de enero de 2.012 y el 31 de diciembre de 2.012, ambos inclusive.

b) Que el despido se produzca entre la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012 y el 31 de diciembre de 2.013.

5. OTRAS ALTERNATIVAS A LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

En la situación económica en la que nos encontramos, las empresas buscan alternativas que les permitan reducir sus costes fijos para no perjudicar la cuenta de resultados. No cabe duda de que el coste salarial era y es uno de los actores principales en este escenario.

Como hemos visto en los epígrafes anteriores, pocas y malas son las alternativas con las que contaba y cuenta en la actualidad la empresa, para reducir este coste fijo: congelación salarial, reducir las nuevas contrataciones, movilidad y recolocación interna y finalmente, despidos.

Sin embargo, existen otras alternativas que consiguen ser menos traumáticas para los trabajadores, aceptadas por los sindicatos y que permiten

conseguir el objetivo de la empresa de reducir costes salariales; algunas de ellas continúan vigentes en la actualidad, con algunas matizaciones, y otras sin embargo, han sido eliminadas totalmente. A continuación desarrollaremos aquellas que consideramos de mayor relevancia, en los últimos años:

- Planes de Prejubilaciones.
- Jubilaciones Anticipadas.
- Jubilaciones Parciales.

5.1. Planes de Prejubilación

En nuestro sistema legal actual, se accede a la prestación por jubilación de manera general en torno a la edad de 65 años. Asimismo, existen una serie de supuestos en los que dicha edad puede verse reducida; son los casos conocidos como anticipación de la edad de jubilación, a la que pueden acceder los trabajadores que cumplan determinados requisitos recogidos en la legislación laboral (profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza penosa, tóxica, peligrosa, etc., y personas que tengan unos grados de discapacidad determinados, entre otros), así como los de jubilación anticipada.

Dada la realidad económico-social que vivimos, en la que la edad media de los trabajadores se ha incrementado, ha sido necesario configurar una alternativa que permita tanto a trabajadores como a empresas cesar de manera anticipada las relaciones laborales para poder permitir la entrada al mercado laboral de trabajadores más jóvenes. En este sentido, existe una figura conocida como prejubilación, que no está regulada de forma explícita en nuestro sistema jurídico, con la consiguiente confusión e inseguridad en la configuración de lo que podíamos denominar como “contratos de prejubilación”.

La prejubilación es una circunstancia a la que se llega generalmente por causas económicas u organizativas de las empresas, que proponen a sus trabajadores de mayor edad una salida de la empresa alternativa al despido, ofreciéndoles unas condiciones económicas más favorables que las que

obtendrían con un despido tradicional (es decir, por encima del mínimo indemnizatorio legal).

Esta situación (entre el desempleo y la jubilación) consiste en un CESE ANTICIPADO de la relación laboral de un trabajador que cuenta con una edad avanzada (entre los 50 y 60 años), que se presenta como una salida tanto para las empresas (que pueden renovar su plantilla dando acceso a la misma a trabajadores de menor edad) como para aquellos trabajadores que, teniendo una edad avanzada tienen una difícil reubicación en el mercado laboral.

La prejubilación es, por tanto, el lapso de tiempo que transcurre desde que se cesa la relación laboral hasta que el trabajador está en condiciones de obtener la pensión de jubilación (es decir, hasta que cumpla la edad mínima de acceso a la pensión de jubilación o los requisitos necesarios para acogerse a la jubilación anticipada).

En estos casos, se sigue manteniendo una relación con la empresa pero ya no de carácter laboral, sino simplemente aquella que permite obtener las percepciones pactadas con la empresa, que generalmente consisten en el abono de una serie de cantidades económicas (indemnización fijada en función de la edad, los años de antigüedad, categoría profesional del mismo, etc.), así como el pago de las cotizaciones del trabajador a la Seguridad Social durante un determinado número de años siguientes al cese, que se suma a la cantidad recibida en concepto de prestación por desempleo hasta que el trabajador puede tener acceso a la pensión de jubilación.

La forma de materializarse la prejubilación, se puede realizar de diferentes maneras, fundamentalmente, dos:

1- Despido, de manera que los trabajadores prejubilados recibirán, además de la correspondiente indemnización, los dos años de prestación por desempleo (y, en su caso, el subsidio de desempleo), mientras que la empresa les completa dicha cantidad percibida, abonándoles una cantidad adicional, además de pagar las cuotas a la seguridad social para evitar que dichos

trabajadores vean afectada la pensión de jubilación que pasarán a percibir cuando se dé el hecho causante de la misma (Ver ejemplo Telefónica).

2- Acuerdo de voluntades, que puede denominarse de diferentes maneras (suspensión del contrato laboral, extinción del contrato por mutuo acuerdo, entre otras), en el que se plasmarán las condiciones económicas concretas de dicha prejubilación. En este sentido, existen numerosas empresas (sector bancario, telefónico, etc.) que tienen previstos Planes de Prejubilación para sus empleados, en los que se llega a pagar un porcentaje muy elevado del salario hasta alcanzar la edad de jubilación.

Por tanto, como podemos ver, la prejubilación constituye un estado transitorio entre la vida activa y la jubilación, una situación a la que se llega cuando una empresa quiere reducir o rejuvenecer a su plantilla y que no está regularizada por ninguna ley. Entonces, los responsables proponen al empleado dejar de trabajar, pero continuar cobrando su sueldo o parte del mismo hasta que alcance la edad de jubilación.

A priori, todo parecen ventajas. Sin embargo, los prejubilados no tienen un reconocimiento jurídico, no existen como tal, lo que impide a este colectivo estar en los organismos donde se debaten los asuntos que les afectan. Por tanto, uno de los principales problemas que afectan a este colectivo es que “oficialmente, no existe”. Se trata, paradójicamente, de un sector muy numeroso – aunque tampoco hay cifras contrastadas– que, según los expertos, podría abarcar entre medio millón y un millón de personas.

En términos laborales, la situación de estos ex-trabajadores es la de parados en busca de empleo, pero con la certeza absoluta (por su parte y por parte de la Seguridad Social) de que esa es una solución inviable. Debido a esta situación, este sector carece de todas aquellas ventajas sociales que les corresponden a los jubilados.

Esto no sería un problema si realmente cada persona pudiese elegir libremente si acogerse o no a la prejubilación y valorar si esta situación le

compensa. Sin embargo, las prejubilaciones son casi siempre obligatorias, en unos casos porque se realizan a través de Expedientes de Regulación de Empleo (ERE) y, en otros, porque la empresa que decide modificar su plantilla quiere hacerlo a toda costa y puede utilizar múltiples medios de presión.

En teoría, si no hay un ERE de por medio, el empleado se prejubilaba voluntariamente y así se hace constar en el documento que debe firmar antes de abandonar su puesto. Pero, en la práctica, muchas personas no quieren dejar de trabajar. Entonces, surgen métodos de presión como los cambios de horario, de puesto de trabajo o los traslados. Se trata, en definitiva, de una peculiar forma de *mobbing*, ante la que los mayores poco pueden hacer a causa de la falta de legislación a este respecto.

Existen otros inconvenientes, como por ejemplo el “sueldo” que recibe el ex empleado no se actualiza según las subidas del IPC y, por otra parte, suele jubilarse anticipadamente con las penalizaciones propias de esta opción.

En definitiva se trata de de que se reconozca que todas las prejubilaciones resultan obligatorias y por tanto, se reduzcan o desaparezcan las penalizaciones que afectan a las pensiones de estas personas; produciendo así una alternativa al despido eficaz, que traerá consigo beneficios para ambas partes, haciendo posible que más del 90%, de las empresas que apuesta por esta vía se encuentre satisfechas y la mayoría contemple la posibilidad de volverá aplicar esta medida en el futuro.

5.2. Jubilaciones parciales

5.2.1. Justificación

La complejidad de esta modalidad de jubilación se traduce, igualmente, en la diversidad de objetivos que persigue, si bien el peso de los mismos ha variado desde el inicio de la institución hasta nuestros días, desde nuestra

perspectiva objeto de estudio; es decir, como instrumento encaminado a ser utilizado como posible alternativa ante un ERE, resulta muy interesante, dado que permite el abandono gradual del mercado de trabajo, facilitando el tránsito entre la vida activa y la jubilación total, evitando así las consecuencias traumáticas en las que puede verse un trabajador de esa edad que de la noche a la mañana se ve incluido en las lista de un Expediente de Regulación de Empleo.

Se entiende por jubilación parcial aquella que se produce por acuerdo entre el empresario y el trabajador para que este último reduzca su jornada y su salario y, simultáneamente, acceda a la condición de pensionista de jubilación, siempre y cuando cumpliera todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la jubilación. Así se compagina la percepción del salario y de la parte de pensión correspondiente a la jornada que se reduce. La parte de jornada dejada vacante por el jubilado parcial, debe de cubrirse con un contrato de relevo, con el objeto de lograr el mantenimiento de reparto para el empleo⁹³; de hecho, en su origen, se concibió como medida de fomento de empleo y así lo recogía la propia Exposición de Motivos de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, que justificaba la creación del contrato de relevo en la necesidad de luchar contra el paro juvenil.

Sin embargo, si partimos de la perspectiva de considerar esta modalidad de jubilación como alternativa al despido, esta medida, lógicamente, no tendría sentido desde el punto de vista empresarial, dado que la partida de costes de personal se vería poco afectada al reducir parte del coste laboral de un trabajador, para posteriormente contratar a otro nuevo. Tampoco tendría sentido desde la propia finalidad y justificación del propio despido; es decir, si la empresa decide realizar un ERE por motivos económicos, por no poder hacer frente a esos gastos, cómo se va a plantear reducir la jornada de un trabajador de amplia experiencia profesional para posteriormente realizar la contratación de uno nuevo.

⁹³ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 36 y 37.

Por todo ello, las sucesivas reformas están flexibilizando las condiciones en las que ha de producirse la sustitución del relevista, permitiendo entre otras, contratar a un trabajador ya vinculado a la empresa, completando por ejemplo, su horario de trabajo con el del jubilado parcial o simultaneándose con él, primando, en todo caso, el objetivo de mantenimiento del empleo del trabajador maduro frente al de fomento de empleo⁹⁴.

La finalidad de esta modalidad de jubilación es, por tanto, la de «adecuar esta figura a las características y requerimientos de los procesos productivos en que la misma se enmarca». Se establecen determinados requisitos que en la práctica harán más difícil el acceso a este tipo de jubilación, al tratar de evitar abusos que podían afectar a la estabilidad del Sistema de la Seguridad Social.

5.2.2. Requisitos

Actualmente el Real Decreto-Ley 5/2013, junto con las Leyes 40/2007 y 27/2011, han introducido nuevos requisitos, endureciendo los ya existentes, en los términos que pasamos analizar:

A) La edad del trabajador

Pese a haber retrasado la edad general de jubilación y establecido un referencia genérica a la edad ordinaria de jubilación, de necesaria concreción, en función de las particulares circunstancias de la carrera de cotización, la Ley 27/2011 no modificó la edad mínima de acceso a la jubilación parcial anticipada, que mantuvo fija en 61 años⁹⁵ (frente a los 63 años previstos para la

⁹⁴ APARICIO TOVAR, J., y OLMO GASCÓN, A.M., La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, pág.188.

⁹⁵ Real Decreto-Ley 40/2007, que elevó, de 60 a 61 años, edad mínima para acceder a esta modalidad de jubilación.

jubilación anticipada total) o 60 si se trataba de trabajadores que acreditaran la condición de mutualista laboral antes del 1 de enero de 1967.

La incoherencia interna de esta regulación fue advertida en su momento⁹⁶, y últimamente corregida por el Real Decreto-Ley 5/2013.

El art. 166.2.a) LGSS establece el requisito de edad mínima en función del período de cotización en el momento del hecho causante, y lo incrementa, de igual forma que para la jubilación anticipada a tiempo completo por voluntad del trabajador, de 61 a 63 años, para quienes acrediten una cotización mínima de 36 años y 6 meses (carrera laboral completa), o a 65 años en caso contrario. Este incremento se producirá gradualmente hasta 2027, conforme a la siguiente escala:

Año del hecho causante	Edad exigida según períodos cotizados en el momento del hecho causante		Edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante
2013	61 y 1 mes	33 años y 3 meses o más	61 y 2 meses
2014	61 y 2 meses	33 años y 6 meses o más	61 y 4 meses
2015	61 y 3 meses	33 años y 9 meses o más	61 y 6 meses
2016	61 y 4 meses	34 años o más	61 y 8 meses
2017	61 y 5 meses	34 años y 3 meses o más	61 y 10 meses
2018	61 y 6 meses	34 años y 6 meses o más	62 años
2019	61 y 8 meses	34 años y 9 meses o más	62 y 4 meses

⁹⁶ DEL VALLE DE JOZ, J.I., “Novedades en la regulación de la jubilación parcial”, AAVV, La reforma de la Seguridad Social 2011, Valladolid, Lex Nova, 2011, pág. 198.

2020	61 y 10 meses	35 años o más	62 y 8 meses
2021	62 años	35 años y 3 meses o más	63 años
2022	62 y 2 meses	35 años y 6 meses o más	63 y 4 meses
2023	62 y 4 meses	35 años y 9 meses o más	63 y 8 meses
2024	62 y 6 meses	36 años o más	64 años
2025	62 y 8 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 4 meses
2026	62 y 10 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 8 meses
2027	63 años	36 años y 6 meses	65 años

Esta escala no será de aplicación a los mutualistas, respecto de los que se mantiene el requisito de haber cumplido la edad de 60 años.

B) Antigüedad en la empresa

El art. 166.2.b) LGSS exige acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. Anteriormente no se exigía antigüedad alguna, lo que permitía la contratación de un trabajador con la edad requerida para su pase automático a la situación de jubilación parcial; por ello la Ley 40/2007 introduce este requisito, con el objetivo de evitar así, este abuso del derecho.

C) Cotización

Quienes deseen acogerse a esta modalidad de jubilación, deberán acreditar, con carácter general, un período de cotización de 33 años en la fecha

del hecho causante, requisito que incrementa en 3 años el período de carencia mínima establecido con carácter previo al Real Decreto-Ley 5/2013 [art. 166.2.d) LGSS].

D) Límites a la reducción de jornada

La reducción de la jornada de trabajo del jubilado parcial según lo establecido Ley 5/2013, será de un 50 por 100, con carácter general, y 75 por 100, para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y la empresa se comprometa a mantener su contrato durante dos años a partir del momento en el que el trabajador sustituido alcance la edad ordinaria de jubilación. En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante. Según precisa el último párrafo del art. 166.2.f) LGSS, en caso de incumplimiento por parte del empresario de dicha obligación, será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial.

E) Las condiciones de trabajo del relevista

El trabajador relevista puede ser:

- Un trabajador desempleado.
- Un trabajador de la propia empresa.

La duración del contrato de trabajo del relevista ha de ser, como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad ordinaria de jubilación. El contrato de relevo puede ser celebrado a jornada completa o a tiempo parcial, pero, en todo caso, la duración de la jornada debe ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido.

Cualquier modificación de la edad legal de jubilación afecta directamente a la vigencia del contrato de relevo, toda vez que su duración mínima viene

delimitada por el tiempo que le falte al trabajador jubilado parcial para alcanzar la edad ordinaria de jubilación establecida conforme al art. 166.1.a) y la Disp. Trans. 22ª LGSS. No obstante, según ha expuesto anteriormente, el Real Decreto-Ley 5/2013 ha establecido que, cuando la jornada del sustituido se reduzca hasta el 75%, el contrato del relevista (necesariamente a jornada completa y por tiempo indefinido) deberá mantenerse por un período adicional de dos años tras la referida edad ordinaria de jubilación [art. 166.1.f) LGSS].

Durante el período mínimo aludido, el empresario deberá mantener el contrato de relevo. De producirse el cese del relevista con carácter previo a la jubilación ordinaria del jubilado parcial, aquél deberá sustituirlo en el plazo de 15 días, por otro trabajador, celebrando un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido por el tiempo restante (Disp. Adic. 2ª.3 RD 1131/2002), pues en caso contrario la empresa será responsable del abono de la prestación de jubilación parcial desde que se produjo dicho cese “hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinario o anticipada” (Disp. Adic. 2ª.4 RD 1131/2002).

5. 3. Jubilaciones anticipadas

Otra vía alternativa al ERE, puede ser este tipo de Jubilación, la cual consiste en que un trabajador se jubile anticipadamente, aplicándole unos coeficientes reductores que a continuación veremos; pero según lo recogido en el Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo, la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, venía a señalar:

“La Comisión constata que la jubilación anticipada se ha convertido, básicamente, en una fórmula de regulación de empleo: A juicio de la Comisión esta situación debe modificarse.”

Muchas son las reformas introducidas en los últimos años respecto a este tema, entre ellas, podemos destacar la llevada a efecto por el RD-Ley

29/2012, de 28 de Diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados y otras medidas de carácter económico y social, que suspendía la aplicación, en lo relativo a jubilación anticipada y jubilación parcial, establecido hasta el momento, e incluso paralizó la entrada en vigor del nuevo y complejo diseño que establecía la Ley 27/2011. La finalidad de este RD-Ley, según su propio Preámbulo, radicaba en la necesidad de establecer un nuevo modelo para estas dos modalidades de jubilación, pero no solo se limitó a configurar un marco jurídico para la pensión de jubilación anticipada y parcial, sino que además introdujo reformas sustanciales respecto a la posibilidad de acogerse a la legislación anterior a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (en adelante, LAAMSS)

Tras la entrada en vigor de la reforma, y con independencia de las situaciones transitorias que pudieran darse, las modalidades de jubilación anticipada son:

- En atención a las condiciones en que se desarrolla el trabajo:
 - Minería del Carbón (Régimen especial).
 - Trabajadores del mar (Régimen especial)
 - Estatuto del Minero.
 - Ferroviarios.
 - Trabajos aéreos.
 - Bomberos.
 - Policía Autónoma Vasca.

- En atención a circunstancias personales del sujeto:
 - A la edad como impedimento: artistas y profesionales taurinos
 - A discapacidad del trabajador.

- Como medida de fomento de empleo:

- Jubilación parcial
- Jubilación especial a los 64 años.

- En atención a los derechos adquiridos:
 - Jubilación de mutualistas.

- Jubilación anticipada general:
 - Forzosa o por cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador.
 - Voluntaria.
 - Anticipada voluntaria de trabajadores no mutualistas anterior a la LAAMSS.

A continuación, pasaremos a detallar aquellas que mayor relación tienen con nuestro objeto de estudio, como es el caso de la jubilación como medida de fomento de empleo, así como aquella no imputable a la libre voluntad del trabajador.

A) Jubilación especial a los 64 años

Respecto a la jubilación como medida de empleo, nos centraremos en aquella que se produce a los 64 de años, sin coeficientes reductores, permitiendo al trabajador por cuenta ajena acceder a la pensión de jubilación con los mismos derechos económicos que si tuviera 65 años cumplidos. Esta modalidad desaparece a partir de 01-01-2013, si bien se mantendrá para quienes resulte de aplicación lo establecido en la disposición final 12.2⁹⁷ de la

⁹⁷ En estos casos, esta Ley entrará en vigor el día 1 de enero de 2013 salvo: a) Las disposiciones adicionales primera, segunda, tercera, séptima, decimocuarta, decimoquinta, decimosexta, decimoséptima, vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima quinta, trigésima, trigésima primera, trigésima segunda, trigésima tercera, trigésima quinta, trigésima sexta, trigésima séptima, trigésima novena, cuadragésima segunda y cuadragésima quinta, así como las disposiciones finales segunda, tercera, quinta, sexta y apartados uno, dos, tres, cuatro y cinco de la disposición final séptima, que entrarán en vigor en la fecha de publicación de la Ley en el «Boletín Oficial del Estado». b) Las disposiciones adicionales

Ley 27/2011, de 1 de agosto. Esta medida afecta aquellos trabajadores que por cuanta ajena pertenecientes a empresas que, en virtud de convenio colectivo o pacto, los sustituye al tiempo de su cese por jubilación por otros trabajadores, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos, como:

a) En relación con el trabajador:

- Tener 64 años.
- Reunir los demás requisitos generales exigidos para causar derecho a la jubilación normal u ordinaria, es decir, estar en alta o en situación asimilada a la de alta en el régimen correspondiente y acreditar el período mínimo de cotización.
- Pertener a una empresa que, en virtud de convenio o pacto, esté obligada a sustituir, simultáneamente, al trabajador que se jubila por otro trabajador que se encuentre inscrito como desempleado en la correspondiente Oficina de Empleo.

decimoctava y cuadragésima, que entrarán en vigor el 1 de enero de 2012.c) El apartado Tres del artículo 3, que entrará en vigor el 1 de enero de 2014.d) La disposición final décima, que entrará en vigor el 1 de enero de 2015. Se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso, condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley, a las pensiones de jubilación que se causen antes del 1 de enero de 2019, en los siguientes supuestos: a) Las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de 1 de abril de 2013, siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social. b) Las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados, suscritos o declarados con anterioridad a 1 de abril de 2013, siempre que la extinción o suspensión de la relación laboral se produzca con anterioridad al 1 de enero de 2019.c) Quienes hayan accedido a la pensión de jubilación parcial con anterioridad a 1 de abril de 2013, así como las personas incorporadas antes de dicha fecha a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresa con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad a 1 de abril de 2013. En aquellos supuestos a que se refieren los apartados b) y c) en que la aplicación de la legislación anterior tenga su origen en decisiones adoptadas o en planes de jubilación parcial incluidos en acuerdos colectivos de empresa, será condición indispensable que los indicados acuerdos colectivos de empresa se encuentren debidamente registrados en el Instituto Nacional de la Seguridad Social o en el Instituto Social de la Marina, en su caso, en el plazo que reglamentariamente se determine.

b) En relación con la empresa, el contrato para sustituir al trabajador que se jubila:

- Debe cumplir los requisitos y condiciones exigidos por la normativa específica de la modalidad de contratación elegida, que puede ser cualquiera de las legalmente previstas, excepto la contratación a tiempo parcial y la contratación eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos.
- Duración mínima de un año.
- Formalización por escrito debiendo estar identificado el trabajador al que se sustituye.

La cuantía de la pensión será la que hubiera correspondido al trabajador de haber cumplido los 65 años, sin coeficientes reductores. La base reguladora se determina aplicando el porcentaje que corresponda en función de los períodos de cotización que acredite el interesado en la fecha del hecho causante; este será el día del cese en el trabajo, siempre que se haya producido el cese efectivo en el trabajo y la simultánea contratación del nuevo trabajador. Y los efectos económicos serán desde el día siguiente al del hecho causante, si la solicitud se presenta dentro de los 6 meses anteriores o dentro de los 3 meses posteriores al cese en el trabajo.

Por último, indicar que si durante la vigencia del contrato se produce el cese del trabajador, el empresario debe sustituirlo, en el plazo máximo de 15 días, por otro trabajador desempleado y por el tiempo que reste para alcanzar la duración mínima del contrato, salvo supuestos de fuerza mayor. En caso de incumplimiento, el empresario deberá abonar a la Entidad gestora el importe de la prestación de jubilación devengado desde el momento del cese del trabajador contratado y hasta alcanzar la duración mínima de un año desde la primera contratación o en tanto subsista el incumplimiento.

B) Jubilación no imputable a la libre voluntad del trabajador

Para terminar con este apartado, procede indicar que a partir de 17-03-2013, se establece esta nueva modalidad de jubilación anticipada que será

aplicable a los hechos causantes producidos a partir de dicha fecha, salvo en los casos en que resulte de aplicación lo establecido en la disposición final 12.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (comentada en el apartado anterior); según lo establecido en el Real Decreto-ley 5/2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (en adelante, RDL 5/13), esta modalidad, aunque no es una alternativa como tal a un Expediente de Regulación de Empleo, los trabajadores que hayan sido afectados por un despido objetivo o colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre y cuando tengan cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad ordinaria de jubilación, y se encuentren inscritos en las oficinas de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses como demandante de empleo, y su cese en el trabajo sea debido a una reestructuración empresarial que impida su continuidad de la relación laboral, podrá acogerse a esta modalidad, con unos coeficientes reductores, en función del período de cotización en el momento del hecho causante.

Período cotizado	Cese forzoso
Inferior a 38 años y 6 meses	1,875%
Igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses	1,750%
Igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses	1,625%
Igual o superior a 44 años y 6 meses	1,500%

6. RECORRIDO JURISPRUDENCIAL

Antes de pasar a estudiar el siguiente tema, sobre el despido en las Administraciones Públicas, conviene realizar una breve mención aquellas sentencias que no han sido reflejadas a lo largo de la exposición del presente capítulo, pero que su contenido merece la pena destacar:

6.1. DESPIDO OBJETIVO

- **Sentencia** del JS N° 3 de Cartagena de 9 de Agosto de **2012**. Falta de acreditación de las causas. Ponente: Doña. Gloria Rdez Barroso.

“Se declara injustificada la modificación operada en el salario del demandante por no haberse acreditado las causas económicas invocadas por la empresa. Debe presumirse la certeza de las cuentas anuales de las sociedades mercantiles presentadas en el Registro Mercantil, pero no gozan de la misma eficacia probatoria los que se pueden denominar, documentos de elaboración propia, a efectos fiscales, tales como las declaraciones realizadas por el empresario para el pago de sus impuestos”.

- **Sentencia** del SJ n° 1, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, Reus Sala 1, de 26 de abril de **2013**. Despido Objetivo Improcedente. Ponente: Doña. Francisca de Chantal Prieto Corbella.

“Cese improcedente de seis trabajadores al no concurrir ninguna de las causas alegadas para la extinción: disminución poco justificativa de la facturación que no afecta a la viabilidad de la empresa o a su capacidad de mantener el volumen de empleo o inexistencia de un desajuste entre los medios humanos materiales de los que dispone la misma”.

- **Sentencia** del TSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 22 de julio de **2013**. Despido Objetivo Improcedente. Causas económicas y productivas.

Amortización del puesto de trabajo. Recurso 1479/2014. Ponente: Don. Jordi Agusti Julia.

“ Reducción de los niveles de ocupación de determinado hotel durante los tres últimos trimestres inmediatamente anteriores al del despido resultan distorsionados por el hecho de que el hotel estuvo en obras de remodelación y con una actividad reducida, hasta el punto de que 70 de los 81 trabajadores de la empresa tuvieron suspendido el contrato de trabajo por tal causa. El descenso de ingresos que se revela es clamoroso, sin duda, pero no hay base para deducir que tenga más causa que esa decisión de remodelarlo, con cese casi total en su explotación. Por tal motivo, no puede sostenerse que al tiempo del despido concurría un descenso de ingresos persistente que pueda ser calificado como una situación económica negativa que justifique el despido acordado”.

- **Sentencia** del TS de Madrid, Sala de lo Social, de 9 de julio de **2014**. Despido Objetivo Procedente. Cómputo del periodo de 90 días. Recurso 1767/2012. Ponente: Doña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

“El trabajador alega que para el cómputo de trabajadores afectados por un despido objetivo deben contabilizarse todos los despidos y no sólo los que se hayan producido con anterioridad al del trabajador. A la fecha del despido del actor únicamente se habían producido un total de 24 despidos objetivos, en una empresa de más de 300 trabajadores, no constando que los despidos realizados con posterioridad fueran efectuados en fraude de ley. Se desestima el recurso para la unificación de doctrina”.

6.2. DESPIDO COLECTIVO

- **Sentencia** del TSJ de Madrid de 22 de Junio de **2012**. Despido colectivo, incumplimiento en los requisitos legales. Ponente: Doña. Gloria Rdez Barroso.

“Empresa que presenta un ERE extintivo de la totalidad de la plantilla sin realizar periodo de consultas ni presentar la documentación necesaria para

justificar la medida, ni abonar la indemnización legal correspondiente. Por estos motivos, que ponen de manifiesto la adopción por parte de la empresa de una actitud pasiva e inamovible, se declara la nulidad de la decisión extintiva al no respetarse las previsiones del artículo 51.2 del ET.

El Magistrado señala que “la información a la que viene obligada la empresa mediante la entrega de la documentación se erige en un presupuesto ineludible para poder permitir controlar judicialmente la incidencia de las causas en el funcionamiento de la empresa así como la suficiencia de la medida...”.

- **Sentencia** del TSJ de Cataluña de 23 de Mayo de **2012**. Despido Colectivo. Legitimación de la Comisión negociadora. Rec. 10/2012 Ponente: Doña. María del Mar Serna Calvo.

“Existencia de grupo de empresas con dirección unitaria de las mismas por los tres socios con calendario de vacaciones conjunto. Hay fraude en la decisión, por cuanto que el empresario real (el grupo de empresas) ha escondido fraudulentamente su auténtica dimensión empresarial viciando todo el proceso de despido desde el inicio, al desenvolverse en un marco mucho más reducido que aquel que correspondería, con clara y obvia intención de poder acreditar la causa. Segunda causa de nulidad; falta de concreción en los criterios de designación de los trabajadores afectados al no comunicar la clasificación profesional impidiendo los objetivos básico del periodo de consultas que es el de atenuar las consecuencias mediante el recurso de medidas sociales de acompañamiento”.

- **Sentencia** del TSJ de Madrid de 28 de octubre de **2013**. Falta de comunicación a los representantes de los trabajadores. Ponente: Doña. Alicia Catalan.

“La Sala estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por varios trabajadores y declara la improcedencia de los despidos efectuados como consecuencia de la tramitación de un procedimiento de despido colectivo. Queda probado, y servirá para la citada resolución, que la parte empresarial no alegó motivos para no poner a disposición de los trabajadores la indemnización

debida en el momento de la comunicación del despido, y que las comunicaciones efectuadas a cada uno de ellos no fueron puestas en conocimiento de su representante, remitiéndose a su sentencia de 14 de octubre de 2012, en la que se afirma que “La opinión mayoritaria de esta Sección de Sala es la de que la notificación a la representación legal de los trabajadores, mediante entrega de copia de la carta para su conocimiento y ulterior examen, también debe exigirse con todo su rigor, en los despidos objetivos que derivan, como aquí ocurre, de un expediente de regulación de empleo, negociado con el comité de empresa, en el que se ha alcanzado un acuerdo y en el que obra una relación nominativa de trabajadores afectados. Y ello porque ha sido el legislador, quien así lo ha dispuesto en los artículos 124.11 , 122.3 de la LRJS y 53.1 c) del ET, ordenando de manera nítida que las impugnaciones individuales, se rijan por lo establecido en la regulación de la extinción por causas objetivas”.

- **Sentencia** del TSJ Nº 3 de Madrid de 31 de octubre de **2013**. No conforme a derecho comisión negociadora. Ponente: Doña. M^a José Hernández.

“La sentencia desestima el recurso de suplicación interpuesto por un trabajador despedido en un procedimiento colectivo y que afectaba a todos los centros de trabajo de la empresa, con alegación de que no se había constituido correctamente la comisión negociadora. Para la Sala, “no resulta nada coherente que el hoy recurrente, junto con otro de los afectados por el ERE, se autoatribuyera la condición de representante de los trabajadores del centro de Algete, la empresa admitiera esa atribución y ahora diga aquél que su designación debió haberse efectuado por medio de asamblea de todos los trabajadores del centro. No es coherente ni acorde a la buena fe, ni puede advertirse en ello causa alguna de nulidad del ERE, no sólo por lo dicho, sino porque, además, en este caso el hipotético error en la designación de representantes de los trabajadores a éstos serían atribuibles las consecuencias de su actuación”. Respecto a la negociación por centros de trabajo o en el ámbito de toda la empresa, la Sala se pronuncia, con buen criterio jurídico, a favor de la segunda opción y expone lo siguiente: “los tres trabajadores del centro de Algete afectados por el ERE mantuvieron que la extinción de sus

contratos de trabajo debía negociarse considerando exclusivamente ese centro y participando dos de ellos como representantes de los trabajadores, lo cual partía del erróneo presupuesto de que la negociación debía ser centro por centro y, una vez que advirtieron que iba a ser conjunta, se negaron a formar parte de la comisión única que procedería a la negociación, pese a ofrecerse su participación, siendo obvio que la continuación de la negociación y el acuerdo así alcanzado no puede tacharse de nulo en función de los argumentos de recurso, que siguen siendo que debió haber una comisión negociadora "ad hoc" para el centro de Algete, lo que ya se ha dicho no es admisible".

- **Sentencia** del TS Sala de lo Social de Madrid de 18 de julio de **2014**- Despido Colectivo. Declarado nulo. Recurso 11/2013 P. Ponente: Fernando Salinas Molina.

“ El despido colectivo de 26 trabajadores de SIC Lázaro SL, iniciado en mayo de 2013 y finalizado sin acuerdo, dado que: 1) la no aportación de los criterios de selección de los afectados, aunque no se supe por el hecho de que se incluya relación expresa de afectados al iniciar el expediente, no ha generado indefensión en la negociación del mismo sobre dicho particular, a la vista del desarrollo de las negociaciones, sin que la nulidad prevista en el art. 124 LJS opere de forma automática por cualquier incumplimiento del deber de documentación ahí previsto; 2) no basta la mera concurrencia de causa para que el despido colectivo se ajuste a derecho, exigiéndose también que se cumplan criterios de adecuación y proporcionalidad, que en el caso de autos sí concurren; 3) la apreciación del carácter coyuntural o estructural de la causa en orden a determinar la procedencia de un ERTE suspensivo o un ERE extintivo es de apreciación empresarial, no controlable judicialmente, salvo abuso de derecho; 4) sin embargo, tramitado un ERTE suspensivo por unas causas (en el caso, productivas y tramitado sin acuerdo, con suspensión de contratos para toda la plantilla durante 42 días laborables a lo largo de 2013), no cabe alegar éstas más tarde para fundar un ERE extintivo, salvo que concurren circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, lo que en el caso no se han dado y determinan la falta de ajuste a derecho de dicho despido”.

- **Sentencia** del TS de 18 de julio de **2014**- Despido Colectivo Nulo. Cierre del centro de trabajo tras una huelga anula el ERE. Recurso 183/2014. Ponente: Don. Jordi Agusti Julia.

“Cierre de un centro de trabajo, tras la convocatoria y realización de una huelga ante la falta de acuerdo en la negociación de un despido colectivo, vicia de nulidad todo el procedimiento como acto unitario, según establece el acuerdo del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de esta forma se ha confirmado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y declara nulo el despido colectivo de 358 trabajadores de Celsa Atlantic (Grupo Barna Steel), despedidos en dos centros de trabajo del País Vasco en mayo de 2012, al día siguiente de la huelga que hicieron con motivo de un expediente de regulación de empleo, tramitado inmediatamente antes, en el que se pretendía el despido de parte de la plantilla (91 trabajadores)”.

La sentencia, estima que el despido vulnera la libertad sindical, porque afecta a un medio de acción sindical colectiva como es la huelga convocada por un sindicato, cuestión que es propia del proceso de despido colectivo, con independencia de los procedimientos de despido individual que pueda interponer cada trabajador.

El ponente de la sentencia, el magistrado Salinas Molina, determina que se da un panorama indiciario suficiente para que se desvíe el deber probatorio a la empresa demandada, obligando a esta última a aportar una justificación suficiente de la causa real que le llevó a adoptar la medida cuestionada y a probar que se trató de una actuación ajena a la vulneración del derecho fundamental de huelga denunciada, lo que no ha logrado acreditar.

La empresa alegaba que la decisión de cierre, que ya conocía la representación de los trabajadores, al menos cuando convoca la huelga, no se toma por la empresa sino cuando termina el nuevo periodo de consultas del despido colectivo y que no fue la convocatoria de huelga “la causa inmediata

del inicio de un expediente de despido colectivo, sino la falta de acuerdos con la representación social sobre las propuestas de viabilidad de la compañía”.

Concluye el Ponente que la empresa adopta una medida, tan drástica y tan distinta de la originaria, como la de proceder al total cierre de dos centros de trabajo y a la extinción de todos los contratos de los trabajadores, a pesar de que entre ambas fechas de toma de decisión empresarial, dada su real proximidad, las circunstancias económicas, productivas u organizativas de la empresa no habían variado.

Por ello, concluye que es realmente lo único que había supuesto un cambio en las condiciones existentes entre ambas fechas la declaración de huelga indefinida efectiva realizada ante el fracaso de unas negociaciones y su importante seguimiento; y sin que, por otra parte, conste adopción de medida alguna empresarial en relación a otros dos centros de trabajo de la propia empleadora afectados por la situación económica global de ésta.

La sentencia cuenta con un voto particular del magistrado López García de la Serrana, que considera que la jubilación del ponente en la primera deliberación (en 2013) – lo que paralizó las conclusiones que daba la razón a la empresa, y la incorporación de tres nuevos magistrados a la Sala, es lo “único realmente decisivo para el actual pronunciamiento” y así se “ha alterado la mayoría”, por lo que considera que se ha atentado a la seguridad jurídica”.

- **Sentencia** del TS de 23 de Septiembre de **2014**- Despido Colectivo. Las empresas pueden hacer un ERE y luego subcontratar el servicio. Recurso 66/2014. Ponente: Don. Antonio Vicente Sempere Navarro.

“Las empresas pueden hacer un ERE y luego subcontratar el servicio que prestaban los empleados despedidos. El Tribunal avala el ERE de 410 empleados de NH Hoteles que se realizó para subcontratar con menor coste, en un fallo que permite que las empresas puedan aprovechar las medidas que prevé la reforma laboral con el fin de ganar en competitividad y flexibilidad”.

El Alto Tribunal rechaza el recurso de los sindicatos porque considera que está mal planteado e incumple las exigencias legales. El Supremo avala así el fallo previo de la Audiencia Nacional que aprobó esta medida porque entiende que se ha hecho “para asegurar la viabilidad de la empresa o apuntalar la competitividad”.

Es, además, la primera sentencia que afecta a un grupo hotelero, y que tiene en cuenta sus particularidades de negocio y organización, con una actividad estacional muy afectada por la crisis. El tribunal no cree que la compañía incurriera en mala fe negociadora, como alegaban los sindicatos y han considerado otros magistrados que han anulado despidos colectivos realizados para externalizar puestos de trabajo. Por su parte, los sindicatos alegaron la ausencia de causas justificativas ya que, aunque NH alegó pérdidas, aseguraban que había hoteles rentables, que un grupo asiático había invertido 234 millones y otro grupo iba a aportar 70 millones, y que no se acreditó la disminución persistente de ingresos.

Por otra parte, los representantes de los trabajadores denunciaban que los criterios de selección eran discriminatorio; según estos, de los 410 despedidos, 285 (cerca del 70%) eran mujeres. Pero según el contenido de la sentencia, entiende que no hay discriminación por sexo por el hecho de que la mayoría de los trabajadores afectados sean mujeres, cuando el colectivo afectado en virtud de su clasificación profesional también era mayoritariamente femenino. Tampoco la afectación de un área (camareras de pisos) en la que trabajan mayoritariamente mujeres supone discriminación.

Por su parte, NH negó que hubiera negociado con mala fe, ya que se redujeron las pretensiones iniciales de la empresa y se alcanzó un acuerdo por el 63,10% de la representación. El grupo se compone de 397 hoteles en 25 países de los que 16 están afectados). Las pérdidas operativas a 21 de diciembre de 2012 eran de 66,9 millones, y si se computaba la depreciación de activos, alcanzaban a 292 millones. Así, la caída del importe neto de la cifra de negocio ha pasado de 1.456 millones en 2008 a 1.288 millones en 2012, un descenso del 11,5%. Dentro del grupo, España es la unidad con un mayor

deterioro, con un descenso de ingresos de 27,2 millones en 2012. La compañía admitió que un grupo chino había aportado financiación, pero que apenas había permitido hacer frente a deudas inmediatas. A esto se suma que NH adujo que sus directivos y trabajadores con salarios superiores a convenio han reducido sus sueldos entre el 5% y el 10%; además, el grupo explicó que había adoptado medidas para reducir gastos, pero seguía siendo necesario un ajuste extintivo en los hoteles en peor situación. Defendió que la externalización es una vía lícita, justificada por los problemas económicos y productivos existentes. La empresa ofrecía garantía de recolocación en las empresas contratistas del 90% de los trabajadores, con 25 días de salario por año para recolocados y 30 días para el resto. Por ello, la sentencia considera que la externalización de una parte de la actividad para reducir costes no supone vulneración de la buena fe negociadora, cuando el recurso a la subcontratación no obedece a la pura conveniencia y estrategia empresarial para incrementar beneficios, sino que se alza como fórmula de supervivencia ante pérdidas crecientes y nivel de endeudamiento amplísimo, procurando así menguar los costes laborales los de inversión y facilitar la capacidad de adaptación a la demanda.

“Estamos, pues, ante un supuesto en el que la subcontratación resulta un medio útil y racional para apuntalar la viabilidad de la empresa y su competitividad”, remacha el Alto Tribunal.

El hecho de que suponga una minoración de las condiciones laborales de las camareras de piso, admite, *“es así y es absolutamente lamentable”*, pero no existe un derecho a la contratación directa ni se contempla deber alguno de la empresa de abstenerse de subcontratar partes de su actividad.

- **Sentencia** del TS de 20 de Abril de **2015**- Despido Colectivo. Nulidad del despido colectivo del grupo Coca Cola por vulneración del derecho de huelga. Recurso Casación 354/2014. Ponente: Don. Jesús Gullón Rodríguez.

“Nulidad del despido por vulneración del derecho de huelga durante el periodo de consultas. Se entiende que existe la necesidad de consignar el importe de la condena en el despido colectivo declarado nulo. Contenido y alcance del escrito de impugnación eventual del recurso de casación, de conformidad con el artículo 211.1 LRJS”.

En la sentencia, el Supremo entiende que durante la huelga convocada en contra del despido por el cierre del centro de Fuenlabrada, la empresa sustituyó la producción dejada de realizar por la de otras embotelladoras del grupo, perjudicando así el adecuado desarrollo del periodo de consultas.

De esta forma, se desestima el recurso de casación y se declara la nulidad del despido colectivo recurrido, así como el derecho de los trabajadores afectados a ser reincorporados a su puesto de trabajo, condenando solidariamente a las empresas demandadas a la inmediata readmisión de sus respectivos trabajadores despedidos, con abono de los salarios dejados de percibir, quedando ratificada de la Sentencia de la AN que ya declaró nulo el ERE de Coca Cola.

Aunque en la resolución de la Audiencia se abordaron muchas cuestiones sobre la forma y el fondo del procedimiento seguido, el TS solventa el debate afirmando que la nulidad de los despidos trae su causa en la conducta de la empresa durante la huelga que se convocó en el centro de Fuenlabrada para protestar y presionar, precisamente, por el despido colectivo que se había iniciado unos días antes. Según establece la propia Sentencia, no es que el despido colectivo surja como represalia frente a una huelga, sino que se negocia y adopta por la entidad empleadora al tiempo que se ponen en escena prácticas productivas tendentes a contrarrestar la incidencia de la huelga, esta sí, convocada para presionar en la negociación del despido colectivo. Con independencia de la forzada redacción del artículo 124.11 LRJS, estamos ante un supuesto de medida empresarial que se ha “efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas”.

Asimismo, sostiene que la sentencia de despido colectivo es directamente ejecutiva, como consecuencia de la modificación legal de 2013 (artículo 247.2 LJS, modificado por RD Ley 11/2013 y Ley 1/2014).

No obstante, no todos los magistrados han ratificado la referida Sentencia, la cual ha contado con el voto particular de cuatro magistrados contrarios a la decisión, por entender que la decisión empresarial se ajustaba a derecho y no vulneró el derecho a huelga de los trabajadores.

CAPÍTULO TERCERO

EL DESPIDO EN EL SECTOR PÚBLICO

1. INTRODUCCIÓN

Hasta la aprobación del RD-ley 3/2012 de 10 de febrero, la normativa laboral (ET) y por supuesto los antecedentes, el Real Decreto de 1985 y el más reciente RD 801/2011 de 10 de junio sobre procedimientos de regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos, no incorporaban ninguna reflexión, regla o criterio específico dirigido al personal laboral de las Administraciones Públicas. Parecía que el supuesto no pudiera darse, y si acaso ocurría, se derivaba el problema a la aplicación de los artículos 51 y 52.c del ET, escritos en clave estrictamente de empresa privada.

La constante conflictividad judicial experimentada durante los años 2010 y 2011 a la hora de que las Administraciones aplicaran las causas de despido objetivo y despido colectivo por razones económicas, organizativas, técnicas y de producción, dio pie a que, por vez primera en el derecho laboral español moderno, se instituyera una referencia clara y expresa a las particularidades de tales circunstancias para despedir personal laboral fijo.

El único antecedente que se podía localizar surgió en el 2001, con la inclusión de una nueva letra (la e), en el art.52 del ET, al permitir la extinción por causas objetivas o colectivas, si se superaba el umbral fijado en el art.51, por finalización de las subvenciones o ayudas de carácter externo que pudieran recibir las Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro.

No obstante, el RD-ley 3/2012 maduró alguno de estos aspectos, que se han concretado en la DA 20 y 21 del ET, según redactado dado por la Ley 3/2012, sin perjuicio de que algunas ambigüedades han obligado a ser concretadas por el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se regula el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo (RPDC).

Desde esta perspectiva, dos son los preceptos a destacar del nuevo ET surgido en julio del 2012: la disposición adicional vigésima y una muy criticable disposición adicional vigésima primera.

A continuación destacaremos los datos fundamentales de una y otra.

1. La DA 20 del ET regula específicamente el despido del personal laboral del sector público tanto en base al denominado despido colectivo del artículo 51 como el despido objetivo del artículo 52.c) del ET. Por consiguiente, las previsiones de una u otra modalidad se extienden ya sin lugar a dudas al sector público local. Por el contrario, el RPDC se refiere exclusivamente al despido colectivo en el sector público en general y a las Administraciones Públicas en especial, sin entrar a plantear aspectos específicos del despido objetivo regulado en el artículo 52.c) del ET.

2. La DA 20 se refiere a la “aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en el sector público”.

Luego, el primer párrafo reproduce las cuatro causas. Sin embargo, al describir las mismas, desaparece la causa productiva. Idéntica actitud muestra el RPDC.

Parece pues que si bien la Ley incorpora el despido por causas productivas, luego no se desarrolla ni concreta, pero aun así debemos pensar que la causa existe, si bien sólo podrá ser aplicada si se dan las circunstancias propias de las empresas privadas especificadas en el artículo 51 del ET, y por extensión sino se superan los límites de trabajadores afectados, el artículo 52 de la norma laboral.

Por tanto, esta causa existe también en el ámbito del sector público, a pesar de que su aplicación resultará muy dificultosa y en todo caso su justificación deberá basarse en todo caso en el art.51.1 del Estatuto cuando la define como aquella “cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el

mercado”, máxime cuando la DA 21 acepta que puedan existir no sólo entidades de derecho público sino también Administraciones Públicas que “se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”.

3. La DA 20 del ET amplía extraordinariamente el ámbito de aplicación de la disposición adicional, por cuanto va dirigida a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público previstos en el artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público de 14 de noviembre del 2011.

En concreto, pues, según la DA 20 del ET se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

a. La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b. Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

c. Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) de la Ley de Contratos del 2011 sea superior al 50 %.

d. Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

Administrativo Común

e. Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo

patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

f. Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

g. Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores (así pues, las asociaciones municipalistas existentes en el ámbito estatal o autonómico).

Dentro del sector público, y a los efectos de la Ley de Contratos, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades, aspecto este esencial por cuanto el RPDC distingue a la hora de regular el despido del personal laboral entre Administraciones Públicas y resto del sector público.

a. Los mencionados en la letra a) anterior.

b. Los Organismos autónomos.

c. Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d. las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1. que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2. que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

e. Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

2 DESPIDO OBJETIVO EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

2.1 PLANTEAMIENTO DE BASE

Las relaciones laborales en el Derecho español se basan en un sistema de terminación de contratos de trabajo de carácter casual, de modo que el vínculo entre empleador y trabajador sólo puede terminarse de forma ajustada a derecho a través de la invocación de unas causas previstas legalmente que, a su vez, tendrán que ser acreditadas oportunamente por el empresario en caso de impugnación judicial.

Ese carácter causal tiene su base en la protección constitucional del empleo recogida en el art. 35 CE, el principio de la autonomía de la voluntad y la prohibición de dejar a la voluntad de una parte la validez y vigencia del contrato previsto en los artículos 1255 y 1258 del Código Civil. En el ámbito de las Administraciones Públicas, el artículo 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), también tiene como finalidad reforzar el sistema causal de nuestras relaciones laborales.

Sin embargo, la deficiente redacción de las causas en unos casos, o el exceso de rigor en la interpretación judicial en otros, ha determinado que el despido improcedente sea la forma más usual de terminación de contratos de trabajo en España, reconociendo la improcedencia como el conocido despido exprés.

El legislador realizó una trascendente reforma a través del Real Decreto-ley 3/2012, convalidado por las Cortes Generales y tramitado, aprobado, sancionado y promulgado como Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que define las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas de despido objetivo, ofreciendo nuevos criterios para determinar su concurrencia y eliminando el alto grado de discrecionalidad judicial que los anteriores textos legales concedían. A su vez, ha clarificado el despido objetivo en las Administraciones Públicas, superando largos debates doctrinales.

Se introduce la primera regulación expresa de la aplicabilidad del despido objetivo en el Sector Público e incluye no ya a las Sociedades Mercantiles y Fundaciones del sector público, que por regirse por el ordenamiento jurídico privado no suscitaban dudas en cuanto a su capacidad para efectuar despidos objetivos, sino a la Administración Pública, Organismos Autónomos, Entidades Públicas Empresariales y cuantas entidades cita el art. 3.1 TRLCSP).

Cabe plantearse, no obstante, si dicha regulación puede calificarse de novedosa o viene a ser una mera consagración de una práctica aceptada por la jurisprudencia.

La reforma refuerza la tesis de la aplicación de los despidos económicos en las Administraciones Públicas al ampliar la justificación instrumental del despido objetivo, que ya no se limita a la «supervivencia o viabilidad de las organizaciones de trabajo» sino que comprende también «el buen funcionamiento de la empresa» y la «mejor organización de los recursos».

La consecución de estos objetivos de gestión de recursos es, hoy en día, una exigencia tanto para sostener la «posición competitiva en el mercado» de las empresas económicas como para alcanzar la «eficacia» de la actuación de las Administraciones Públicas.

Ni las empresas económicas ni las Administraciones Públicas pueden prescindir por completo, en las actuales condiciones de la organización del trabajo, de la contribución que a tales objetivos pueda aportar la posibilidad de recurrir a los despidos económicos del personal laboral.

Cuestión distinta es que una buena gestión de personal consiga prevenirlos mediante una prudente política de contratación o evitarlos mediante la reasignación de los trabajadores sobrantes a otros puestos de trabajo, si bien, en la práctica, esto no siempre es posible.

La controversia radica en si puede o no la Administración acudir al despido objetivo en condiciones de igualdad con una empresa privada o si ha de primar una interpretación restrictiva derivada de su carencia de ánimo de lucro, discrepancia ésta que deriva en definitiva de la interpretación que a su vez se haga del art. 103.1 CE: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

Y es en esta finalidad “servir los intereses generales” donde se ampara la restricción anteriormente expuesta, mientras que la interpretación no restrictiva atiende no sólo a la consecución de los intereses generales de la Administración, sino también a la aplicación del principio de eficiencia que ha de presidir la actuación a desarrollar para el logro de dichos fines.

La incidencia de la Ley 3/2012 respecto a la interpretación del ámbito de aplicación de la DA 20.^a ET es fundamental, ya que no sólo incluye expresamente la posibilidad de acudir a los supuestos del art. 51 ET a las Administra-

Públicas, sino también elimina las dudas que pudieren suscitarse respecto del supuesto más conflictivo: el despido por causas económicas.

Esta disposición establece la situación que ha de darse para que pueda apreciarse la causa económica del despido objetivo en la Administración Pública, indicando que «se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos»; asimismo, del tratamiento particular que de ella se hace, por comparación a las otras causas de despido objetivo, en que la DA 20ª reitera lo ya manifestado con carácter general en el art. 51 ET para el despido por causas técnicas, organizativas y de producción.

La exigencia de que cualquier despido objetivo se haga, con arreglo al párrafo 1º in fine de la DA 20ª ET, en el «marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas» — es decir, que todo despido objetivo en la Administración se encuadre en el marco de las exigencias derivadas de la legalidad presupuestaria y de estabilidad financiera.

Tal exigencia queda supeditada a la causa económica del despido objetivo por la simple disminución de ingresos ordinarios, ventas o dotación presupuestaria durante tres trimestres consecutivos, sin poder exigirse en el resto de las causas que cumplan un función operativa diferente a la de remediar una situación económica desfavorable.

2.2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO EMPRESARIO

Con el paso del tiempo la contratación de personal en régimen laboral y la actuación de la Administración como empresario han adquirido una importancia cuantitativa sustancial en los últimos tiempos, superando así su

carácter excepcional, aun cuando la vinculación del personal con su Administración es marcadamente estatutaria, de modo que sólo se prestará trabajo por personal sometido al orden jurídico laboral cuando una ley disponga expresamente ese modo de provisión del puesto de trabajo y no suponga «el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades gubernativas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas en los términos en que la Ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca⁹⁸».

El artículo 15 de la Ley 30/1984, de 1 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, siguiendo la idea del Tribunal Constitucional en su sentencia 99/1987, de 11 de junio; establece:

«Con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos.

Se exceptúan de la regla anterior y podrán desempeñarse por personal laboral:

- los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo;

-los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos;

-los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los

⁹⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, Acceso y movilidad de los funcionarios públicos (sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros de la función pública), Escuela Gallega de Administración Pública, 2003, p. 115

puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores;

- los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño,

- los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares.

- los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo».

Cuando la Administración actúa como empresario ha de quedar sujeta al ordenamiento jurídico encargado de disciplinar esa prestación de servicios y, en consecuencia, el desarrollo y extinción de la relación derivada del contrato de trabajo ha de regirse por la normativa social de aplicación.

Si bien, en base a la doctrina, el reclutamiento de este personal debe someterse a los principios de mérito y capacidad, publicidad de las convocatorias y de las bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia, discrecionalidad técnica en la actuación de estos órganos, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y agilidad, sin perjuicio de la objetividad en los procesos de selección, previstos todos ellos en el artículo 52 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril⁹⁹.

⁹⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, Despidos y otras medidas de (re)estructuración de plantillas laborales en el sector público, Iustel, Madrid, 2013.

De esta manera podemos concluir que no existe duda de que la relación de servicios del personal laboral se somete a la legislación laboral general: ET y Convenios Colectivos, y también al EBEP en aquellos supuestos en que se prevea expresamente, a los efectos de un principio de especialidad, aplicándose preferentemente el EBEP cuando, en caso de conflicto con la normativa laboral, los preceptos del primero así lo dispongan expresamente¹⁰⁰.

Sin embargo, no podemos decir lo mismo a la hora de hablar de la Administración Pública como “empresario” en sentido estricto, pues de todos es sabido que tanto las personas físicas como las personas jurídicas, independientemente del hecho de quedar reguladas por normas de Derecho privado o de Derecho público, e incluso las personas o entidades que, en términos estrictos, no desarrollen una actividad empresarial¹⁰¹, pueden recurrir a la contratación laboral. En este sentido, el art. 1.2 ET utiliza unos términos tan amplios que no deja duda alguna al respecto.

En estos casos, se logrará únicamente la satisfacción de una necesidad particular, ajena a cualquier tipo de proceso empresarial (esto es lo que ocurre por ejemplo con los empleados de hogar, respecto a los que el hogar familiar no puede confundirse en ningún caso con una entidad productiva, ni con “empresario” al cabeza de familia, que será un simple “empleador”). De la misma forma, también los entes públicos pueden recurrir a la contratación laboral, actuando entonces como “empleadores” y no como “empresarios”. A través de estos servicios, obviamente no se pretende emprender una actividad

¹⁰⁰ FERREIRO REGUEIRO, María Consuelo, «Crítica sobre la aplicación de la normativa laboral en la Administración Pública», Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos núm. 2, 2014, pp. 115-130.

¹⁰¹ En estos casos, estas personas no serán estrictamente “empresarios” (pues no pretenden ofertar en el mercado bien o servicios alguno) sino meros “empleadores”. Esta es la explicación que justifica la amplia redacción del art. 1.2 ET, a través del que se pretende incluir en el ámbito de la contratación laboral cualquier tipo de prestación de servicios retribuidos, dependientes y por cuenta ajena, independientemente de la naturaleza del sujeto que va a recibir la prestación de servicios del trabajador, y por ese motivo, se utiliza la alternativa “empleador o empresario”. De esta forma, el Derecho del Trabajo regulará relaciones laborales nacidas entre categorías muy variadas de trabajadores y distintos tipos de empleadores o empresarios que en cada caso recibirán la prestación laboral de servicios. Al respecto, véase LUJÁN ALCARAZ, J., La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo, MTSS, Madrid, 1994, pág. 36.

productiva sino simplemente, y siempre en colaboración con el personal funcionario, aunar esfuerzos en el cumplimiento del fin que persigue toda Administración pública: la satisfacción del interés general.

2.3. CAUSAS

Las causas determinantes de los despidos objetivos aparecen definidas en el art. 51.1 ET:

- Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

- Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción

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

2.3.1 Problemática en la clasificación del personal laboral de las Administraciones Públicas

Antes de pasar analizar con detenimiento tales causas, es conveniente, aclarar algunas cuestiones sobre la clasificación del personal laboral al servicio

de las Administraciones Públicas, lo cual nos va a permitir un mejor análisis y comprensión de las mismas.

En términos generales, el art. 8.2 de la Ley 7/2007 por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante LBEP) indica que los empleados públicos se clasifican en: a) Funcionarios de carrera, b) Funcionarios interinos, c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y d) Personal eventual.

Completando lo anterior, el art. 11.1 LBEP especifica que “es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”. Se deduce así que mientras los restantes grupos de empleados públicos están sujetos únicamente al Derecho administrativo, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, además de las reglas propias incluidas al respecto en la citada LBEP (que inciden sustancialmente sobre los criterios de acceso y promoción en el puesto de trabajo), quedan también sujetos al ET como norma subsidiaria, pues será éste el que, a excepción de las previsiones específicas incorporadas en la LBEP, permita determinar las características básicas del contrato de trabajo suscrito y su régimen jurídico.

Resulta obvio que el rasgo principal que diferencia a los trabajadores temporales de los indefinidos, independientemente de la naturaleza pública o privada de la entidad contratante es la duración de su contrato. Pero ¿cuál es el rasgo distintivo que identifica y diferencia a los trabajadores “fijos” de los “indefinidos”?¹⁰²

¹⁰² Al respecto, cfr. VALDÉS ALONSO, A., “Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración pública (Comentario STS 4ª de 30 de mayo de 2007)”, Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 2, 2007, págs. 825-829.

A lo largo de las siguientes líneas se pretende analizar no sólo la figura del trabajador “indefinido” al servicio de las Administraciones públicas (categoría contemplada expresamente en la LBEP), sino también la modalidad del trabajador “indefinido no fijo” (como tal, no incluida en ningún momento en el texto de la LBEP ni en la legislación laboral) con la que nuestra jurisprudencia, desde hace años, viene intentando llenar ciertos vacíos de los que adolece la legislación vigente, respondiendo así a los problemas de contratación laboral irregular suscitados en el seno de los entes públicos.

La denominada relación laboral “indefinida no fija” es una creación jurisprudencial que surgió hace dos décadas¹⁰³, durante la vigencia de la Ley 30/1984 *de medidas para la reforma de la función pública*¹⁰⁴, para dar respuesta a ciertas irregularidades que se solían presentar en la contratación de las Administraciones públicas que, pese a su ilicitud, no podían determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto pugna con los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público -tanto funcional, como laboral- en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, exigidos tanto en la CE (arts. 14 y 23.2) como en la Ley 30/1984 y posteriormente en la LBEP¹⁰⁵;

Esto es, se trata de un trabajador del citado ente público, que ha adquirido tal condición como consecuencia de la reclamación judicial efectuada en virtud de la concatenación de sucesivos contratos temporales durante un plazo superior a veinticuatro meses dentro de un periodo de treinta meses (en cuyo caso, el art. 15.5 ET prevé su conversión automática en contrato

¹⁰³ Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica, nº 2, 2007, págs. 825-829. Entre otras, las STS, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 1996 (Rec. de casación para la unificación de doctrina nº. 3307/1995), 10 de diciembre de 1996 (Rec. de casación para la unificación de doctrina nº. 1989/1995), 30 de diciembre de 1996 (Rec. de casación para la unificación de doctrina nº. 637/1996), 14 de marzo de 1997 (Rec. de casación para la unificación de doctrina nº. 2974/1996), 24 de abril de 1997 (Rec. de casación para la unificación de doctrina nº. 3581/1996). Al respecto, véase GOERLICH PESET, J.M., y VEGA LÓPEZ, J., ¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?: los “trabajadores indefinidos, no fijos de plantilla”. <http://www.fsp-ugt.es/docs/AdmPub.pdf>.

¹⁰⁴ Vigente todavía hoy algunos de sus preceptos hasta 1 de enero de 2015, y otros, derogados en virtud de la entrada en vigor de la LBEP

¹⁰⁵ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013 (Rec. de casación para la unificación de doctrina nº. 1380/2012).

indefinido¹⁰⁶), por prolongación de un contrato para obra y servicio determinado durante más de tres años (15.1.a ET¹⁰⁷), por apreciación de fraude de ley en la causa temporal que aparentemente inspiraba la celebración del contrato (tal y como contempla para estas situaciones el art. 15.3 ET), por la prestación laboral de servicios encubierta bajo la forma de un falso trabajo autónomo (declarado como tal por la jurisdicción laboral), o incluso, como la consecuencia legalmente prevista para las situaciones en las que un ente público haya participado en un fenómeno de cesión ilegal de trabajadores como receptor de mano de obra¹⁰⁸.

Pero esta curiosa expresión, conformada por una contundente contradicción *in terminis*, dando lugar a un oxímoron, no es arbitraria, sino que nuestra jurisprudencia intenta representar a través de ella las paradójicas circunstancias que, en ocasiones, dan lugar al reconocimiento de la estabilidad laboral en el seno de una Administración pública.

Adviértase ahora que la presunción de la condición de trabajador indefinido prevista con carácter general para cualquier fenómeno de fraude de ley en la contratación laboral (15.3 ET), choca frontalmente con los principios de igualdad, mérito y capacidad que han de regir toda contratación por parte de un ente público. Este hecho es el que ha llevado a nuestra jurisprudencia a reconocer la figura del trabajador “indefinido no fijo” (de exclusiva creación jurisprudencial y que sólo puede presentarse cuando es una Administración pública la empresa contratante) intentando compaginar así las muy distintas

¹⁰⁶ Esta medida estuvo temporalmente suspendida de aplicación por motivo de la crisis económica, hasta 31 de diciembre de 2013. Repárese en que las únicas situaciones excluidas de la aplicación de las citadas consecuencias son: “los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado” (art. 15.5 in fine ET).

¹⁰⁷ Plazo ampliable durante 12 meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior.

¹⁰⁸ Según indica la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 10 de diciembre de 2009 (nº de recurso 691/2009).

exigencias derivadas de la concurrencia de dos normas jurídicas con el mismo rango legal.

Se genera entonces una situación en la que se accede al empleo público con carácter indefinido a pesar de no haber superado unas pruebas selectivas basadas en los principios de igualdad, mérito y capacidad, simplemente por aplicación directa de las consecuencias laboralmente previstas ante las situaciones en las que la Administración pública contratante ha incurrido en alguna irregularidad en la contratación laboral realizada. Y es que al ser los entes públicos también “empleadores”, las consecuencias contempladas en la legislación laboral, se aplicarán a todos los trabajadores afectados por estas situaciones de contratación laboral fraudulenta, independientemente de la identidad de su empleador o de su condición de ente de Derecho público¹⁰⁹.

En virtud de lo expuesto, se viene entendiendo que no cabe admitir en ningún momento que la Administración pública pueda atribuir directamente la condición de trabajadores fijos a ciertos trabajadores sólo por el mero hecho de haber sido objeto de una previa contratación laboral irregular.

Al mismo tiempo, eran también las propias peculiaridades que justificaban la creación jurisprudencial de esta modalidad contractual, las

¹⁰⁹ En términos de la sentencia del Pleno de 20 de enero de 1998, “el carácter indefinido de este contrato implica, desde una perspectiva temporal, que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término”, pero añade que “esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas”. En este sentido se pronuncia la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 10 de marzo de 2010 (Rec. de casación para la unificación de doctrina nº. 2305/1009), recordando que el trabajador “indefinido no fijo” no adquiere una pretendida fijeza en la plantilla con una adscripción del puesto de trabajo”, sino que, por el contrario, la Administración pública contratante “está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato”.

Por todo lo expuesto, la citada Sentencia niega la posibilidad de acceder al empleo público estable al margen de cualquier procedimiento de selección sin otro mérito que la permanencia en una situación -irregular o no- de contratación temporal en el seno de una administración pública, que únicamente puede dar lugar al reconocimiento de la condición de trabajador “indefinido no fijo”, pero nunca de “trabajador fijo” (como también indican la STS, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 4 y 10 febrero 2010, Recursos de casación para la unificación de doctrina 1857/2009 y 1954/2009 respectivamente).

mismas que determinaban el reconocimiento de sus propias casusas de extinción. De esta manera, la relación laboral del trabajador “indefinido no fijo” se entendía que esa relación jurídica extinguía por cumplimiento de una de las condiciones resolutorias inherentes a su naturaleza jurídica (49.1.b ET), si se cubría la plaza que hasta ese momento ocupaba en virtud de un procedimiento de selección de nuevo candidato basado en los principios de publicidad, mérito y capacidad¹¹⁰, y también, si ésta se amortizaba antes de que se produjera su cobertura definitiva. Ahora bien, no se puede negar que en muchos casos, una vez convocado el oportuno procedimiento de selección definitiva de la plaza, podía ser el propio trabajador “indefinido no fijo”, debido a la prolongada experiencia profesional en el ejercicio de las citadas funciones que su particular situación laboral le permitía acreditar (computable a efectos de un concurso o de un concurso-oposición), el que finalmente podía resultar beneficiario definitivo de la plaza en cuestión, después de haber superado el correspondiente proceso de selección, adquiriendo así, con las ventajas que ello le reporta, la condición de “trabajador fijo” al servicio de las Administraciones públicas de forma sobrevenida.

Como hemos indicado la figura del “trabajador indefinido no fijo” se incorporó a nuestro sistema de relaciones laborales en virtud de una práctica jurisprudencial hace prácticamente veinte años, mucho antes de la entrada en vigor de la LBEP.

En el año 2007, coincidiendo con la modificación legislativa que la aprobación de la citada LBEP implicaba, se esperaba encontrar en el texto de la nueva norma una referencia a la figura del “indefinido no fijo”, confiando en que el legislador hubiese optado finalmente por recoger en el texto de una ley lo que en un principio había resultado ser una mera respuesta jurisprudencial,

¹¹⁰ De ahí que, aunque se declare contraria a Derecho la causa de temporalidad pactada, conforme al art. 49.1.c) del ET, y se reconozca la relación como indefinida, ésta queda sometida a una condición resolutoria -la provisión de la vacante por los procedimientos legales de cobertura-, cuyo cumplimiento determina la extinción del contrato de trabajo mediante la correspondiente denuncia del empleador público, sin que sea preciso recurrir a las modalidades de despido que contemplan los arts. 51 y 52 del ET. Cfr. STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013, antes citada.

ofreciendo de esta manera seguridad jurídica a los sujetos afectados. Ahora bien, una lectura detallada del citado texto normativo permite comprobar que no fue esa la respuesta por la que finalmente se decantó el legislador, sino que el alcance de la citada norma fue finalmente mucho menos pretencioso al respecto de lo que se esperaba.

Conviene destacar que, como se ha expuesto, tanto en el art. 8.2 como en el art. 11 de la LBEP, se incluye una clasificación del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas que diferencia entre trabajadores “fijos, indefinidos o temporales”. Es entonces cuando se detecta una diferencia entre las referencias a la contratación laboral incluidas en la LBEP y la regulación contenida en el ET. Y es que, la legislación laboral, por lo que a la duración del contrato se refiere, únicamente distingue entre trabajadores indefinidos y temporales, sin que exista a su vez una subdivisión dentro del primer grupo que separe a trabajadores fijos e indefinidos (a excepción de los trabajadores fijos discontinuos¹¹¹), términos que por el contrario, suelen aplicarse indistintamente a modo de sinónimos. En cambio, como reconoce hoy en día expresamente la propia LBEP, dentro del personal laboral al servicio de nuestras Administraciones públicas nos encontramos con dos clases de trabajadores cuyo contrato tiene atribuida una duración indefinida en el tiempo: el personal laboral “fijo” y el personal laboral indefinido “no fijo”.

Ahora bien, ¿qué diferencia existe entre estas dos modalidades contractuales? Paradójicamente, aunque la LBEP distingue entre ambas, no acompaña esta diferenciación de una definición de su contenido, naturaleza o alcance. La distinción entonces debe construirse analizando no sólo lo dispuesto en la LBEP y en el ET, sino también, los antecedentes históricos de esta regulación, su proceso de tramitación legislativa y las decisiones de nuestros jueces y tribunales. Se aprecia entonces que el personal laboral fijo es aquel que ha ingresado en la función pública a través de procedimientos de selección en los que se garantizaron los principios constitucionales de

¹¹¹ En cuyo caso, no presentan diferencia en lo que a la duración del contrato se refiere sino en la intermitencia en la prestación de servicios.

publicidad, igualdad, mérito y capacidad. Sin embargo, las referencias al personal laboral “indefinido”, como a continuación se expone con detenimiento, están destinadas a recoger situaciones revestidas de ciertas peculiaridades que dan lugar a causas propias de extinción del vínculo contractual a las que no quedan sometidas los trabajadores “fijos”.

Es cierto que dicha redacción, a primera vista, parece sugerir un tácito reconocimiento legal de la figura del trabajador “indefinido no fijo”, que hasta el momento venía siendo de exclusiva creación jurisprudencial. Ahora bien, un recorrido por el proceso de gestación de la citada norma, lleva necesariamente a una conclusión contraria.

Y es que en realidad, la incorporación de la referencia al personal laboral “indefinido” en LBEP no ha tenido por objeto recoger la figura del “indefinido no fijo” delimitada por la jurisprudencia, ni crear con carácter general un “*tercium genus*” entre fijos o temporales. La referencia a “los trabajadores indefinidos al servicio de las Administraciones públicas”, que no se contenía ni en el proyecto remitido por el Gobierno a las Cortes, ni en el que el Congreso remitió al Senado, se incorporó durante la tramitación en éste, como consecuencia de las enmiendas 33 y 36 del grupo de senadores nacionalistas vascos, con las que se pretendía añadir el personal laboral indefinido junto al fijo y al temporal, con la finalidad de que “también el profesorado de religión estuviese contemplado en este artículo”. La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica¹¹², no son temporales pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección del art. 61 LBEP. Por tanto, la única manera de considerarlos incluidos en la LBEP era incluyendo la categoría de trabajadores “indefinidos” en la clasificación de los contratos de trabajo celebrados en el seno de las Administraciones públicas por la LBEP.

¹¹² Disposición adicional 3ª de la LO 2/2006 y arts. 3, 4 y 6 del RD 696/2007.

Son precisamente los antecedentes históricos y legislativos de los preceptos citados los que determinan que doctrina y jurisprudencia coincidan en que las referencias a “trabajadores indefinidos” en el texto de la LBEP no constituyen en modo alguno formas tácitas de reconocimiento legal de la figura del “trabajador indefinido no fijo”, sino una mera forma de inclusión dentro de su ámbito de aplicación de los profesores de religión. De lo expuesto, se desprenden cuatro conclusiones¹¹³,

1º) No ha desaparecido la figura de “indefinido no fijo” para transformarse en indefinido sin más.

2º) El “indefinido no fijo” sigue caracterizándose por ser consecuencia de una declaración derivada de irregularidades producidas en una previa contratación temporal y sigue cesando por cobertura de la vacante.

3ª) Las Administraciones Públicas no pueden contratar directamente trabajadores indefinidos, salvo en el caso de los profesores de religión.

4º) Los trabajadores contratados a través de los sistemas legales de selección son trabajadores “fijos” (art. 61.7 LBEP).

Se admite así que, de forma inicial, los entes públicos pueden concertar bien contratos laborales “fijos”, bien contratos “indefinidos”, según las características que concurran en el caso. Ahora bien, pese a la amplitud de los términos en los que queda configurada la clasificación del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas según la redacción vigente de la LBEP, no puede querer verse en ella una especie de reconocimiento indirecto de la figura de la contratación “indefinida no fija” como una modalidad contractual a la que puedan recurrir libremente las Administraciones públicas según su conveniencia. En definitiva, se puede afirmar que por el momento, la figura del trabajador “indefinido no fijo” sigue siendo de estricta creación jurisprudencial, sin que quepa la concertación inicial de esta modalidad

¹¹³ Como reconoce también, la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013.

contractual por un ente público, ni la transformación automática en la citada categoría por mera voluntad de la entidad contratante sin contar con una resolución judicial al respecto¹¹⁴.

2.3.2 Análisis de las causas de extinción de contratos de trabajo en la Administración Pública

Como se ha expuesto, todos los contratos de trabajo, incluidos los concertados en el seno de una Administración pública, están sujetos a las causas de extinción previstas en el art. 49 ET. Ahora bien, son éstas tantas y variadas que, no todas ellas resultaban compatibles con las especiales características que identifican a la entidad contratante cuando ésta es una Administración pública. Y es que en estos casos, por ejemplo, no cabe extinción de la relación laboral por fallecimiento o jubilación del empleador, ni se puede dar lugar a un despido por “causas productivas”, pues no es la

¹¹⁴ Recuérdese que la redacción original del art. 15.5 ET especificaba que la consecuencia prevista para los supuestos de encadenamiento de sucesivos contratos temporales, “surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos autónomos, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable”. Ahora bien, la eliminación de este párrafo parece obedecer únicamente a una simplificación del precepto, sin que pueda confundirse en absoluto con una hipotética exclusión de la obligación de superar el preceptivo concurso basado en los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad para adquirir la condición de trabajador fijo en estos casos. En otras palabras, mientras que en las empresas ordinarias la aplicación del art. 15.5 ET, produce la transformación automática del contrato temporal inicialmente concertado en un contrato indefinido, sin necesidad de declaración judicial alguna al respecto, no es ésta la respuesta que ha de seguirse cuando la citada transformación se produce en el seno de una Administración pública. Y es que estos casos, como se reitera insistentemente a lo largo de este trabajo, la legislación aplicable (LBEP) exige la previa superación de un concurso público, debidamente convocado respetando siempre los consabidos principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad, como requisito previo e imprescindible para adquirir, en todos los casos y sin que exista excepción alguna al respecto, la condición de trabajador fijo al servicio de una Administración pública, y por tanto sin que pueda querer verse en el art. 15.5 ET ninguna forma de excluir o exceptuar la aplicación de esta regla imperativa. Y es que en este sentido existe una regla especial (55.2 LBEP) que matiza y condiciona la aplicación de la regla general (15.5 ET). Teniendo esto en cuenta, no queda otra solución que reconocer que, por lo que respecta a las contrataciones realizadas en las Administraciones públicas, el mero transcurso del periodo temporal previsto en el art. 15.5 ET sin que se haya superado al mismo tiempo el correspondiente concurso público, no permite (a diferencia de lo que ocurre en las empresas ordinarias), la adquisición directa de la condición de trabajador fijo por parte de los sujetos afectados, sino que -y siempre previa constatación judicial- únicamente se les podrá reconocer la condición de “trabajadores indefinidos no fijos”.

producción de bienes y servicios para ser ofertados al mercado sino la satisfacción del interés general el único objetivo que inspira la actividad de este tipo de entes. De la misma forma, hasta hace pocos años, también se venía impidiendo que los despidos objetivos se sustentaran en la apreciación de la indisponibilidad económica de la entidad empleadora, pues no se concebía que esta situación pudiera tener lugar.

Tan estricta era antes de la reforma del año 2012 la definición de las causas económicas que podían dar lugar a un despido objetivo, que se entendía que la propia naturaleza de las Administraciones públicas impedía su quiebra presupuestaria, y por tanto, evitaba que concurrieran las causas económicas que en cualquier otro tipo de empresa podían utilizarse para reducir el número de trabajadores contratados, asegurando así la viabilidad de la entidad contratante. En cambio, como cualquier otra empresa, las Administraciones públicas sí podían extinguir contratos de trabajo alegando motivos técnicos u organizativos de importancia suficiente como para justificar la reestructuración de la plantilla y la reducción del número de contratos de trabajo existentes.

Ahora bien, la situación de crisis económica que ha afectado duramente a nuestro país, comprometió seriamente la viabilidad de distintas Administraciones públicas, sobre todo entes locales, que sufrieron una disminución tan importante de sus ingresos que se vieron incapaces de asumir gran parte de las obligaciones asumidas. Por ese motivo, se han visto obligadas a adaptar sus dimensiones para moderar su nivel de gasto y en consecuencia, reducir los servicios que hasta ese momento prestaba el personal laboral.

Con el fin de dar respuesta a esta nueva situación de hecho, el RD-Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, consolidado después por la Ley 3/2012 con el mismo título, introduce una nueva Disposición adicional 20ª en el ET (ET), gracias a la cual por fin se reconoce la concurrencia de causas económicas motivadoras de la extinción de contratos de trabajo en la Administración pública, cuando ésta sufre insuficiencia

presupuestaria. En concreto, esta forma de extinción contractual resulta ser particularmente útil en el seno de las entidades locales, cuya disponibilidad presupuestaria, en muchos casos se ha visto seriamente afectada por la disminución de la recaudación por medio de tributos locales.

Debe advertirse que esta nueva medida, habida cuenta de que está recogida en la legislación laboral, afectará solamente al personal vinculado a la entidad por un *contrato de trabajo* (sea éste temporal, indefinido o fijo) y no a los funcionarios públicos, dado que éstos se encuentran sujetos al régimen estatutario de la función pública, que proclama su “derecho a la inamovilidad en su condición de funcionarios de carrera” (art. 14.a LBEP).

Acerca de la redacción literal de la nueva Disposición adicional 20ª que, bajo la rúbrica “*Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público*” se ha incorporado al Estatuto de los Trabajadores, se pueden realizar diversas consideraciones:

1º. Se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación *de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente* para la financiación de los *servicios públicos correspondientes*. Esto quiere decir que, como a continuación se expone con más detalle, la insuficiencia presupuestaria que legitima esta nueva causa de extinción, no se predica del ente público en su conjunto sino del servicio en el que preste sus servicios el sujeto en cuestión afectado por la causa de extinción.

2º. Al mismo tiempo, resulta muy interesante prestar especial atención al inciso final de la disposición comentada, en la que expresamente se indica que “*tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior*”.

Habida cuenta de que, según el art. 8.2 LBEP, el personal laboral de los Entes públicos puede ser temporal (en cuyo caso, ante la insuficiencia presupuestaria sobrevenida, el contrato de trabajo se puede extinguir por agotamiento del tiempo previsto de vigencia sin necesidad de recurrir al despido por causas económicas), fijo e indefinido (remitiéndonos aquí a la diferencia entre ambos expuesta anteriormente), se plantea necesariamente la siguiente duda:

Al establecer prioridad de permanencia para el personal laboral fijo que hubiese superado un procedimiento de selección en virtud de los principios de igualdad, mérito y capacidad, el legislador laboral ¿está reconociendo tácitamente la existencia de personal laboral que no ha superado el correspondiente procedimiento de selección? ¿Con ello está admitiendo indirectamente la existencia de contratos de trabajo “indefinidos no fijos”?

Como se ha expuesto, no hay ningún indicio de que la entrada en vigor de la LBEP conlleve un reconocimiento tácito en el texto de la ley de lo que por el momento es tan sólo una figura de creación jurisprudencial, pero en cambio, no puede extraerse la misma conclusión de la redacción literal de la nueva Disposición adicional 20ª ET.

No se puede negar que la intención del legislador al redactar la citada Disposición, era la de hacer referencia tácitamente al personal de las entidades de Derecho público que se viene denominando como “indefinido no fijo”, que aunque no ha quedado expresamente reconocido por el momento en el texto de ningún precepto de nuestro ordenamiento jurídico (ni posiblemente nunca pueda llegar a estarlo, teniendo en cuenta que dicha figura nace de una irregularidad en la contratación laboral realizada, contraria además a los principios que han de orientar toda contratación realizada en el seno de las Administraciones públicas), es hoy en día una figura consolidada en la estructura de las Administraciones públicas.

En virtud de lo expuesto, se extrae automáticamente la conclusión de que, en la práctica, van a ser los trabajadores “indefinidos no fijos” los sujetos

principalmente afectados por la nueva causas de extinción de sus contratos introducida por la última reforma laboral. De esta forma se ofrece una garantía reforzada de permanencia a aquellos trabajadores al servicio de las Administraciones públicas que hubiesen adquirido su condición de empleados públicos en virtud del correspondiente proceso público de selección. Por lo tanto, a raíz de la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, la prioridad en la extinción motivada por la insuficiencia presupuestaria del ente contratante va a pasar a ser uno más de los rasgos que configuran el especial régimen jurídico al que quedan sometidos los “trabajadores indefinidos no fijos” al servicio de las Administraciones públicas.

Pese a todo, no se puede dejar de destacar la ambigüedad con la que queda redactada la citada cláusula al utilizar la expresión “*cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior*”. A través de ella, utilizando una defectuosa técnica jurídica, parece estar remitiendo a cada ente público la decisión entre otorgar prioridad de permanencia a los trabajadores fijos que hubiesen superado el correspondiente procedimiento de selección de personal, o no hacerlo, según estime conveniente en cada momento, atentando así contra el más elemental principio de seguridad jurídica y obviando que las condiciones de acceso a la condición laboral indefinida son muy diferentes en uno y otro caso.

Nos encontramos por tanto ante contratos que desde su origen están condicionados por la cualidad de su objeto y de la fuente de financiación. Si los módulos se sufragan por medio de la permanencia o prórroga de los fondos públicos, tales circunstancias delimitadoras operan a modo de condición resolutoria.

En apoyo de la misma se encuentra entre otras la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 570/2008 de 14 febrero JUR\2009\150169, se la lectura de la misma se desprende, “Asociación Alzheimer Enalsa, entidad sin ánimo e lucro, cuya actividad y fines los contempla el art.5 de sus Estatutos y vienen reflejados en el hecho probado segundo de la sentencia, diversos contratos

temporales, en los que se establece de forma clara y precisa el objeto de cada uno de ellos de "ayudas a enfermos de alzheimer, según programa del Servicio

Andaluz de Empleo, de la Consejería de Empleo" y tiempo de duración de los mismos (hecho probado primero), reflejándose en el hecho tercero los proyectos subvenciones concedidas por el SAE a la mentada empresa, es evidente que o puede apreciarse la existencia de fraude de ley en tal contratación temporal, que la Asociación ejecuta sus actividades propias dentro de los términos y posibilidades económicas que la ofrece el SAE, por lo que es la subvención la que posibilita los términos de la contratación laboral que puede realizar la Asociación demandada, con lo que, en definitiva, al tener el contrato un límite temporal y económico, no cabe concluir que existe el fraude de ley alegado en el recurso y, como la sentencia de instancia así lo entendió, fue certera en la solución que adoptó, por lo que se impone su confirmación, previa desestimación del recurso."

Otro aspecto a destacar es que como ocurre en cualquier contrato de trabajo, la extinción de los contratos sin observar una de las causas de extinción expresamente contempladas en la ley, dará lugar a la declaración de improcedencia¹¹⁵ o de nulidad del despido celebrado¹¹⁶, según proceda. Ahora bien, respecto a las peculiaridades que inciden sobre las causas de extinción

¹¹⁵ De la misma manera, cabe reconocer la improcedencia del despido del trabajador contratado por una Administración pública en virtud de sucesivos contratos temporales fraudulentos, pues la extinción del contrato aparentemente realizada por agotamiento de la duración prevista del contrato temporal suscrito, en realidad está encubriendo el despido improcedente de un trabajador que, con el paso del tiempo, ha adquirido la condición de trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración pública, como reconoce, entre otras, las recientes STSJ de Castilla-León, Valladolid (Sala de lo Social) de 8 de enero de 2014 (nº. de sentencia 22/2014) y la STSJ de Oviedo, Asturias (Sala de lo Social) de 10 de enero de 2014 (nº. de sentencia 43/2014). En similares términos, véanse las STS, Sala de lo Social, de 21 de julio de 2014 RJ 2014/444 y RJ 2014/4545, en las que además se valora el defectuoso ejercicio por parte de la entidad local de la readmisión por la que opta una vez declarado el cese como improcedente.

¹¹⁶ Como puede ocurrir por vulneración del "principio de indemnidad" respecto al trabajador, irregularmente contratado por un ente público, que es despedido -sin concurrencia de otras causas- tras reclamar la estabilidad laboral ante la jurisdicción social (situación a la que indirectamente remiten, entre otras, las STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 2 y de 10 de diciembre de 2009 (nº. de recurso 662/2009 y 691/2009 respectivamente), o por embarazo de la trabajadora despedida, la STSJ de Zaragoza (Sala de lo Social) de 14 de enero de 2014 (nº. de sentencia 9/2014) o en la STSJ de Albacete (Sala de lo Social) de 27 de diciembre de 2013 (nº. recurso 863/2013).

de los contratos declarados “indefinidos no fijos”, cabe hacer las siguientes reflexiones:

Todavía hoy en día, dentro de las causas de extinción previstas en el art. 49 ET, y como una más de las posibles causas que legitimarían la extinción del contrato de trabajo, debe entenderse tácitamente incluida la cobertura definitiva y “mediante un procedimiento reglamentario de selección, de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido” (pero no fijo). Así pues, la cobertura definitiva a través de un procedimiento basado en los principios de publicidad, mérito y capacidad del puesto de trabajo que hasta ese momento venía ocupando el trabajador indefinido no fijo, se consideraba que hacía surgir una causa de extinción del contrato que tenía “que subsumirse en las enunciadas genéricamente por el apartado b) del citado núm. 1 del art. 49 ET” (esto es, aquellas causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo, que actuarán como *condiciones resolutorias*)¹¹⁷.

Ahora bien, hasta ahora nuestra jurisprudencia venía entendiendo que ésta no era la única causa propia de extinción de la relación laboral de los contratos indefinidos no fijos. Además de la cobertura reglamentaria de la vacante, se consideraba que la extinción del contrato por cumplimiento de la condición resolutoria también había “de aplicarse a los supuestos en que el puesto desempeñado *desaparece por amortización* y ello porque en este caso ya no podrá cumplirse la provisión reglamentaria y habrá desaparecido también el supuesto de hecho que justifica esa modalidad contractual -la existencia de

¹¹⁷ Así pues, se venía apreciando que, cubriendo reglamentariamente el puesto de trabajo que hasta ese momento ocupada el trabajador indefinido no fijo, o amortizando su plaza, se había dado lugar a una de las causas de extinción “consignadas válidamente en el contrato” (49.1.b ET), aunque en este caso, como recuerda la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013 (JUR\2013\331265), la condición resolutoria que se incluye en el contrato (49.b ET) no lo hacía por mutuo acuerdo de las partes, sino que resultaba, *ope legis*, consustancial al reconocimiento de su condición de “indefinido no fijo”. También en este sentido se pronunció la STS (Pleno de la Sala), de 27 de mayo de 2002, reiterada por otras posteriores, entre ellas, la de 26 de junio de 2003. Según esta postura, bastaba con efectuar denuncia basada en la ocupación de la plaza por procedimiento reglamentario oportuno para que el contrato indefinido no fijo se extinguiese.

un puesto de trabajo que se desempeña de forma en realidad interina hasta su cobertura reglamentaria¹¹⁸”.

Y es que desde el momento en que la plaza desaparece, resulta obvio que ya no podrá realizarse nunca su provisión reglamentaria, y por tanto, el contrato indefinido no fijo -que incorpora en su propia naturaleza esta condición resolutoria-, también se extinguirá. A estos efectos, se entendía que el art. 1117 C.C. es claro y, al regular los contratos sometidos a condición resolutoria, determina que también se producirá la extinción del contrato cuando “(...) fuera ya indudable que el acontecimiento (del que depende su extinción) no tendrá lugar”¹¹⁹.

De esta manera, aunque fue la reforma de 2012 la que introdujo la posibilidad de realizar despidos por causas económicas por parte de la Administración pública, antes de esa fecha, era la jurisprudencia la que, al igual que reconocía esta figura contractual “atípica”, articulaba también unas formas particulares e impropias de extinción del vínculo contractual debido a la insostenibilidad económica del ente contratante, y lo hacía permitiendo la *amortización* de las plazas de ocupaban los trabajadores “indefinidos no fijos”, sin derecho entonces ni a indemnización alguna ni salarios de tramitación¹²⁰,

¹¹⁸ STS de 22 de julio de 2013.

¹¹⁹ Como indica la STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013 (JUR\2013\331265), citando a su vez lo dispuesto en las STS de 20 de julio de 2007 y 19 de febrero de 2009, “a posición de aquellos trabajadores al servicio de la Administración, cuyo contrato fue declarado indefinido (no fijo) por sentencia firme, es idéntica a la de aquellos otros que cubren una plaza con contrato de interinidad” Pues bien, con respecto al contrato de interinidad por vacante suscrito en el ámbito de las Administraciones públicas, la Sala ha establecido con reiteración que la extinción puede acordarse directamente “por la amortización de la plaza cubierta (...) sin necesidad de acudir a la vía que establece el art. 52.c) del ET”, y ello en atención a que “la situación de interinidad que genera - según las sentencias citadas- el contrato de trabajo con la Administración es muy peculiar, concurriendo en ella algunas circunstancias que la diferencian de la contratación celebrada por los particulares al amparo del artículo 15.1 c) ET”. De ahí que, “aunque las partes hayan pactado que la duración del contrato queda condicionada a la provisión de las vacantes mediante la designación de trabajadores con carácter de fijos, es obvio que la vigencia de la relación está vinculada al mantenimiento de la plaza que ha de cubrirse, por lo que cuando ésta se amortiza el contrato se extingue; efecto que «responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad en cuanto referida al desempeño, con carácter de provisionalidad, de un puesto de trabajo”.

¹²⁰ En cualquier caso, adviértase que se trata de una posición no exenta de críticas. Al respecto véase LAHERA FORTEZA, J., “La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria (SSTJCE 7

pues el art. 49.1.b) ET no contempla consecuencias indemnizatorias de ninguna clase a favor del trabajador cuando la extinción del vínculo contractual se produce por cumplimiento de la condición resolutoria.

Resulta interesante insistir en que, entonces, en estos casos, la extinción no operaba por la vía del art. 52.e) ET ni del art. 52.c) ET, sino determinando el cumplimiento anticipado de la condición resolutoria (49.1.b ET) a la que aquél estaba sometido, pues obviamente, la amortización de la plaza elimina cualquier posibilidad de proceder a su cobertura reglamentaria.

En definitiva, nuestros jueces y tribunales venían entendiendo que, tanto en los casos de cobertura reglamentaria, como de amortización del puesto se cumplía la condición resolutoria del contrato inherente al reconocimiento de la condición de trabajador “indefinido no fijo” (causas de extinción que, apoyándose en la cercana razón de ser inspira a ambos, se extendían también al contrato de “interinidad por vacante”¹²¹).

septiembre de 2006, Asunto C-53/04 y Asunto C-180/04)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2007, págs. 587-593. También VALDÉS ALONSO, A., “Contrato de trabajo fijo y contrato de trabajo indefinido en la Administración pública (Comentario STS 4ª de 30 de mayo de 2007)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº 2, 2007, págs. 825-829.

¹²¹ En este sentido ya señaló la STS (Sala de lo Social) de 27 de mayo de 2002, las indudables analogías que existen entre el contrato “indefinido no fijo” y el contrato de “interinidad por vacante” en las Administraciones públicas cuando de forma tajante afirmó que “no puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos (los indefinidos no fijos) con la de los interinos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y de otros responde a una misma causa y necesidad”. Como reconoce la STS de 8 de junio de 2011, citando a las del mismo Tribunal de 2 de abril y 9 de junio de 1997, 27 de marzo de 2000 y 4 de marzo de 2002 . En similares términos, en la STS 27 de febrero de 2012 (nº. de recurso 736/12) se dice que, en las Administraciones públicas “el contrato de interinidad se extingue no solo al ocuparse la plaza por el titular, sino también por la supresión de la misma ocupada por el interino”, pues “el pacto de los contratos de interinidad en los que se conviene la prestación de servicios hasta que la plaza sea provista en propiedad, ha de entenderse sujeto a la condición subyacente de la pervivencia del puesto de trabajo”, añadiendo que esta “conclusión responde a la propia naturaleza de la relación contractual de interinidad” y que “entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas, ya que supondría la transformación del hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido -pues el cese del interino solo se produce por la incorporación del titular, lo que en principio no procede al suprimirse la plaza-, o bien significaría la vinculación de la Administración a proveer una plaza que estima innecesaria, puesto que la ha suprimido. Por ello ha de entenderse que los contratos de interinidad no limitan ni eliminan las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de puestos de trabajo, y que la supresión de la plaza es causa justa de la finalización del contrato temporal de interinidad”. Sobre este tema, véase RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias”, *Aranzadi Social*, vol. 3, nº 12, 2010, págs. 33-42.

El problema se plantea entonces cuando, después de la entrada en vigor de la nueva Disposición adicional 20ª ET, y con ella de la posibilidad de extinguir contratos de trabajo por causas económicas de la administración contratante, cierta entidad administrativa recurre a la amortización de ciertos puestos de trabajo, normalmente con el fin de compensar la merma de sus ingresos periódicos. Y es que a estos efectos, la reforma del año 2012 ¿está obligando a cambiar la respuesta que hasta ese momento se venía dando ante situaciones de este tipo? ¹²²

Adviértase que el efecto más importante de entender cumplida la condición resolutoria del contrato “indefinido no fijo” es que tal circunstancia generaría (en principio y a excepción de las últimas matizaciones jurisprudenciales a las que se hace referencia a continuación) la extinción del contrato de trabajo *sin derecho a indemnización alguna* (49.1.b ET). Por el contrario, si lo que se aprecia es que concurre una causa organizativa, técnica u económica de tal intensidad que legitima un despido por causas objetivas, nuestro ordenamiento jurídico sí reconoce en estos casos al trabajador afectado (independientemente de la condición o naturaleza del contrato de trabajo que en ese momento tenga) una indemnización por despido equivalente a 20 días de salario por año trabajado (art. 53.1 b. ET).

Nunca se ha discutido que, si los puestos de trabajo que se pretenden amortizar estaban hasta ese momento cubiertos por trabajadores “fijos”, obviamente la Administración pública tendrá que recurrir a un despido por causas objetivas, actualmente permitido por la Disposición adicional 20ª ET.

¹²² Sobre las distintas etapas que ha atravesado el reconocimiento jurisprudencial de la figura del trabajador “indefinido no fijo” al servicio de las Administraciones públicas, así como sobre la apreciación jurisprudencial de la concurrencia de las causas de resolución de la citada relación jurídica, véase RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad”. Comunicación presentada al “I Congreso Internacional de Ciencias Jurídico-Empresariales, 2009”, libro de actas del congreso editado por el Instituto Politécnico de Leiria y la Escuela Superior de Tecnología y Gestión, Lérida, 2012, ISBN 978-972-8793-39, págs. 269-377

Pero ¿qué ocurre si tal amortización afecta a los puestos de trabajo ocupados por trabajadores previamente declarados “indefinidos no fijos”?

Si, como se acaba de exponer, hasta ahora nuestra jurisprudencia negaba derecho a indemnización en los casos de extinción del contrato por amortización de la plaza que ocupaba el indefinido no fijo ¿la entrada en vigor de la Disposición adicional 20ª ET ha supuesto algún cambio respecto a la interpretación tradicional? ¿Implica que, a estos efectos, necesariamente se ha de ofrecer el mismo tratamiento a los trabajadores “fijos” que a los “indefinidos no fijos” al servicio de las Administraciones públicas? En otras palabras, ¿estaría esta Disposición remitiendo necesariamente a la tramitación de un despido por causas objetivas –con las consecuencias indemnizatorias que ello implica-, también a los supuestos de amortización de un puesto de trabajo ocupado por un trabajador “indefinido no fijo”?

Acerca de esta situación, debe ponerse de manifiesto no sólo la constante evolución que está experimentando la respuesta que nuestros jueces y tribunales ofrecen ante problemas de esta tipo, sino también que, muy recientemente se ha producido un radical cambio de tendencia al respecto.

Nuestra jurisprudencia, pese al relativamente corto periodo de vigencia de la nueva DA 20ª ET, ya se había ocupado de precisar este problema de interpretación y lo había hecho en favor del mantenimiento de la apreciación de cumplimiento de la condición resolutoria del contrato, valorando entones los efectos de la amortización de la plaza del trabajador indefinido no fijo prácticamente en los mismos términos en los que nuestra jurisprudencia los interpretaba antes de la entrada en vigor de la Disposición adicional 20ª ET¹²³, aunque reconociendo a estos trabajadores derecho a obtener la indemnización

¹²³ A modo de ejemplo, los Autos del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 19 julio 2006; 4 marzo 2010 y 7 octubre 2010 ya admitían la posibilidad de extinguir el contrato de un trabajador laboral “indefinido no fijo” por la simple amortización de la plaza ocupada, igualmente sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación para el trabajador. A estos efectos, resultaba importante tener en cuenta que el Auto del TC de 13 de diciembre de 2011, circunscrito a la aplicación de la ley en el ámbito laboral por la administración empleadora, considera que la diferencia de trato entre trabajadores laborales indefinidos no fijos y temporales de la administración empleadora en cuanto a los efectos de los despidos (indemnización incluida) *no atenta al principio de igualdad* previsto en la constitución.

prevista en el art. 49.1.c) ET ante la finalización de un contrato sujeto a término¹²⁴. En cambio, en los últimos meses se ha producido un nuevo giro interpretativo al respecto, dando lugar a una variación prácticamente total en la posición mantenida hasta entonces. Y es que las STS, Sala de lo Social, de 23 y 24 de junio de 2014 (nº. rec. 1889/2013 y 217/2013 respectivamente),

¹²⁴ En concreto, habían sido las STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 julio 2013 (JUR\2013\331265), y de 25 de noviembre de 2013 (nº de Recurso 771/2013) las que se habían ocupado de unificar la doctrina que hasta ese momento existía al respecto, clarificando la incidencia práctica de la reciente Disposición adicional 20ª ET. De esta forma, en ellas se venía precisando que la DA 20ª se reservaba para los trabajadores “fijos” al servicio de las Administraciones públicas, mientras que aquéllos que no tuviesen reconocida esta previsión, escapaban de su ámbito de aplicación (a pesar de las diferencias que expresamente su redacción literal realiza entre trabajadores “fijos” y los que no lo son a la hora de establecer una preferencia en la conservación del empleo). Como expresamente seguían reconociendo las citadas sentencias, la amortización de la plaza provocaba el cumplimiento de la *condición resolutoria* a la que implícitamente queda sometido todo contrato indefinido no fijo, con lo que no se vulneraba la Directiva 1999/70 CE, que aplica el *Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada*. Y es que entendían que no se estaba incumpliendo ninguna de las cláusulas de la citada norma internacional por considerar la amortización de la vacante desempeñada en un contrato “indefinido no fijo” como una causa de extinción sometida al régimen del art. 49.1.b) ET. Las sentencias citadas resultaban ser complementarias entre sí, de forma que, si la primera de ellas (STS de 22 de julio de 2013) reconocía que la amortización de la plaza seguía actuando, incluso después de la entrada en vigor de la DA 20ª ET, como una causa propia de extinción de la relación laboral por cumplimiento de la condición resolutoria que mantiene el trabajador indefinido no fijo con la Administración pública, sin necesidad de acudir, por tanto, al cauce de los despidos objetivos, cuatro meses después, el mismo Tribunal (en su STS de 25 de noviembre de 2013), matiza esta regla general y pasa a precisar que, si bien tradicionalmente se venía admitiendo que la extinción del contrato de trabajo del indefinido no fijo por cobertura definitiva del puesto o amortización de la plaza no generaba derecho a indemnización alguna ni a salarios de tramitación para el trabajador afectado, no es ésta la respuesta que se ha de seguir manteniendo en la actualidad. Y es que, haciendo uso del <<principio de efectividad>> en la contratación temporal, y habida cuenta de la estrecha similitud que existe entre la relación laboral “indefinida no fija” y el contrato de interinidad, a juicio de nuestro TS y en beneficio del trabajador contratado, entendió razonable aplicar a éstos, *por analogía*, las normas que actualmente rigen la finalización de todo contrato temporal, reconociendo en caso de amortización de la plaza que hasta ese momento ocupaba un trabajador “indefinido no fijo”, la misma indemnización prevista para la extinción de los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio pactados (Disposición transitoria 13ª ET, conforme a la cual los contratos temporales han de ser indemnizados con ocho días de salario por cada año de servicio). Advértase que, aunque la referida sentencia se ocupaba únicamente de resolver los problemas suscitados sobre un supuesto de extinción del contrato *por amortización de la plaza*, atendiendo a las argumentaciones utilizadas, se plantea la duda de si había intención de extender esta previsión también a los supuestos de extinción del contrato “indefinido no fijo” por *cobertura definitiva de la plaza* o si éstas siguen considerándose meros ejemplos de cumplimiento de la condición resolutoria a los efectos previstos en el art. 49.1.b) ET. Pese a todo, no se puede dejar de señalar que la propia sentencia contaba ya con un voto particular que disientía de fallo general, y que posiblemente venía a revelar el inminente cambio de tendencia interpretativa que ha sufrido esta cuestión, pues en él se argumentaba ya que, para mantener la uniformidad de nuestro ordenamiento jurídico y la igualdad de trato con el resto de trabajadores que mantengan una relación indefinida con cualquier otro tipo de empleadora que no revista la condición de ente de Derecho público, debería haberse admitido que también procederá el abono de una indemnización por causas objetivas en los supuestos de amortización de la plaza de un trabajador “indefinido no fijo”.

creando jurisprudencia¹²⁵, se ocupan de consolidar un importantísimo cambio de interpretación al respecto, corrigiendo el criterio que se venía aplicando anteriormente. Se trataría éste del tercer paso en el constante proceso evolutivo que ha experimentado la valoración jurisprudencial de las causas de extinción de los trabajadores “indefinidos no fijos”, a través del que se perfila, clarifica y perfecciona la postura anterior, intentando hacerla más acorde con las nuevas previsiones legales contenidas en la redacción literal de la DA 20ª ET.

Debe destacarse que, aunque dictadas en relación con un supuesto de extinción de ciertos contratos de interinidad por vacante, el TS pone de manifiesto la íntima relación que existe entre el “contrato indefinido no fijo” y el contrato de “interinidad por vacante” y lleva a cabo un total cambio interpretativo respecto a la línea mantenida hasta ese momento que afecta a las dos modalidades contractuales.

De esta forma, con sus sentencias de 23 y 24 de junio de 2014, el Tribunal Supremo distingue por primera vez los supuestos en los que el contrato de trabajo de un interino por vacante se extingue por *amortización de la plaza*, de aquéllos en los que su finalización viene provocada por la *cobertura definitiva de la plaza*, y ofrece un tratamiento jurídico diferente para ambos casos. En concreto, considera que mientras la celebración del correspondiente concurso que da lugar a la cobertura definitiva de la plaza puede considerarse como una forma de extinción de lo que en realidad es un contrato temporal sometido a un término incierto (*certus an, incertus quando*), no puede decirse lo mismo de la extinción de los contratos de trabajo por amortización de la plaza. Y es que, para estos casos, entiende que la introducción de la Disposición adicional 20ª ET implica necesariamente un cambio normativo que corrige el criterio anteriormente seguido.

¹²⁵ Reiterado después, entre otras, por las STS, Sala de lo Social, de 8 y de 14 de julio de 2014, JUR 2014/22107 y 2014/4503, en las que se insiste de nuevo en que el mero hecho de la amortización de la plaza no basta para extinguir el contrato de trabajo de un indefinido no fijo ni de un interino por vacante, sino que es necesario recurrir en cualquier caso a la vía del art. 51 o 52.c ET.

Por ese motivo, el Tribunal Supremo insiste en que la causa de extinción prevista en el art. 49.1.c) ET “sólo se refiere a los contratos que finalizan por expiración del tiempo convenido, pero no a los que finalizan antes de que llegue su término, la cual acaece en los supuestos de amortización de las vacantes ocupadas interinamente”. De esta forma, como el contrato de trabajo del “interino por vacante” se extingue antes de que llegue su vencimiento, este tipo de extinción contractual por amortización de la plaza debe tramitarse ya, desde la entrada en vigor de la DA 20ª ET, por la vía del despido por causas económicas, técnicas u organizativas, con las consecuencias indemnizatorias previstas para tales situaciones.

Según este nuevo criterio, la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) de la entidad pública, aunque da lugar a la amortización de la plaza, no produce automáticamente la extinción de los contratos de trabajo de los interinos por vacante afectados por tal decisión, ni puede entenderse ya constitutiva de una forma de cumplimiento de una condición resolutoria inherente a este tipo de contratos, sino de una mera forma de acreditar que concurren las causas económicas, técnicas u organizativas que legitimaría recurrir a la figura del despido por causas objetivas previsto en los arts. 51 y 52.c ET.

Es importante destacar que aunque las citadas STS de 23 y 24 de junio de 2014 estén dictadas en principio para dar respuesta a controversias suscitadas a raíz de la concertación de un contrato de “interinidad por vacante”, en ellas el TS reconoce la indudable analogía que existe entre el contrato de interinidad por vacante y el “indefinido no fijo”, dando a entender con ello que las consecuencias que expresa en su fundamentación jurídica son extensibles a ambas modalidades contractuales. Así, se ocupa expresamente de destacar que, dado que el último párrafo de la DA 20ª ET da prioridad de permanencia al personal fijo, esto evidencia de forma indudable “que la misma se aplica también al personal indefinido no fijo y al interino por vacante”.

La principal consecuencia de este nuevo criterio no sólo estriba en sus diferentes consecuencias indemnizatorias para los trabajadores afectados, sino también en el hecho de que las extinciones que anteriormente se llevaban a cabo mediando simplemente la denuncia de la entidad empleadora después de justificar que se había producido la amortización de la plaza, deben ahora producirse, bajo sanción de nulidad, siguiendo estrictamente el procedimiento legalmente establecido en los art. 51 y 52.c ET, respetar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, y apoyarse, para poder justificar su procedencia, en las tasadas causas económicas, técnicas u organizativas, legalmente establecidas.

En síntesis, si hasta ahora, la doctrina jurisprudencial sostenía sin reservas que la cobertura reglamentaria o la amortización del puesto de trabajo ocupado por un trabajador laboral indefinido de esta índole, hacía surgir una causa de extinción del contrato, en las enunciadas genéricamente por el art. 49.1.b ET -causas consignadas válidamente en el contrato-, en opinión de nuestro Tribunal Supremo, ya no es esta respuesta la que se ha de seguir aplicando tras la reforma laboral de 2012.

Ahora bien, por el momento, y a falta de un nuevo cambio interpretativo al respecto, parece que la extinción del contrato derivada de la simple *cobertura reglamentaria de la plaza*, sí sigue actuando como una causa propia de extinción del contrato de trabajo tanto del interino por vacante como el indefinido no fijo, pues con ella se da lugar al cumplimiento de la condición resolutoria inherente a las citadas modalidades contractuales, y por tanto, sin general –al menos por el momento- indemnización alguna a favor del trabajador desplazado¹²⁶.

¹²⁶ Debe destacarse que, en realidad, considerar que, cuando se produce la cobertura definitiva de la plaza que ocupaba un interino por vacante se ha producido la extinción del contrato de trabajo por la causa prevista en el art. 49.1.c) ET (agotamiento del plazo) o por la causa prevista en el art. 49.1.b) (cumplimiento de la condición resolutoria), no tiene ninguna trascendencia práctica, pues también el art. 49.1.c) ET excluye para los contratos de interinidad la indemnización prevista con carácter general para este tipo de situaciones. Otro problema diferente será determinar si puede aplicarse esta interpretación y estas consecuencias indemnizatorias en beneficio del trabajador “indefinido no fijo” cuando su contrato se extingue por *cobertura definitiva* de la plaza que ocupaba, aunque sin duda la íntima cercanía que existe entre una y otra figura, aconsejan un tratamiento equivalente, conservando para esta forma de

Pero no es éste el único conflicto interpretativo que puede suscitar la figura del trabajador “indefinido no fijo”. El desarrollo de la prestación de servicios y su interrelación con otras instituciones laborales, sin duda suscita otros muchos problemas prácticos que merecen un análisis individualizado. Adviértase que tanto el contrato indefinido no fijo como el contrato de interinidad por vacante son modalidades contractuales con un escasísimo apoyo legal (en realidad, éste es prácticamente inexistente), motivo por el cuál ha sido nuestra jurisprudencia la que ha contribuido en mayor medida a la creación de su régimen jurídico. Pese a todo, e incluso teniendo en cuenta su frecuentísima utilización por parte de nuestras Administraciones públicas, todavía quedan muchos aspectos pendientes de concreción en al regulación jurídica de ambas figuras.

2. 4. PROCEDIMIENTO

Según se establece en el art. 53.1 del E.T, el procedimiento a seguir es:

- a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

extinción del contrato la consideración de cumplimiento de una condición resolutoria inherente a la propia naturaleza de la figura contractual. Precisamente en torno al problema expuesto, no está de más señalar que la jurisprudencia más reciente (tanto la ofrecida por la STS de 25 de noviembre de 2013, como de 23 y 24 de junio de 2014 antes referenciadas) se ocupan únicamente de dilucidar problemas derivados de la extinción del contrato de trabajo, en unos casos del indefinido no fijo y en otros, del interino por vacante, *por amortización de la plaza*. Parece entonces que no hay intención por el momento de reconocer indemnización derivada de la extinción cuando ésta se produce por *cobertura definitiva de la plaza*, que seguirá considerándose una causa autónoma de extinción por cumplimiento de condición resolutoria. Adviértase que en julio de 2013, cuando nuestro TS reconocía una indemnización de ocho días de salario por año trabajado no lo hacía ante la situación descrita, aplicando la consecuencias del art. 49.1.c) ET, sino como forma de compensar a un sujeto que ve desaparecer sus expectativas de derecho al amortizarse la plaza que ocupaba, en un momento en el que todavía no se consideraba aplicable la DA 20ª ET a estas situaciones. Y es que sólo de esta manera se consigue mantener la equivalencia en el tratamiento jurídico que aconseja su íntima cercanía, entre la figura del trabajador interino no fijo y el interino por vacante (dado que las situaciones de interinidad, independientemente de su duración o la modalidad en la que se concierten, quedan por voluntad del legislador expresamente excluidas de las consecuencias indemnizatorias previstas en el art. 49.1.c ET).

b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Cuando la decisión extintiva este fundada en el artículo 52.c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el artículo 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento».

También debemos señalar que estos despidos objetivos «procedentes» no siempre resultan confirmados por los tribunales sociales una vez son impugnados por el trabajador que venía prestando servicios, lo que implica la sanción de su improcedencia o nulidad con las consecuencias legales que supone a efectos indemnizatorios o de readmisión.

El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

En relación con la indemnización, se podrá compensar la ya abonada por la empleadora en concepto de despido procedente con la que le corresponde abonar derivada de su declaración de improcedencia por Sentencia judicial firme. Así lo prevé el artículo 53.5.b) ET: «Si la extinción se declara improcedente, y el empresario procede a la readmisión, el trabajador habrá de reintegrarle la indemnización percibida. En caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización».

Básicamente y del análisis jurisprudencial que hemos realizado, el reproche efectuado por los tribunales ante el despido de trabajadores con contratos de trabajo de duración determinada convertidos en relaciones laborales indefinidas no fijas se centra en dos órdenes de razones distintas:

De una parte, el derivado del incumplimiento de algún requisito formal, como el hecho de no consignar la indemnización de manera efectiva en el mismo momento en que se entrega la carta de despido, el error en el cálculo de la indemnización o la no concesión de plazo de preaviso legal de 15 días, todo ello, sin perjuicio de tener en cuenta la posibilidad de relajación del cumplimiento de estos requisitos que ofrece el último párrafo del artículo 53.4 del ET («No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios

correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan») y de la imposibilidad de hacer frente dichas obligaciones de consignación inmediata cuando el despido se funde en una causa económica, del artículo 53.1.b) ET, siempre y cuando ésta se haga constar en la misma carta de despido¹²⁷.

De otra, la falta de acreditación fundada y expresa de la causa determinante del despido, especialmente para los despidos objetivos por causa económica al no incluir la suficiente motivación en la carta recibida por el trabajador, pero también en caso de concurrencia de causas organizativas, incluso cuando se concreta en la vista los motivos expuestos o se aporta prueba documental en apoyo de las pretensiones de la Administración.

No obstante, y a pesar de los pronunciamientos judiciales revocatorios del despido procedente, la Administración Pública, como gestora de su personal laboral, ha evolucionado de manera considerable en la forma de efectuar y recoger estas decisiones extintivas, atendiendo a incentivos de racionalidad y sostenibilidad financiera, incluso con sentencias confirmatorias de los despidos objetivos llevados a cabo.

2.5. FRAUDE EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

La contratación temporal efectuada en consonancia con los requisitos y prescripciones legales es una práctica frecuente para conseguir satisfacer las necesidades específicas de la Administración y su extinción no genera ningún conflicto cuando se realiza con arreglo a estas prescripciones legales. Por ello, la extinción de contratos de duración determinada ha estado siempre presente en la Administración Pública.

¹²⁷ Sentencia núm. 29/2013, de 24 de enero, del Juzgado de lo social núm. 1 de Salamanca, dictada en autos núm. 1068/2012, y la Sentencia, de 22 de mayo de 2013, de la Sala de lo Social, sede de Valladolid, del TSJ de Castilla y León, dictada en suplicación núm. 671/2103, revocándola al entender incumplido el requisito de la inclusión de estas dificultades en la comunicación escrita.

El artículo 15 del ET dispone: «Podrán celebrarse contratos de duración de-terminada en los siguientes supuestos:

a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa. Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

b) Cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, doce meses. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa.

c) Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución».

Y se extinguirá, según el artículo 49 del mismo texto legal, “Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato. A la finalización del contrato, excepto en los casos del contrato de interinidad y de los contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

Los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios.

Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

Si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días”.

La verdadera dificultad del contrato de duración determinada en el ámbito del empleo público radica en definir con precisión y claridad la obra o el

servicio objeto del mismo, autónoma, sustantiva y perfectamente separable de las funciones ordinarias de la propia Administración. Esta complejidad derivada de la peculiar organización de la Administración., de las relaciones de puestos de trabajo inmóviles y de la rigidez de la propia estructura administrativa.

El problema, por tanto, viene derivado de la indefinición de estos contratos y de su prolongación en el tiempo, en cuyo caso las extinciones regladas no son tales, sino que el cese de la relación laboral viene a considerarse despido como consecuencia de la aplicación del artículo 15.3 que, al declarar del carácter fraudulento de la contratación, produce el efecto de su conversión en una relación de carácter indefinido.

En estos casos, de prórroga más allá de la inicialmente prevista del contrato o incumplimiento de otros requisitos exigidos por la temporalidad, a la vista de las reclamaciones del propio personal laboral, de los pronunciamientos judiciales o incluso de la consideración de oficio por el órgano administrativo, se ha ido modificando la tendencia a la hora de efectuar dichos ceses, reconociendo el carácter indefinido del vínculo laboral y procediendo al cese de éste a través de la figura del despido objetivo, con los requisitos de concurrencia de causa ya indicados y la observancia de las formalidades previstas en el artículo 53.1 del ET.

3. EL DESPIDO COLECTIVO

Como hemos indicado anteriormente, el panorama cambia sustancialmente con la aprobación de la reforma laboral 2012. En virtud del RD-ley 3/2012, de 10 de febrero (RCL 2012, 147) Y posteriormente su conversión en la Ley 3/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 945) de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Pese a todo lo indicado anteriormente, lo cierto es que el marco normativo vigente, pretende una cierta normalización, de este tipo de despido en la Administración Pública, pero lo cierto es que lo hace en términos que

podrían resultar excesivos salvo que, se produzca una interpretación jurisprudencial, cuanto menos, estricta, que situé esa posibilidad en el marco de las consideraciones que hasta ahora se han hecho.

3.1 CONCEPTO

El despido colectivo es en un principio, aquel que se produce por las causas que a continuación se analizan y que se concretan en el artículo 51 ET y, en lo que respecta a la Administración Pública, se especifica como ya hemos indicado en la Disposición adicional vigésima ET, pero siempre que se alcance un determinado número de trabajadores afectados.

Si el despido responde a las causas, pero afecta a un número inferior de trabajadores, su tramitación es más sencilla y se considera directamente como una extinción por causas objetivas (objeto de estudio en apartado anterior).

Resulta por tanto esencial analizar el número de trabajadores afectados que requiera la norma, pues es el elemento esencial que determina que un despido se considere como colectivo.

En principio éste parece similar al que rige en el ámbito privado, pero el Reglamento ha establecido un matiz importante que no se contemplaba en la norma legal.

En efecto, en términos generales, según el artículo 51 ET se considera colectivo cuando en una empresa, alcanza en periodos de 90 días los 10 trabajadores en plantilla de hasta 100, el 10% de la plantilla en empresa de hasta 300 trabajadores, y de 30 trabajadores en empresas con plantillas de más de 300 trabajadores.

Sin embargo, el artículo 35.1 del Reglamento alterna esta regla para ciertas Administraciones Públicas, al disponer que será despido colectivo toda extinción que en un periodo de noventa días afecte al menos a:

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

b) El 10 por 100 del número de trabajadores de los mismos, en aquel Departamento Ministerial, ente u organismo dependiente de la Administración General del Estado o vinculados a esta, en la Consejería de las Comunidades Autónomas o en el órgano que estas determinen, en los entes u Organismos dependientes o vinculados a ellas, así como en las entidades de la Administración Local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

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

A efectos del cómputo del número de trabajadores se incluye la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente con arreglo al ET, por tanto sólo se computa personal laboral.

Se observa que se pretende remitir al procediendo de despido no en todos los casos a la Administración afectada globalmente considerada sino, en algunas de ellas, a un ámbito más reducido.

Esto lo confirma el artículo 36 del Reglamento que dispone que el ámbito del procedimiento vendrá constituido por el correspondiente al del departamento ministerial, al del ente, organismo o entidad dependiente de la

Administración General del Estado, y, en el caso de las Comunidades Autónomas, por la Conserjería u órgano que determinen o por el órgano vinculado o dependiente de ellas.

Por tanto, la reducción de ámbitos no alcanza tan claramente a otras entidades, pues es cada una de ellas o el de los entes u organismos o entidades vinculados o dependientes de cada una de ellas, por lo que parece que también aquí se pretende diferenciar la situación de cada uno de ellos, aunque no entre los diferentes departamentos que puedan existir dentro de la misma Administración Local.

Sin embargo, en otras Administraciones no se prevé nada, como por ejemplo en el caso de las Universidades por lo que parece lógico, que el cómputo de trabajadores y el ámbito del procedimiento afectará a toda la Administración.

Por lo que podemos concluir que el problema que plantea esta regulación es doble, por un lado, hace más compleja la valoración de las causas económica, sobre todo porque la insuficiencia presupuestaria no parece que pueda acreditarse fácilmente de un concreto departamento; y, por otro lado, esta reducción de ámbitos que hace la norma reglamentaria no ésta contemplada en la norma legal, ni en el artículo 51 del ET que se remite siempre al ámbito de empresa, que en este caso sería el de la entidad o administración afectada, ni en la disposición adicional vigésima que alude, igualmente, al ámbito de cada Administración, no de los diferentes departamentos, ministerios o conserjerías.

3.2 CAUSAS

Tanto la Disposición Adicional Vigésima del ET, como el artículo 35.3 del Reglamento proporcionan las claves a seguir en el caso de despido por causas económicas, técnicas y organizativas en las Administraciones Públicas, no se citan las causas productivas por las razones que luego aludiré.

El concepto específico de las causas de despido colectivo, pueden delimitarse como a continuación se expone.

3.2.1 Causas Económicas

La configuración del despido por causas económicas ha experimentado un profundo cambio en los últimos años, pasando de la redacción clásica del precepto (que exigía la existencia de pérdidas actuales en la empresa y que los despidos adoptados contribuyesen a superar esa situación desfavorable) a la redacción actual, en la que basta la existencia de una situación económica desfavorable —concepto mucho más amplio que puede englobar a empresas incluso con beneficios, al incluir como señal de esa coyuntura negativa la previsión de pérdidas futuras o la reducción de ingresos durante tres trimestres consecutivos—, prescindiendo de cualquier juicio de idoneidad del despido en relación con la viabilidad de la empresa.

Como hemos señalado, la DA 20 sólo describe tres de las cuatro tradicionales causas, y ellas deben ser completadas con el RPDC, siendo posiblemente la más compleja en su concepto y ejecución, la causa económica.

1. Para el ET concurre la causa económica cuando se produzca una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. La DA 20 añade algo más: se define tal “persistencia” si se producen, la referida insuficiencia durante tres trimestres consecutivos.

2. Tales expresiones se reproducen en el art.35.3 del RPDC pero se añade una aclaración de gran importancia en el párrafo final, al señalarse que, en cuanto a la determinación de las causas económicas, en el caso de la Administración, la definición de “insuficiencia presupuestaria” se dará cuando concurren las dos consecutivas circunstancias:

a) que en el ejercicio anterior la Administración Pública en la que se integra el Departamento, órgano ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario.

b) que los créditos del departamento o las transferencias, aportaciones al órgano, ente, organismo o entidad, o a sus créditos, se haya minorado en un cinco por ciento en el ejercicio corriente o en un siete por ciento en los dos ejercicios anteriores.

3. Para clarificar más la cuestión, el último párrafo del artículo 35.3 del RPDC señala que a los efectos de las anteriores letras a) y b), se tendrán en cuenta tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria.

Es evidente que esta concreción del artículo 35.3 tiene un lado positivo y negativo. En el primer caso, la seguridad jurídica que otorga al concepto indeterminado que implica la expresión “insuficiencia presupuestaria”. La negativa, que muy posiblemente es una concreción ultra vires y por tanto, muy cuestionable por parte de la jurisdicción social, que podrá no tomarla en cuenta a la hora de aplicarla, por lo que deberemos estar muy atentos a la evolución judicial y jurisprudencial al respecto.

4. Si bien los aspectos relativos al procedimiento ad hoc de los despidos colectivos en el sector público local será objeto de análisis unas páginas más adelante, sí debemos resaltar que el RPDC incorpora algunos aspectos inicialmente formales que nos permiten también coadyuvar a interpretar el alcance de los términos de la DA 20 en cuanto al despido por causas económicas.

En concreto, la Administración deberá aportar un significativo expediente documental para poder justificar la razonabilidad de los despidos. Esta documentación deberá entregarse a los representantes legales de los

trabajadores de la entidad, a la autoridad laboral y al órgano competente en función pública de la Comunidad Autónoma –en el caso de nuestro sector público local-, si bien se produce alguna disonancia jurídica entre el artículo 37 y el artículo 43.3 del RPDC, que luego analizaremos. En concreto, la documentación a entregar es la siguiente, de conformidad con el artículo 39 del referido Real Decreto:

a) Una memoria explicativa de las causas económicas que acrediten la situación de insuficiencia presupuestaria, sobrevenida y persistente para financiar el servicio público objeto de afectación en el despido.

Por consiguiente, el artículo 35.3 deberá ser escrupulosamente respetado y fundamentado en el documento-memoria que la entidad local elabore. Ello guarda pleno engarce con la necesidad también de aportar una Memoria explicativa de las causas del despido y su relación con los principios contenidos en la Ley Orgánica 2/2012 de Estabilidad y Sostenibilidad, con las medidas o mecanismos previstos en la misma o con los objetivos de estabilidad presupuestaria a que hace referencia (artículo 38.a del RPDC).

b) Un conjunto de documentos que se refieren a los gastos por capítulo en general y a la plantilla laboral en especial. En este sentido, deberán ponerse a disposición los presupuestos de los dos últimos ejercicios, donde se acrediten los gastos de personal y las modificaciones de créditos presupuestarios que en su caso hubieran debido efectuarse. Igualmente, una copia de la plantilla de personal laboral de la entidad local, organismo o entidad de que se trate. En este caso la documentación es meramente informativa, pero importante para clarificar los términos de la referida causa económica.

La remisión en exclusiva al personal laboral parece dar solidez a las tesis de que todo el proceso de extinción (incluido el polémico apartado del número de empleados afectados) se basa sólo en el colectivo de trabajadores, quedando excluidos a efectos numéricos y de otra índole los funcionarios.

c) Una certificación dónde conste que concurre la causa de insuficiencia presupuestaria conforme a lo que señala el artículo 35 del RPDC.

Dados los términos del reglamento (artículo 39.3, “oficina presupuestaria u órgano contable”), debemos entender que en el ámbito local tal certificación deberá ser expedida por los funcionarios públicos que tienen atribuida esta función (habilitados estatales). No parece que el RPDC permita externalizar esta función certificadora, lo que no impide a nuestro juicio que la entidad pueda solicitar a una empresa consultora o de análisis una auditoria de sus cuentas, siempre y cuando ello luego sea refrendado y certificado por el funcionario interno correspondiente o en su ausencia, de la entidad local supramunicipal (Diputación Provincial, fundamentalmente) que asuma esa función.

d) Aportar el Plan de Ordenación de Recursos Humanos que hubiera aprobado la entidad. Con el redactado del artículo 39.5 del RPDC parece que finaliza un debate, más bien inspirado desde posiciones administrativistas, en donde se señalaba que ese Plan era obligatorio, así como la previa amortización de puestos de trabajo –amortización que ni para el sector privado ya era exigible desde la reforma laboral del 2010-.

En el ámbito del derecho laboral aplicable a la extinción de contratos de trabajo ninguna norma exigía ni exige este Plan, lo que no impide que exista, pero el precepto es claro en estos momentos en que sólo deberá aportarse “en caso de que se haya tramitado”. Carácter potestativo que es idéntico a la previsión del artículo 39.6 del RPDC, al permitir incorporar cualquier otra documentación que justifique la necesidad de la medida extintiva, como sería el caso de informes externos de auditorias o empresas consultoras.

3.2.2 Causas Técnicas

Por lo que se refiere a la concurrencia de causas técnicas, la Disposición Adicional Vigésima del ET y el artículo 35.2 del RPDC, señalan que concurren cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos para la prestación del servicio público de que se trate.

Estamos, pues, ante la introducción de nuevas tecnologías que disminuyen las necesidades de personal para atender los servicios que se venían ofreciendo.

3.2.3 Causas Organizativas y de producción

La causas organizativas se define como aquellas en las que se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público, reproducido igualmente por el ya citado artículo 35.3 del RPDC.

Parece evidente que, en el marco de sus competencias, una entidad pública puede reorganizar sus servicios, cambiar las formas de trabajo, unificar oficinas, servicios, etc. Y ello puede llevar a decisiones en orden a la amortización de determinados puestos de trabajo como consecuencia de no ser ya necesarios.

En todo caso, el principio de eficiencia y la propia función de la Administración Pública exige, que cualquier reorganización debe atender esencialmente a la mejora del servicio público¹²⁸.

Lógicamente, así, la reestructuración puede desembocar en despidos por causa objetivas.

Por tanto, conviene matizar varias cuestiones, si estamos hablando de introducir cambios en la plantilla, parece necesario que ésta se haya aprobado en la correspondiente relación de puestos de trabajo o en la confección de los presupuestos anuales, si por el contrario esto no fuese así, resultaría difícil valorar la razón de la medida y por la tanto sería en la mayoría de los casos motivo para rechazarla.

¹²⁸ Trillo Párraga, F, “ Régimen Jurídico del despido de los empleados públicos”, op,cit. Pág.321

Otra de las cuestiones a matizar, es que una Administración no puede decidir sin otras razones suprimir servicios que ofrecía y, desde luego, no puede dejar de ofrecer en nivel suficiente, salvo en los casos y con los trámites legalmente establecidos, aquellos servicios que le resultan obligatorios.

En este sentido no es descartable que la causa organizativa venga derivada de una supresión de los servicios, organismos o entidades derivada de la aplicación de expresas previsiones legales, y alguna sentencia ha razonado sobre la posibilidad pero generalmente vinculándola a la existencia de razones económicas que revelaban una situación presupuestaria que exigía medidas de ajuste¹²⁹.

En definitiva, no es difícil que la causa económica y la causa organizativa aparezcan operando conjuntamente, es más, ese es el supuesto más claro en el que la causa organizativa parece admisible.

Se aprecia así que nunca la mera reorganización de servicios justifica sin más, sin alegar y probar otras razones, una extinción objetiva o colectiva, aunque se haya aprobado la supresión de puestos de trabajo.

3.2.4 Causas productivas

Como ya indicamos al tratar esta causa en el despido objetivo, aunque en un principio esta causa no puede operar en las Administraciones Públicas, sí podría en otras entidades del sector público que se reconducen a la aplicación de las reglas comunes para el sector privado, sin embargo, ni la disposición adicional del ET, ni el Reglamento que la desarrolla, aluden a ella.

En realidad el silencio del ET podía generar duda al respecto, haciendo pensar que en ese supuesto la causa se definía igual a como se hacía en el

¹²⁹ STS Cataluña 12 de Junio de 2012, Proc.11/2012

ámbito general del artículo 51 ET, pero sin embargo la norma reglamentaria resuelve cualquier duda, al mantener el silencio y no regular, ni siquiera, cómo se justificaría la misma en el ámbito de la Administración Pública, confirmando así que no opera directamente, lo que no excluye que la circunstancia pueda ser la justificación de una reorganización de los servicios, en cuyo caso el despido se producirá, no por causa productiva, sino por causa organizativa.

Parece lógico pensar que así sea, pues las Administraciones Públicas, igual que han de mantener servicios públicos por deficitarios que sean, también han de mantener servicios públicos por poca demanda que tengan.

En definitiva podemos decir que la solución parece correcta, será en su caso, la reorganización organizativa, cuando pueda darse sin cuestionar el mantenimiento de los servicios en términos suficientes, la que podrá conducir a medidas de ajuste de la plantilla.

3.3. PROCEDIMIENTO

Resultado de las especificidades introducidas inicialmente por el RD-ley 3/2012 y luego por la Ley 3/2012 que da redactado final tras el trámite parlamentario a los artículos 51 y 52.c) del ET pero muy especialmente a las disposiciones adicionales 21 y 22 del mismo Estatuto, el Gobierno, con gran celeridad, y tal como ya hemos explicado, aprobó el Real Decreto 1483/2012 de 29 de octubre, que articula el “Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada” (RPDC).

1. Las consideraciones del porqué del RPDC son expuestas por el mismo en sus antecedentes, destacando a nuestros efectos lo que se deriva para el sector público. Así:

a) El RPDC nace con la voluntad de adecuar reglamentariamente el nuevo sistema de extinción derivado de la reforma laboral del 2012. Pasar, en consecuencia, del procedimiento de autorización administrativa por parte de la

Autoridad laboral a “*otra clase de procedimiento*”, de contenido y finalidad distinta, en donde hay una parte significativa de negociación entre empresa y representantes de los trabajadores y un papel muy menor –aunque existente de la autoridad laboral.

b) Garantizar ese periodo de negociación consistente en un trámite de consultas, ya que se ha eliminado la autorización administrativa y se hace preciso establecer cual es el papel de vigilancia y control de la autoridad laboral en este proceso.

c). Establecer qué información deben recibir los representantes de los trabajadores por parte de la empresa, para que aquéllos tengan un conocimiento adecuado de las causas para el despido (o para la suspensión contractual o la reducción de jornada).

d). Regular el plan de recolocación externa de los trabajadores en los supuestos en que ello deba articularse.

2. No obstante, el RPDC no puede obviar una justificación, a la que sin embargo dedica unas escasas tres líneas en el BOE, pese a que luego en su desarrollo normativo incorpora todo un Título III específicamente destinado al sector público.

En este sentido, pueden fijarse diversas declaraciones programáticas en relación al sector público, incluido el local:

a) Brevemente al inicio del RPDC: este Reglamento del 2012 establece las “*peculiaridades*” del procedimiento del despido en el sector público en general y en las Administraciones Públicas en especial, de conformidad con la disposición adicional 20 del ET (no así la 21 del ET, sólo aplicable de forma excepcional al sector público).

b) Mas en extensión, en la exposición justificadora del RPDC se indica que el

Reglamento tiene como finalidad, en el ámbito publico, concretar jurídicamente

y dar seguridad a los siguientes aspectos:

b.1) precisar el procedimiento administrativo a seguir en los supuestos de despidos de personal laboral de entes, organismos y entidades que conforman el sector público, en desarrollo de la DA 20 del ET. Debemos insistir que la regulación afecta al “despido colectivo” derivado del art.51, y no así el despido objetivo por iguales causas del art.52.c) del ET, que no prevé un procedimiento administrativo.

b.2) distinguir entre Administraciones Públicas, por un lado, y organismos, entes y entidades que forman parte del sector público (local) pero que no son considerados jurídicamente “Administraciones”.

3.3.1. Entidades que lo componen y su regulación

El RPDC efectúa una significativa distinción a la hora de enfocar el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal del sector público, en el nuestro supuesto, local.

Así, el Título I del RPDC regula específicamente los procedimientos de despido colectivo, y por ello debemos resaltar lo siguiente:

1. La regulación se refiere al despido colectivo, y no al despido por causas objetivas del artículo 52.c). Por consiguiente la distinción dependerá no de la DA 20 del ET que nada dice, sino de los escalones y circunstancias que prevé el art.51 del ET y que son concretados en el art.35 del RPDC. Cuestión distinta es que la definición de las causas que contiene la DA 20 permite identificar estas causas en el supuesto del despido objetivo.

2. Se vincula, tal como ya efectúa la DA 20 del ET, el posible despido a los mecanismos preventivos y correctivos fijados en la normativa de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera de la Administración Pública y del sector público en general.

3. Se distingue en el sector público local entre Administraciones Públicas y todo el elenco de entidades, entes u organismos que no tienen tal consideración jurídica expresa.

4. Se fija un carácter supletorio dentro del propio RPDC. Así, el Título III es la norma preferente de aplicación al despido para las Administraciones Públicas; el procedimiento general previsto en el Título I, para el sector privada se aplicará en lo no previsto en el Título III, pero con un importante matiz: siempre y cuando no se oponga, contradiga o sea incompatible con el referido Título III.

Sin embargo, el Título I si es aplicable directamente al sector público local que no tenga la consideración de Administración Pública strictu sensu, según la Ley de Contratos del Sector Público.

5. Y en todo caso, la regulación de la DA 20 del ET no ignora, ni aleja su aplicación los contenidos fundamentales previstos para los despidos colectivos en general previstos en el art.51 del ET, que deberán ser tenidos en cuenta igualmente por el operador jurídico local.

3.3.2. Objeto

Por “objeto” del procedimiento nos referimos a en qué supuestos será factible que una entidad del sector público local puede proceder a extinguir de forma colectiva los contratos de trabajo de su personal. En este sentido, la regulación del Título III del RPDC afecta a las siguientes entidades.

1. A todo el sector publico local que se define en el art.3.2 de la Ley de Contratos del Sector público de 2011, cuando tenga la consideración de Administración Pública. El Estatuto de los Trabajadores y el RPDC se remiten

significativamente a una norma ajena al derecho del trabajo para definir este sector.

2. La concreción para el ámbito público local de los tramos de empleados afectados que distinguen acudir a la vía del despido colectivo (art.51) o el despido objetivo del art.52.c), que se ampara en idénticas causas. Al respecto debemos destacar, en cuanto a la Administración local, en concreto, lo siguiente:

a) el Título III del RPDC se aplicará en los supuestos de despidos en que, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

1. Diez trabajadores de una entidad de la Administración local y en los entes u organismos dependientes de ellas, que ocupen menos de cien trabajadores (por lo tanto, hasta noventa y nueve empleados laborales).

2. El 10 por ciento de los trabajadores, en el mismo supuesto anterior, si la plantilla de trabajadores oscila entre cien y trescientos trabajadores.

3. Treinta trabajadores cuando se supere una plantilla de trescientos trabajadores.

b) la anterior afirmación no está exenta de una duda, y resuelve otra.

En el primer caso, esto es la duda, no clarifica si el número máximo (99, de 100 a 300 o más de 300) es un dato referido a la Administración local, a la entidad específica u organismo u ente, o al conjunto de todos ellos –adoptando así una posición de “grupo de empresas” públicas locales-. Hemos de resaltar que para el sector privado el art.1.1 del RPDC es mucho más claro: “diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.....”.

A nuestro juicio, sin embargo, y a expensas de pronunciamientos judiciales futuros, la solución más lógica es tomar en consideración la personalidad jurídica de cada Administración y entidad, de tal manera que el

cómputo debe efectuarse en base a esa entidad con personalidad jurídica propia.

Por otro lado, se resuelve, en vía reglamentaria, un factor nada despreciable.

Los cómputos lo serán siempre en base a las plantillas laborales, quedando al margen los empleados con vínculo funcional. En este sentido, el artículo 35.2 del RPDC insiste al respecto: el cómputo se efectuará “incluirá la totalidad del personal laboral contratado en el ámbito correspondiente”.

3. No negaremos que el RPDC puede incurrir en algún supuesto en ultra vires en relación a la DA 20 del ET. El art.35.3 del RPDC reproduce y concreta las causas definidas en la mencionada DA y especifica algún aspecto oscuro hasta el momento. En concreto:

a) La DA 20 del ET señala quienes son las entidades afectadas “a efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas a que se refiere el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público....”.

La disposición parece referirse sólo a Administraciones públicas a la hora de definir las causas; ello se concreta en el RDPC como luego podremos exponer extensamente.

b) Para las Administraciones previstas en el art.3.2 de la Ley de Contratos del

2011, se perfila la “causa económica” de despido en términos más explícitos que la DA 20 del ET. En concreto:

1. la DA 20 del ET señala que es causa económica “cuando se produzca (...) una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos”.

2. El art.35.3 reproduce estos términos, pero en su último párrafo concreta qué debe entenderse por “insuficiencia presupuestaria”:

- que en el ejercicio anterior la Administración Pública local en la que se integra el departamento, órgano, ente, organismo o entidad hubiera presentado una situación de déficit presupuestario. Y, además.

- que los créditos del departamento o las transferencias, aportaciones patrimoniales al órgano, ente, organismo o entidad, o sus créditos, se hayan minorado en un cinco por ciento en el ejercicio corriente o en un siete por ciento en los dos ejercicios anteriores.

- deberá tenerse en cuenta al respecto tanto las minoraciones efectuadas en el Presupuesto inicial como, respecto del ejercicio en curso, las realizadas en fase de ejecución presupuestaria.

3. Mucho nos tememos que se trata de una redacción ultra vires. El Gobierno ha deseado concretar las causas económicas, pero para ello al hacerlo por vía reglamentaria ha concretado más allá de lo que la DA 20 del ET prevé. Los jueces pueden plantear que ello es un exceso del reglamento que no les vincula, pues es claramente favorable, por lo demás, a las Administraciones Públicas, al impedir entrar casi prácticamente nunca a poner en duda la existencia de la causa económica si se dan estos requerimientos aclaratorios. Deberemos esperar a próximos pronunciamientos judiciales sobre la aplicación de ambos preceptos, el legal y el reglamentario.

c) En cuanto a las restantes causas, el RPDC no introduce ninguna diferencia en relación a la descripción que se lleva a cabo en el ET. Notamos a faltar de nuevo en el artículo 35.3 una referencia a las causas productivas, como si acaso ellas no existieran en el ámbito público.

El artículo 35.3 del RPDC las ignora, al no definirlas, como tampoco lo efectúa la DA 20 del ET, lo cual es profundamente contradictorio con el hecho de que el artículo 35.1 del RPDC indica que el despido colectivo del personal

laboral se llevará cabo por el procedimiento previsto en el precepto y que el artículo 34 se refiere expresamente a la “normativa aplicable a los procedimientos de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público”. Hemos de entender, por tanto, que las causas productivas, en su definición, son aquellas descritas en el artículo 51 del ET, deducción aparentemente lógica pero que hubiera sido deseable que así lo afirmara la DA 20 o cuanto menos el RPDC, ya que hay juristas que afirman que tales causas no existen en el sector público local, criterio que no compartimos.

3.3.3. Ámbito

El artículo 36 fija el ámbito administrativo del procedimiento y parece claramente distinguir entre la entidad local matriz (Ayuntamiento, Diputación, Consejo Comarcal) y el de los entes, organismos o entidades vinculados o dependientes de aquella entidad local, que también ostentan el carácter de Administración, respecto del procedimiento para las entidades del sector público local que no gozan de tal definición de Administración. Debemos deducir, pues, en una primera aproximación, que el RPDC distingue entre uno y otro ámbito. Las reglas jurídicas reguladoras en el ámbito local, cuanto nos encontramos ante una Administración, son las siguientes:

1. La entidad local, o el organismo o entidad dependiente de que se trate, debe dirigir un escrito a los representantes legales del personal laboral, así como también a la autoridad laboral autonómica- y al órgano competente en materia de función pública de cada Comunidad Autónoma (pese a las dudas que luego expondremos), incorporando a este escrito la documentación prevista en los artículos 38 a 40 del RPDC, pero no sólo esa, sino también la documentación prevista para el procedimiento que se sigue para extinguir contratos de trabajo en el sector privado.

Formalmente en el proceso coincide la presentación primero a la autoridad laboral de la comunicación y la documentación prevista en aquellos

artículos, al mismo tiempo que a los representantes legales del personal laboral de los empleados laborales afectados o la memoria explicativa de las causas del despido, según lo previsto en el artículo 4 y 5 del RPDC.

b) la documentación prevista en el art.38 del RPDC, sea cual sea la causa alegada para el despido.

c) la norma es concedora de que la mayoría de despidos futuros en la Administración local lo serán por razones económicas siendo las técnicas, organizativas o de producción de mucha menor intensidad numérica. Por ello distingue entre unas y otras. En este sentido, la normativa fija una documentación “común” para todo tipo de despidos según la DA 20, y una documentación específica para los económicos y en menor medida para los despidos por otras causas.

d) La documentación común se concreta en lo siguiente:

1. Una memoria explicativa de las causas, cualesquiera que sean, y su relación con los principios contenidos en la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, con las medidas o mecanismos previstos en la referida Ley o con los objetivos de estabilidad presupuestaria.

2. Criterios tenidos en cuenta para fijar las prioridades en el despido de personal laboral. En concreto qué criterios han servido para hacer prevalecer la permanencia del personal laboral fijo entendido éste como el que adquirió la condición a través de un procedimiento selectivo público respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad.

e) la documentación específica de mayor extensión. es aquella referida a los despidos por causas económicas, que se añade a la anterior. Prevista en el artículo 39 tiene como finalidad concretar las razones de ese tipo. Al respecto puede destacarse lo siguiente:

1. Se busca la acreditación de estas causas económicas, a través de una memoria explicativa y documentos añadidos, como los presupuestos de los dos últimos ejercicios, la plantilla y otros documentos orientados siempre a clarificar los gastos de personal.

2. Aclaración definitiva de que no es preciso la existencia previa de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, que hasta ese momento había sido defendido como imprescindible por determinados sectores de la doctrina administrativa. El art.39.5 deja claro que este Plan es potestativo. En caso de haberse aprobado, sí que deberá incorporarse en la documentación, aunque sólo en el supuesto de despido por causas económicas. f) menor detalle requiere la documentación específica por otras causas. Al respecto destaca lo siguiente:

1. Nuevamente el RPDC olvida solicitar documentación ante causas de producción. Una dejación que nos parece a todas luces poco adecuada y que obliga remitirse al procedimiento general.

2. Es obligatorio presentar una Memoria explicativa, en los mismos términos a lo previsto en el artículo 39.1 del RPDC, pero centrado en las causas técnicas u organizativas.

3. Es imprescindible también presentar la plantilla de personal laboral (no así la del funcionariado) de la entidad local, organismo o ente de que se trate.

4. Es potestativo presentar el Plan de Ordenación de Recursos Humanos. Facultativo, entendemos, no es su presentación, sino en su elaboración previa. Es decir, no es obligatoria su elaboración. De existir, sin embargo, deberá presentarse.

5. Al igual que en las causas económicas, es posible presentar cualquier otra documentación que justifique la necesidad de la medida extintiva.

3.3.4. Finalización del proceso. Excepciones en la Administración Pública

Podemos destacar:

1. El periodo de consultas es obligatorio y no exime del mismo que se trate de una entidad local. La finalidad es mitigar los efectos de los despido, ya sean evitándolos o reduciéndolos. Por tanto, se da un caso claro y preciso de negociación.

El RPDC efectúa una referencia precisa a las medidas de los artículos 8 y 9 del Reglamento, siempre y cuando sean compatibles con la naturaleza y régimen jurídico de la Administración Pública, en cuanto a las previstas en el primer precepto. Ello sin embargo no es tan fácil de cohonestar porque el referido precepto está pensado en clave privada. Al respecto podemos distinguir entre medidas implementables sin dificultad y otras mas complejas, que analizaremos en los siguientes apartados.

2. En el primer grupo, esto es, medidas orientadas a evitar o reducir despido colectivo, el art.8.1 señala un conjunto de posibilidades, como “numerus apertus” (no es un listado cerrado).

Entre estas medidas pueden destacarse medidas propias del derecho laboral aplicables sin dificultades a los entes locales:

- recolocación interna.
- movilidad funcional.
- movilidad geográfica.
- modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.
- inaplicación de condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo.
- acciones formativas o de reciclaje.
- o medidas organizativas, técnicas o de producción.

La única duda que puede exponerse es si la inaplicación de condiciones de trabajo (art.8.1.e del RPDC) que se remite al procedimiento previsto en el artículo 82.3 del ET, en el caso de las entidades locales es obligatoria a través de esta vía general o es factible también efectuarla de conformidad con el apartado segundo del artículo 32 del EBEP.

A nuestro juicio, el artículo 8.1.e) del RPDC debe cohererse hoy en día con el EBEP, según el redactado dado por el RD-ley 20/2012, que permite una inaplicación al amparo del art.32 del EBEP, heredero del primigenio 38.10 para los funcionarios en el texto original de 2007.

3. En el segundo grupo, hay un conjunto de medidas más dudosas o en todo caso de más difícil implementación. Desarrolladas en el art.8.2 del RPDC, destacaremos lo siguiente:

a) acordar la posibilidad del derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo similar grupo profesional que se produzcan en la entidad local en el plazo que se estipule (art.8.2.a).

Esta medida nos parece de muy difícil aplicación, por cuanto extinguido por despido el contrato de trabajo el acceso de nuevo a la Administración sólo puede efectuarse a través de un procedimiento selectivo público. La única opción de que el art.8.2.a del RPDC pudiera aplicarse es que en lugar del despido se pactara la excedencia voluntaria del trabajador afectado. Pero el reingreso una vez extinguido el contrato de trabajo nos parece que colisiona con los criterios selectivos previstos en la normativa de empleo público.

b) la recolocación externa del personal laboral, a través de empresas específicamente autorizadas. Se trata de una opción realmente novedosa. No parece que sea totalmente contradictoria esta posibilidad en el ámbito público, aunque si ciertamente una opción nueva hasta hoy no explorada en el sector público local, si bien ello tiene matices en los artículos 9 y 45 del RPDC.

c) las restantes medidas son asumibles y no necesariamente contradictorias con la Administración Pública, aunque también es novedoso y no ajeno a ciertas dificultades la opción del art.8.2.d) del RPDC consistente en medidas de promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social del personal laboral despedido.

4. Finalmente, debemos referirnos a los artículos 9 y 45 del RPDC, mencionados en el apartado inmediatamente anterior. Este último (artículo 45) prevé la existencia de un “Plan de recolocación externa” en los despidos colectivos del personal laboral.

La figura del citado Plan aparece en el artículo 9 y se extiende en cuanto a su contenido al sector público local siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) despido de más de 50 trabajadores por parte de la Administración o entidad del sector local, para cuyo cómputo se incluyen otros supuestos como los previstos en el artículo 9.5 del RPDC.

b) en el anterior supuesto, es imprescindible incluir en la documentación a presentar un “plan de recolocación externa” para los trabajadores afectados.

c) la duración del plan es, cuanto menos, de seis meses, que se fija como período mínimo.

d) las particularidades del Plan de recolocación, cuando los despidos son en el ámbito local es que tal elaboración (del Plan) corresponde al Servicio Público de Empleo, y no a la propia Administración o entidad local. Sin embargo, el artículo 45 del RPDC olvida atribuir a ningún servicio de empleo la elaboración de tal Plan cuando afecte a la esfera local, cuanto menos de manera expresa.

e) la solución a esta anterior falta de claridad es entender que la expresión “*en los demás casos*” es la respuesta al problema. En concreto, el artículo 45 atribuye a los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas “*en los demás casos*” elaborar el Plan de recolocación.

f) por ello la entidad local deberá presentar dos documentos; al inicio del período de consultas, la justificación acreditativa de la petición dirigida al servicio público de empleo; al finalizar el período de consultas, el Plan de Recolocación externa elaborado por el Servicio de empleo.

5.-. Finalizado el período de consultas, la Administración local o los entes locales afectados, deben comunicar a la autoridad laboral autonómica competente el resultado de aquél. Este periodo puede finalizar de dos formas, con y sin acuerdo.

Sea cual sea el resultado, debe comunicarse a la autoridad laboral. Si hay acuerdo, se dará traslado íntegro del mismo a la autoridad; tanto si hay acuerdo o no, debe comunicarse el resultado final a los representantes del personal laboral y a la autoridad laboral.

3.4. DERECHO DE PRIORIDAD EN LA EMPRESA

No incorporado en el inicial RD-ley 3/2012, el trámite parlamentario de la Ley 3/2012 de 6 de julio ha añadido un último párrafo a la DA 20 –según las crónicas, a consecuencia de una petición sindical, impulsada por la organización CSIF-, que señala literalmente que en los despidos colectivos “tendrá prioridad de permanencia” el “personal laboral fijo”. Este precepto plantea diversas cuestiones de gran calado. En concreto:

1. Otorga un genérico derecho de prioridad en la permanencia al “personal laboral fijo”, en detrimento del personal laboral temporal y los indefinidos no fijos.
2. Esta condición de personal laboral fijo se deriva por haber accedido al empleo público de conformidad con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso.

3. No obstante, tal previsión se ve matizada por la DA 20, tercer párrafo, in fine. En concreto, esa prioridad del personal laboral fijo será tal “cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere” la DA 20, segundo párrafo. ¿Significa ello que la prioridad no es tal, ni indiscutible, ni absoluta?; en mi opinión así es, la DA 20 no obliga, ni impone.

a) La primera doctrina que tuvo ocasión de analizar el precepto así también lo percibió, pero muy tímidamente y con no pocas contradicciones. Es cierto que parece una regla coherente –prioridad del personal laboral fijo sobre el restante personal- pero también es evidente que la realidad de cada Administración puede matizar esa prioridad.

Por ello el artículo 41 del RPDC trata la cuestión, y a mi juicio no parece que una norma reglamentaria sea la más adecuada para enfrentarse a una cuestión que afecta a esta circunstancia, en donde entran en juego derechos constitucionales como el de acceso al empleo público a través de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

b) Así, el art.41.2 del RPDC matiza claramente la previsión de la Ley, al modular la preferencia de permanencia. En este sentido, puede destacarse lo siguiente:

1. el RPDC diseña el artículo 41.2 del RPDC en clave estatal o autonómica. En concreto prevé claramente qué sucede si la entidad pública correspondiente no ha establecido la preferencia. En concreto, indica que para el ámbito estatal, la Secretaria de Estado podrá establecer la aplicación de dicha prioridad cuando el Departamento ministerial u organismo estatal no lo hubiera hecho; igualmente, se indica que la autoridad equivalente de las Comunidades Autónomas podrá establecer la referida prioridad “aún cuando (...) el organismo o entidad que promueva el procedimiento no lo hubiera previsto”.

2. la redacción del art.41.2 del RPDC es dudosa, si su aplicación es para el mundo local. No parece que en términos generales incluyan a las entidades locales, cuando máxime estas tienen garantizado constitucionalmente el

derecho a la autonomía. Deberemos esperar a las conclusiones de la jurisprudencia futura para deducir cual es la interpretación más adecuada al respecto. Si la respuesta fuera positiva en todo caso, ello significaría una determinada tutela o revisión de la Comunidad Autónoma sobre la decisión de los gobiernos locales.

3. en todo caso, sea cual sea la conclusión, tal “intervención” ha de ser justificada.

En concreto, tal prioridad impuesta por el Estado o la Comunidad Autónoma deberá estar justificada por “circunstancias concurrentes y teniendo en cuenta la ordenación general en materia de recursos humanos y el interés público” igualmente debemos señalar que aunque la DA 20 no lo prevé, pues sólo se refiere al derecho de preferencia mencionado, igualmente tendrán tal derecho los representantes legales del personal laboral en cada entidad local.

- mayor dificultad tiene, en el ámbito local, aplicar el derecho de preferencia previsto en el artículo 13 del RPDC. En concreto el precepto posibilita pactar en convenio colectivo o en el trámite de consultas regulado en el RPDC una determinada prioridad de permanencia para “trabajadores pertenecientes a otros colectivos”.

Esta posibilidad de pacto convencional puede tener una dificultad expresa en el ámbito de las Administraciones Públicas., pues es lógico pensar que esta sólo será factible cuando se incluyan determinados “colectivos” siempre y cuando sea fruto de medidas de discriminación positiva, tal como es el caso de personas con discapacidad, cargas familiares o mayores de edad, conceptos que en el ámbito del empleo público no han sido incorporados a las leyes de función pública como colectivos de ciudadanos protegidos especialmente.

No obstante, no nos desmerece la posibilidad, habida cuenta la elevada tasa de desempleo existente en nuestro país y la dificultad de reincorporarse al

mercado de trabajo las personas mayores de 40 años o las dificultades futuras económicas de las personas con cargas familiares.

3.5. ALTERNATIVAS A LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Una de las fórmulas incorporadas desde siempre al sistema de regulación de empleo en empresas o entidades en crisis es evitar el despido (medida extrema que supone la extinción del contrato de trabajo) y optar por la suspensión contractual o la reducción de la jornada de trabajo, en base a las referidas causas. En concreto, los ejes fundamentales de este proceso se basan en los criterios que a continuación expondremos, fijados también en la reforma laboral derivada de la Ley 3/2012 de 6 de julio.

1. Posibilidad de que la empresa suspenda el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El artículo 47.1 del ET define que se entiende para cada caso los cuatro conceptos, muy próximos en la definición a las causas por despido.

2. Se articula un procedimiento para alcanzar la suspensión previsto en la Ley y en el reglamento de desarrollo. Si se acuerda finalmente la suspensión, los trabajadores no ven extinguidos sus contratos sino que perciben la prestación por desempleo, hasta su reincorporación a su empresa nuevamente.

3. También se prevé la reducción de la jornada de trabajo (artículo 47.3 del

ET), en un abanico que oscilara entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre a base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual.

4. Con carácter ciertamente incomprensible, las previsiones del artículo 47 del

ET no son aplicables a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos.

Sin embargo hay una excepción que se concreta en la Ley 3/2012 de 6 de julio: sí podrá recurrirse al artículo 47 del ET por parte de todas aquellas si su financiación mayoritariamente procede de ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.

No es fácil concretar esta posibilidad. En este sentido resaltaríamos diversos aspectos:

a) ¿Qué significa operaciones realizadas en el mercado? Aparentemente se trata de entidades públicas que prestan servicios públicos en un mercado abierto y competitivo, a cambio de un precio, contraprestación, tasa o cualquier otra fórmula en base al servicio prestado.

b) Parecería pues, que la excepción está diseñada en lógica de entidades que actúen con criterios empresariales, sujetas a la demanda del sistema de libre mercado, frente a unos criterios más políticos como es la evolución del presupuesto y del déficit.

c) En todo caso, las causas que pueden permitir aplicar el artículo 47 deben ampararse en la descripción de la DA 20 y no en la del artículo 51 del ET, excepción hecha de la causa productiva.

Tal excepción sólo puede entenderse desde la óptica que el actual legislador opta exclusivamente por la medida más drástica, el despido, en vez de permitir medidas mas suaves como la suspensión del contrato o la reducción de jornada, quizá porque su única finalidad es reducir el capítulo I de las Administraciones Públicas a cualquier coste sin otra mayor consideración estratégica u organizativa, lo que de ser así es ciertamente merece el mayor reproche, o acaso por las razones antes descritas en las letras a), b) y c), lo que por si mismo no justifica tampoco la prohibición instituida en la DA 21 ET.

Además, en un intento de dar seguridad jurídica para identificar a las entidades públicas que pueden acogerse a la medida la DA 3 del RPDC ha incorporado este límite, fijando los supuestos en que sí es factible esta suspensión o reducción, dando respuesta a las tres preguntas que en líneas anteriores nos hemos formulado. En este sentido, se considera que para que una entidad se financie mayoritariamente con ingresos de tal naturaleza será preciso que aquélla no esté clasificada como “Administración Pública” en el inventario de entes del sector público local, de conformidad con los criterios de contabilidad nacional, remitiéndose además para ello a la información disponible en el portal web del Ministerio de Hacienda, lo cual como técnica jurídica es ciertamente sorprendente.

Ante ello, la DA 3, tercer párrafo, señala que si la entidad no figura en el correspondiente inventario (esto es, que teniendo derecho a la suspensión o reducción, no conste en el inventario), deberá justificar que ha presentado ante el Ministerio la solicitud de inclusión en el inventario referido.

Es evidente el intento de dar mayor seguridad jurídica a la cuestión, pero realmente no puede supeditarse lo que en la norma es una condición material “financiación mayoritariamente con operaciones en el mercado”, a un requisito formal “inclusión en un determinado inventario”.

3.6. PROBLEMÁTICA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO EN EL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En el presente apartado se pretende analizar con detalle las técnicas hasta ahora existentes de moderación de las dimensiones de la plantilla aplicables a los entes públicos, y en particular a los Ayuntamientos, como entidades especialmente afectadas por los problemas presupuestarios que dan lugar a la causa de extinción contractual anteriormente apuntadas.

De esta manera, aunque la citada DA 20ª ET está destinada a concretar las causas de extinción de los contratos de trabajo celebrados en cualquier tipo de Administración pública, en este caso nos centraremos en la figura del “indefinido no fijo” y su incidencia en las Entidades locales.

Debido a que esta figura, como se ha expuesto, resulta propia de este ámbito de contratación, y por lo tanto, será en el seno de este tipo de entes donde se produzcan los mayores problemas interpretativos al respecto.

La situación de crisis económica que actualmente atraviesa nuestro país incide con gran intensidad en este tipo de entes, que se ven muy afectados por la disminución de la recaudación de los tributos locales de los que obtienen su mayor fuente de ingresos y que han dejado de ser suficientes para garantizar la sostenibilidad económica de la estructura administrativa, social, personal y material de la que se habían dotado gran parte de nuestros Ayuntamientos. Aunque éstos son muchos y variados, a continuación se resumen distintos problemas prácticos relacionados con el desarrollo y la extinción de la relación laboral de los trabajadores “indefinidos no fijos” que prestan servicios en una Administración pública:

3.6.1. ¿Qué ha de entenderse por insuficiencia presupuestaria?

A la hora de permitir la extinción de un contrato de trabajo por causas objetivas en una Administración pública, literalmente, la citada Disposición adicional 20ª de la Ley 3/2012, clarifica que *“se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes”*. Se aprecia la amplitud de la redacción de esta cláusula, pues se desprende de ella, que no es necesario que la insuficiencia presupuestaria afecte a toda la estructura municipal sino a uno de los servicios públicos independientemente considerados para legitimar la extinción de los contratos de trabajo concertados en su seno.

Es la comparación entre el art. 51 ET y la Disposición adicional 20ª del mismo texto legal la que revela una diferencia entre los despidos objetivos que se lleven a cabo en el seno de una Administración pública y los que procedan en cualquier otro tipo de empresa. En concreto, la peculiaridad afecta a la propia definición que incorpora la citada Disposición adicional sobre las “causas económicas”. Y es que mientras el art. 51.1 ET define las causas económicas motivadoras de un despido objetivo atendiendo al conjunto de la empresa¹³⁰, la Disposición adicional 20ª, está redactada en unos términos de los que parece deducirse que ha de atenderse a cada servicio individualizadamente (en concreto, especifica que se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las citadas entidades públicas una situación de “insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente *para la financiación de los servicios públicos correspondientes*”).

Adviértase que la genérica redacción de la citada Disposición adicional 20ª no diferencia ni entre la causa de la que derive la citada insuficiencia presupuestaria, ni tampoco entre su intensidad. Es decir, atendiendo a la literalidad del precepto, parece que no es necesario que los problemas financieros afecten únicamente a aquellos servicios que ofrecen las entidades locales que se financian a través de sus propios recursos, como tasas o precios públicos, sino que cabría admitir cualquier otra circunstancia que diese lugar, de forma sobrevenida, a la falta de la disponibilidad financiera suficiente como para ofertar determinados servicios (como podría ser por ejemplo, la pérdida por agotamiento de determinada subvención o proyecto con dotación económica), pudiendo incluso admitir, ante una situación de generalizada falta de ingresos, la decisión, debidamente motivada y justificada, del órgano de gobierno correspondiente, de reducir los servicios que en cada momento se consideren menos esenciales. Y es que, del tenor literal de la citada

¹³⁰ En el citado precepto se especifica que “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”.

Disposición, se deduce la intención del legislador de atribuir a las entidades de Derecho público ciertas facultades de auto-organización, equiparándolas de alguna manera en lo que a esto respecta, a las empresas privadas¹³¹,

En definitiva, en el momento en el que los ingresos sean inferiores a los gastos, será la entidad pública, siempre en atención al interés general y de forma debidamente motivada, la única competente para determinar de qué servicios se prescinde.

3.6.2. ¿En qué tipo de entidades se reconoce la figura del “indefinido no fijo”?

Es importante tener en cuenta que es en realidad la forma de cobertura de los puestos de trabajo con carácter permanente exigida en la LBEP, la que en definitiva determina el reconocimiento de la figura del “indefinido no fijo” y condiciona sus características particulares. Y es que entonces, aunque se reconozca la estabilidad laboral al trabajador afectado por un fenómeno de contratación laboral excesiva o fraudulenta, tal reconocimiento no puede llegar nunca a exceptuar del correspondiente procedimiento público la adjudicación definitiva del puesto. Por ese motivo, resulta lógico deducir que esta particular figura sólo se podrá presentar en el seno de entidades de Derecho público que, dado que éstas, debido a esta especial condición, quedan sometidas a las reglas de igualdad, mérito y capacidad en la cobertura de sus puestos de trabajo.

En concreto, es son los art. 2.1 y 55.2 de la LBEP los que especifican que, estarán sometidas a los procedimientos de selección basados en principios de igualdad, mérito y capacidad la adjudicación de los puestos de trabajo en el seno de la Administración General del Estado, de las

¹³¹ Sobre la interpretación del presupuesto de indisponibilidad financiera, véase la reciente STSJ de Castilla-león, Valladolid, Sala de lo Social, de 30 de diciembre de 2013 (nº. recurso de suplicación 1878/2013).

Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, de las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas y de las Universidades públicas.

Por el contrario, hay otras entidades que, pese a ser de titularidad pública, al no quedar regidas por el Derecho público sino por el Derecho privado, no estarán sometidas tampoco a las citadas exigencias, y en las que por lo tanto, la falsa contratación temporal de personal laboral o su utilización abusiva no dará lugar a la figura del “indefinido no fijo” sino directamente a la de un trabajador indefinido ordinario, como ocurriría en cualquier otro tipo de relación laboral iniciada con una empresa ordinaria (arts. 15.3, 15.5 y 8 ET). Esto es precisamente lo que ocurre con las *sociedades mercantiles de titularidad pública*, que aunque también dan lugar a fenómenos de contratación laboral, no están sometidas a las reglas de cobertura de vacantes que sí rigen en las Administraciones públicas, y por lo tanto, no dan lugar en ningún caso al reconocimiento de la condición de trabajador “indefinido no fijo” de ninguno de sus trabajadores¹³².

Llegados a este punto, resulta interesante advertir que no son el mismo tipo de entidades las incluidas en el ámbito de aplicación de la Disposición adicional 20ª ET que aquéllas en las que nuestra jurisprudencia viene reconociendo la creación de la figura del “indefinido no fijo”. Esto es, mientras la citada Disposición recurre a una noción muy amplia de ente público, comprensiva de la gran mayoría de entidades de titularidad pública¹³³, la

¹³² Y es que una sociedad mercantil de titularidad pública -a diferencia de lo que ocurre con las Administraciones públicas y con las denominadas entidades públicas empresariales- se rige por normas de Derecho privado (arts. 45, 53 y Disposición adicional 12ª LOFAGE), y por tanto no existe en ellas (salvo norma específica), la misma obligación de cobertura reglamentaria de vacantes que sí rige en los entes sujetos al Derecho público, como reconoce la ya comentada STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 22 de julio de 2013.

¹³³ Cabe resaltar que la Disposición adicional 20ª ET expresamente indica que “a efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiéndose como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (...)”.

condición de “indefinido no fijo” sólo se reconoce en el seno de aquéllas entidades sujetas a normas de Derecho público, y por tanto, sometidas a principios propios en orden a la cobertura de las vacantes. Todas podrán reducir sus plantillas apoyándose en las causas económicas previstas en la Disposición adicional 20ª ET, pero sólo algunas deberán ajustarse a presupuestos propios y concretos a la hora de articular el proceso de cobertura definitiva de sus puestos de trabajadores.

3.6.3. ¿El “personal eventual” puede acceder a la condición de personal laboral “indefinido no fijo”?

Conviene recordar que, tal como se ha expuesto en un apartado anterior de este trabajo, el art. 8.2 LBEP clasifica a los empleados públicos en: a) Funcionarios de carrera, b) Funcionarios interinos, c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal y d) Personal eventual. Y es posiblemente esta primera clasificación la que permita responder a la cuestión planteada. Esto es, si la figura del trabajador “indefinido no fijo” ha sido creada por nuestra jurisprudencia como la mejor manera posible de poner remedio a las *irregularidades constatadas en la contratación laboral* realizada por una entidad pública, resulta obvio que éstas consecuencia no se aplicarán a una modalidad contractual que, como es el “personal eventual” al servicio de las Administraciones públicas, ni constituye una modalidad de contratación laboral, ni queda regulada por el Estatuto de los Trabajadores, ni podría en ningún caso, en virtud de sus propias características, conocer otra duración que no fuera limitada en el tiempo.

Conviene insistir en que el propio art. 8 LBEP diferencia entre *personal laboral* y *personal eventual*, enumerando ambas categorías como independientes y diferenciadas. Se deduce entonces que en un caso se está haciendo referencia a un vínculo laboral, en el otro, a un vínculo administrativo, y por lo tanto, sometido a otras normas de funcionamiento. Como a simple vista se puede apreciar, aunque se utiliza una denominación coincidente, el

“personal eventual” al servicio de las Administraciones públicas no comparte (salvo la duración temporal de su vínculo jurídico) ningún rasgo con la “contratación eventual” prevista en el Estatuto de los Trabajadores. En concreto, como expone el art. 12 LBEP, “es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin”, prestando apoyo a determinados órganos de gobierno de las Administraciones públicas¹³⁴. Son precisamente éstas particulares funciones que tiene atribuidas las que determinan su sujeción a normas de derecho administrativo y no a normas laborales, ni siquiera de forma subsidiaria¹³⁵.

Es precisamente la estrecha relación de confianza que determina el nacimiento de este vínculo jurídico, la que también condicionará su cese, advirtiendo el legislador expresamente que el cese del personal eventual “tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento” (art. 12.3 LBEP). Por otra parte, y precisamente para evitar aprovechamientos excesivos de este tipo de vinculación, se contempla también que “la condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función pública o para la promoción interna” (art. 12.4 LBEP). Se configura entonces un particular régimen jurídico en el que, por propia naturaleza, queda excluida la posibilidad de reconocimiento de la condición de “indefinido no fijo”. Y es que ¿cómo se podría dotar de estabilidad a una categoría contractual cuyas funciones son consustancialmente temporales?

Así pues, al no ser el “personal eventual al servicio de las Administraciones públicas” una modalidad contractual de naturaleza laboral, no

¹³⁴ Al respecto, el art. 12.2 LBEP indica que “Las leyes de Función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas”

¹³⁵ Expresamente, el art. 12.5 LBEP detalla que “al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”.

está sometida tampoco a las reglas de estabilidad laboral previstas en el Estatuto de los Trabajadores ni, habida cuenta de que se trata de personal de confianza, a los criterios de publicidad, mérito y capacidad que con carácter general rigen el acceso a la función pública. En definitiva, son muy variadas las razones que determinan que a esta figura no le pueda resultar aplicable la misma respuesta jurisprudencial que por el momento está dando lugar al reconocimiento de la condición de trabajador “indefinido no fijo”.

3.6.4. ¿Genera antigüedad un trabajador “indefinido no fijo”?

La respuesta a esta pregunta, debe ser necesariamente afirmativa. Como se ha expuesto reiteradamente a lo largo de este trabajo, este especial tipo contractual, aunque de creación jurisprudencial, es ante todo un contrato indefinido, y como tal despliega las mismas consecuencias que cualquier otro contrato indefinido.

Tal antigüedad se tendrá en cuenta entonces a efectos del devengo de los correspondientes complementos retributivos, para el cálculo de la indemnización derivada de la extinción del contrato (desde la superación jurisprudencial de la teoría interpretativa anterior), y por supuesto, a efectos del reconocimiento de la experiencia profesional relevante para el puesto de trabajo cuando sea el propio trabajador “indefinido no fijo” el que finalmente concurra a la cobertura del puesto de trabajo que venía ocupando, en el momento en el que se éste se oferte en concurso público.

3.6.5. Los trabajadores “indefinidos no fijos” que ocupan una plaza no contemplada en la relación de puestos de trabajo (RPT)

Pero no son éstas las únicas dudas que la figura del indefinido no fijo viene planteando en nuestras administraciones. Sin duda, se han suscitado grandes problemas de interpretación en los supuestos en los que estos trabajadores no ocupan una plaza prevista en el elenco de puestos de trabajo que configuran la plantilla de la entidad pública.

Esto es lo que ocurre con trabajadores falsamente contratados como temporales cuando en realidad van a atender requerimientos permanentes de la Administración pública o cuando se supera la duración máxima temporal prevista en la legislación laboral para ciertos contratos de duración temporal (pues no hay obligación de incluir en la relación de puestos de trabajo los puestos ocupados por trabajadores temporales) o aquellos provenientes del reconocimiento de una relación laboral encubierta bajo la forma de falso trabajo autónomo (que obviamente tampoco se incluirán en la correspondiente RPT).

Y es que en estos casos, al estar el trabajador indefinido no fijo ocupando un puesto que no está previsto en la relación de puestos de trabajo, éste nunca se podrá cubrir de forma definitiva una vez convocado el correspondiente concurso público, y en realidad tampoco existe estrictamente “plaza” alguna que amortizar. Ahora bien, estas particulares circunstancias, ¿tienen trascendencia práctica? ¿Quiere esto decir que la relación laboral mantenida entre un ente público y un trabajador indefinido no fijo cuando las funciones que este desarrolla no estén contempladas en la relación de puestos de trabajo no puede extinguirse por las mismas causas que, con carácter general nuestra jurisprudencia reconoce para este tipo *sui géneris* de trabajadores?.

Como punto de partida, antes de comenzar a valorar la trascendencia práctica del problema planteado conviene recordar que, aunque en una empresa privada, la parte empresarial dispone de libertad para configurar la relación de puestos de trabajo existentes en su empresa y para modificar ésta según estime conveniente, cuando se trata de un trabajador al servicio de una Administración pública, nuestro ordenamiento jurídico prevé que los puestos de trabajo existentes en dicha entidad se incluyan en una RPT previamente aprobada administrativamente.

A la hora de resolver esta cuestión, también resulta fundamental distinguir entre los problemas prácticos que se planteaban antes del cambio

interpretativo realizado por las STS de 23 y 24 de junio de 2014, y de los que pudieran presentarse a partir de ahora, a la luz de sus nuevas consideraciones.

En concreto, tradicionalmente se venía considerando que todo supuesto de amortización de la plaza de un trabajador “indefinido no fijo”, independientemente de que éste estuviera previamente contemplada en la RPT o no lo estuviera, daba lugar a la extinción del contrato por cumplimiento de la condición resolutoria, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. En cambio, la reciente STS de 24 de junio de 2014 (nº. rec. 217/2013) empieza a reconocer que la decisión de amortización de la plaza del indefinido no fijo es *“un acto de la empleadora que supone la extinción de un contrato temporal antes de que llegue su vencimiento, lo que supone un perjuicio para la otra parte que ve truncadas sus expectativas de empleo, e incluso, de ganar en concurso la plaza que ocupa”*, y es este motivo el que justifica la aplicación de las consecuencias derivadas del despido por causas económicas a lo que anteriormente se venía considerar un mero ejemplo de cumplimiento de una de las condiciones resolutorias implícitas en esta modalidad contractual.

Pero, ¿qué ocurre cuando el trabajador “indefinido no fijo” no ocupa un puesto de trabajo previsto en la RPT y por lo tanto, éste no puede proceder a extinguirse con motivo de la cobertura definitiva de la plaza (pues no puede sacarse a concurso una plaza que no existe)?, ¿también se han frustrado sus expectativas de consolidación del empleo público en estos casos? ¿La intención del TS era ofrecer el mismo tratamiento a cualquier supuesto de amortización de los puestos de trabajo producido en el seno de una Administración pública o sólo a aquellos en los que la decisión derivara de una previa modificación de la RPT? Pues en esos casos en los que el trabajador “indefinido no fijo” ocupa un puesto de trabajo *no* previsto en la RPT ¿tiene verdaderamente la expectativa de ocupar finalmente la plaza de trabajo vacante que ha justificado esta reciente interpretación *pro operario* en materia indemnizatoria? Y es que para que este resultado se produzca, el trabajador en cuestión no espera tan sólo cubrir finalmente la plaza que venía ocupando – como el resto de trabajadores indefinidos no fijos- sino que dicha plaza se incluya primero en la RPT de la entidad pública para la que presta sus servicios

y que además, posteriormente, se convoque el correspondiente concurso que le daría acceso a la consolidación de su plaza. Por lo que en realidad las dos posiciones jurídicas apuntadas ¿son realmente equivalentes?.

A la luz de las últimas tendencias interpretativas (STS de 23 y 24 de junio de 2014), parece que el acuerdo de modificación de la RPT puede utilizarse para ayudar demostrar la concurrencia de las causas económicas, técnicas u organizativas que sustentan la decisión extintiva, pero puesto que se parte de una aplicación generalizada de la DA 20ª ET a cualquier relación laboral concertada por una entidad pública (no sólo las que dan lugar a un puesto de trabajo “fijo”, sino también a otras calificadas como temporales o incluso como “no fijos”), también ha de entenderse que no será éste el único medio de prueba de que los motivos económicos alegados realmente concurren.

En síntesis, puede afirmarse que con esta argumentación, el TS está reconociendo implícitamente que la citada DA 20ª no establece diferencia alguna atendiendo al hecho de que la plaza cuya amortización se pretende esté o no previamente incluida en la RPT de la entidad pública, pues siempre cabrá aportar medios de prueba distintos a la modificación de la RPT que permitan sustentar que la realidad de las causas económicas alegadas.

De todas formas, habrá que esperar a conocer cual es la postura jurisprudencial que se mantenga al respecto¹³⁶, aunque todos los indicios presentados parece que conducen a la apreciación de que, en contra de lo que sería deseable, la intención del juzgador es la de seguir sin realizar diferencia de trato alguna, entre estos subtipos de trabajador indefinido no fijo.

En cualquier caso, y pese a su cercana razón de ser, debe advertirse que no todo contrato indefinido no fijo mantiene similitudes tan importantes con

¹³⁶ Adviértase que las STS de 23 y 24 de junio, aunque considera extensibles también sus argumentaciones a los “indefinidos no fijos”, están dictadas en torno a los problemas suscitados por la amortización de la plaza de “interinos por vacante”, lo que implica admitir que todos los trabajadores afectados ocupaban una plaza previamente prevista en la RPT

el contrato de interinidad por vacante para justificar este grado de equiparación. Y es que aunque el contrato de interinidad por vacante sin duda presenta una grandísima identidad con el contrato del trabajador indefinido no fijo cuando el objeto de éste consiste en atender requerimientos propios de un puesto de trabajo previamente catalogado en la RPT, la cercanía ya no es tan estrecha con el contrato indefinido no fijo a través del cual se está ocupando un puesto de trabajo expresamente creado para el “indefinido no fijo”, sin reflejo en la RPT de la entidad. Precisamente por este motivo, lo que se propone desde estas líneas es aprovechar las diferencias que existen entre el contrato “indefinido no fijo” y el contrato de “interinidad por vacante” para contribuir a racionalizar la contratación laboral en el seno de las Administraciones públicas. Y es que en realidad, el contrato “indefinido no fijo” y el contrato de “interinidad por vacante” son dos modalidades contractuales de diferente naturaleza jurídica y diferente finalidad práctica, aunque unos y otros puedan, llegado el momento, cumplir el objetivo común de asegurar cierta permanencia en el empleo público a un sujeto que no ha superado el correspondiente proceso público de selección. Pero ¿realmente en la práctica nuestras Administraciones públicas están utilizando correctamente cada una de las modalidades contractuales apuntadas?

Una primera aproximación a la plantilla de muchas entidades públicas permite comprobar a primera vista que la figura del trabajador indefinido no fijo se utiliza para estabilizar a un sujeto que ha sufrido irregularidades en su contratación¹³⁷, y este efecto se produce independientemente de que el puesto de trabajo que pasa a consolidar esté o no previamente contemplado en la RPT –con las diferentes consecuencias prácticas anteriormente apuntadas-. Ahora bien, habida cuenta de la naturaleza jurídica ya por sí misma polémica, del contrato “indefinido no fijo”, ¿es realmente esta interpretación la mejor de las opciones existentes?

¹³⁷ Como se ha expuesto anteriormente, bien por expresarse una falsa causa temporal, bien por encubrirse bajo la apariencia jurídica de un contrato administrativo que en realidad no existe, bien por superar los plazo máximo legales actualmente previstos para cierto tipo de contratos temporales, etc.

Por el momento, el contrato de “interinidad por vacante” se reserva para aquellas situaciones en las que expresamente los contratantes optan por recurrir a dicha modalidad contractual, aunque quizá debería ahondarse en el estudio de la siguiente reflexión: considerar que todo contrato de trabajo, celebrado bajo una aparente causa temporal que después se demuestre que no concurre, haya de ser automáticamente declarado como un contrato indefinido, en realidad parte de una interpretación incorrecta del art. 15.3 ET. Y es que en virtud del citado precepto, la presunción de contrato indefinido entrará en juego cuando se demuestre que no existe la causa temporal alegada por las partes, siempre que el concreto contrato en realidad no esté persiguiendo la satisfacción de otra necesidad temporal de la entidad contratante, pero distinta a la alegada, en cuyo caso deberá primar la naturaleza jurídica que revela la verdadera causa contractual.

Así por ejemplo, un contrato falsamente calificado como contrato temporal, que en realidad no pretenda satisfacer necesidades puntuales de la entidad contratante, sino cubrir un puesto de trabajo expresamente previsto en la RPT pero todavía no cubierto reglamentariamente, una vez detectada judicialmente la irregularidad en la naturaleza temporal que se había declarado inicialmente, posiblemente no debería calificarse como “contrato indefinido no fijo”, sino como un “contrato de interinidad por vacante”. Y es que si todo puesto de trabajo en la Administración pública ha de cubrirse respetando siempre los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad (103.3 CE), debe entenderse que todo puesto de trabajo previsto en la RPT y todavía no cubierto, se encuentra necesariamente y sin excepción, a la espera de la convocatoria del correspondiente concurso de cobertura definitiva de la vacante, por lo que la relación contractual que verdaderamente mantiene la persona que en ese momento lo ocupa, por propia definición, e independientemente de cuál haya sido la calificación ofrecida por los contratantes, se ajusta mejor a la figura del “interino por vacante”.

De esta manera, reconduciendo gran parte de las situaciones de utilización abusiva o excesiva de diversos contratos de trabajo de carácter temporal a la figura del contrato de “interinidad por vacante”, se conseguiría

evitar en gran medida el nacimiento de nuevos trabajadores “indefinidos no fijos”, logrando de esta manera que no exista una vía alternativa de entrada estable a la función pública, sin superar el correspondiente concurso de méritos (debe destacarse que el contrato de interinidad, en ninguna de sus modalidades, da lugar a la conversión automática en un contrato indefinido, por prolongada que haya sido su duración temporal, puesto que se trata de una de las formas contractuales expresamente excluidas de los efectos estabilizadores del art. 15.5 ET, ni (por flexible que pueda llegar a ser en un futuro la interpretación jurisprudencial al respecto) tendrá derecho a percibir indemnización alguna derivada de la finalización del contrato, por no resultarles aplicables tampoco las consecuencias previstas en el art. 49.1.c ET.

3.6.6. La reciente tendencia a la huida del trabajador indefinido no fijo

Cuando la Administración Pública actúa como entidad contratante, también se producen problemas de delimitación de fronteras entre modalidades contractuales de diferente naturaleza jurídica pero bastante cercanas en lo que a la prestación de servicios encomendada se refiere. Por lo que respecta a los contratos administrativos, es preciso distinguir aquéllos concertados antes de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, actualmente aplicable, de aquellos celebrados en virtud del RD Leg. 2/2000, por el que se aprobaba el antiguo Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya derogado.

Conviene recordar que, en virtud, por una parte del art. 10, y por otra, de los arts. 277 y ss de la citada Ley 30/2007, el contrato administrativo de servicios se define como aquellos contratos *“cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro”*.

Debe insistirse en que, a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior, los contratos administrativos, y en concreto los contratos administrativos de servicios, se configuran con una gran amplitud en la Ley 30/2007, pues se permite la celebración de contratos cuyo objeto consista no

en la realización de prestaciones de dar, sino en todo tipo de “prestaciones de hacer” consistentes incluso en el desarrollo de actividades habituales de la Administración pública, sin necesidad alguna de que esta actividad se materialice en un producto delimitado de la actividad humana en la forma de un estudio, proyecto o resultado concreto. La única limitación que exista el respecto la marca el art. 277.1 de la citada norma, que excluye de su objeto *“los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*, que están atribuidos en exclusiva a los funcionarios públicos, a tenor del artículo 9.2 de la ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público.

En todos los casos, la naturaleza administrativa del vínculo implica por esencia que éstos queden sometidos siempre a un término de vigencia, extinguiéndose a la finalización del periodo temporal previsto, cosa que no ocurre ante otro tipo de relaciones jurídicas de distinta naturaleza jurídica. A estos efectos, con ánimo clarificador la propia Ley 30/2007 se ocupa expresamente de precisar que la extinción de los contratos de servicios *“no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante”* (arts. 277 y 279 de la Ley 30/2007).

Y no sólo eso, también la Ley 30/2007 realiza una amplia enumeración de los sujetos capacitados para concertar contratos administrativos con las Administraciones públicas: conforme a los arts. 43.1, 43.2 y 122.3 de la Ley 30/2007, podrán contratar con el sector público *las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras que “tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional”*¹³⁸.

¹³⁸ Precizando a su vez estos artículos que, para realizar este tipo recontrataciones, los empresarios deberán contar, “con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”, teniendo en cuenta que “los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (...)”.

Al ser la nueva configuración de los contratos administrativos dada por la Ley 30/2007 mucho más amplia que la ofrecida por la anterior regulación, aumentan prácticamente al máximo las posibilidades de la Administración pública de recurrir a los contratos administrativos en lugar de a la contratación laboral o a la funcionarización para atender sus requerimientos. No se puede olvidar que la Ley 30/2007, ampliando las posibilidades de concertar lícitamente un contrato administrativo respecto a la regulación anterior, lo que intenta realmente es reducir la estructura permanente de las Administraciones públicas, sustituyéndola por una red de contrataciones complementarias, gracias a las cuales, en caso de insuficiencia financiera, se conseguiría adelgazar con rapidez la organización interna de este tipo de entidades. Objetivo sin duda digno de elogio y que, al quedar plasmado en la Ley 30/2007, obliga necesariamente a reinterpretar la aplicación que tradicionalmente se venía realizando del art. 1.1 ET ante casos similares.

Se confirma de esta manera la libertad de contratación que actualmente determina el marco jurídico creado no sólo por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino también por el Estatuto Básico del Empleado Público, que permite a las entidades de naturaleza pública bien recurrir a la contratación administrativa o laboral, bien iniciar una relación funcional para recibir el mismo tipo de prestación de servicios, según aconsejen razones no sólo de necesidad organizativa sino también de conveniencia u oportunidad política. Utilizando este criterio, se evita la figura del trabajador indefinido no sólo surge no sólo de la excesiva utilización de la contratación laboral temporal en el seno de las Administraciones públicas, sino también por la utilización abusiva del contrato administrativo, como forma de encubrir una verdadera relación laboral. Es precisamente la confirmación del carácter administrativo de la relación controvertida la que impide calificar la relación jurídica como propia de un trabajador indefinido no fijo y la extinción contractual producida como un “despido improcedente”.

Aunque tradicionalmente nuestra jurisdicción social venía demostrando una *vis atractiva* a su ámbito material, apreciando la naturaleza laboral de la gran mayoría de prestaciones de servicios de naturaleza personal en las que

se hubiesen suscitado dudas razonables acerca de cuál había de ser su verdadera naturaleza jurídica, en los últimos años, y apoyada en la modificación de la configuración legal de los contratos administrativos, se aparta de esta tendencia interpretativa. Así, si la protección del trabajador era la razón de ser que motivaba la tradicional tendencia interpretativa, ahora parece que empieza a primar otro objetivo igualmente loable: la reducción del gasto público, evitando, en la medida de lo posible, crear trabajadores indefinidos bajo la particular fórmula del trabajador indefinido no fijos.

Puede afirmarse que al adoptar esta respuesta, el juzgador en realidad no hace más que aplicar literalmente los nuevos postulados normativos, pues no se puede negar que, en la amplia configuración de los contratos administrativos previstos en la Ley 30/2007, quedan perfectamente acogidos no sólo aquellos que conllevan obligaciones de dar, sino también aquellos cuyo objeto se concreta en prestaciones de hacer, que a su vez, como ejemplo claramente demostrativo de su amplia configuración normativa, pueden materializarse incluso en prestaciones de servicios cuyo objeto principal consista en atender necesidades permanentes de la entidad contratante y no sólo aquellas meramente complementarias, accesorias o puntuales.

Así, nuestra jurisprudencia más reciente empieza a insistir en la amplitud con que en realidad se concibe hoy el contrato administrativo de prestación de servicios provoca el efecto de limitar en gran medida el reconocimiento de trabajadores indefinidos no fijos¹³⁹, y con ello, que esta *sui géneris* modalidad contractual se convierta en una vía alternativa de acceso a la función pública eludiendo las garantías constitucionalmente establecidas de plasmadas a través de los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad.

Así, parece que en los últimos tiempos, se está empezando invertir a tendencia interpretativa y se comienza a mirar con recelo la figura del trabajador indefinido no fijo, insistiendo por fin en que se ha de ser

¹³⁹ Por todas, título ejemplificativo, véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, de 29 de mayo de 2013 (Sentencia nº. 1632/2013).

“especialmente cuidadoso a la hora de facilitar el acceso al empleo público por presuntas irregularidades en la contratación, que han de ser acreditadas de una forma fehaciente”, pues en realidad llevar a cabo una interpretación diferente equivale a contravenir, valiéndose de un tortuoso juego interpretativo, no sólo la nueva delimitación de fronteras que actualmente se desprende de la interpretación conjunta del art. 1.1 ET con el art. 10 de la Ley 30/2007, sino también, de forma indirecta, la tajante limitación del gasto público impuesta con motivo de la crisis económica.

3.7. RECORRIDO JURISPRUDENCIAL

La rescisión de la relación laboral como hemos señalado anteriormente, se produce mediante extinción por causas objetiva del artículo 52.e) del Estatuto de los Trabajadores “En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.”

El Tribunal Supremo en múltiples sentencias ha mantenido la legalidad de los contratos temporales celebrados por las Administraciones Públicas para la realización de obra o servicio determinado conexos con programas públicos temporales que gozan de autonomía y sustantividad propia. Tal operación jurídica consiste en cubrir actividades de la Administración con cargo a un plan público específico a través de contratos de obra que se extinguen en el momento de la finalización de aquel, pero también en este caso en el contrato se ha de especificar con la suficiente claridad y precisión la vinculación de la duración del contrato con el mantenimiento de la subvención concreta que le sirve de soporte económico.

Manifiesta la doctrina que cuando el art. 52 e) ET habla de trabajador “indefinido” parece referirse a aquél que es contratado con un contrato

indefinido directamente por la Administración; no debemos confundirlo con ese “indefinido” que ha creado la jurisprudencia, pues con dicho apelativo se quiere hacer referencia a que no tiene plaza o puesto de trabajo efectivo. Es aquel contrato que desde un principio se hace depender de la existencia de una subvención, prorrogándose año tras año.

El apartado e) del artículo 52 fue incorporado al Estatuto de los Trabajadores por el artículo 3.2 la Ley 12/2.001 de 9 de julio de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, como garantía de la extinción de este tipo de contrataciones, por ello responde a una finalidad distinta de la prevista en el artículo 52 c) y en el artículo 51.1 del ET, por ello la extinción de los contratos de trabajo vinculado a estos proyectos subvencionados parcialmente con fondos públicos de otras Administraciones, tienen un régimen jurídico distinto que el establecido para amortizar puestos de trabajo y extinguir el contrato como medio para garantizar la viabilidad y saneamiento económico del ente local., concretamente el Artículo 52.e), establece:

“Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.”

La jurisprudencia mantiene el criterio de que el número de trabajadores afectados por este despido objetivo del artículo 52.e) está referido a la empresa y no a un determinado centro de trabajo. En este sentido, se manifiestan entre otras las siguientes sentencias:

- Sentencia TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO SOCIAL). Sentencia de 14 mayo 1998.

“por lo que de tener la empresa varias secciones autónomas o diversos centros de trabajo, para declarar la procedencia de los despidos objetivos por causas económicas «ex» art. 52, c) ET, la situación económica negativa debe

afectar a la empresa en su conjunto. Esta interpretación es la que se deduce, en primer lugar, del tenor literal del art. 51.1.II al que se remitía el entonces vigente art. 52, c), ambos del ET, en el que se exige, genéricamente, que la adopción de las medidas extintivas propuestas contribuya, si las causas aducidas son económicas, «a superar una situación económica negativa de la empresa», sin la distinción, contenida en otros preceptos del propio ET, entre «empresa», «centro de trabajo» o «unidad productiva autónoma» que a los efectos de la sucesión empresarial especifica el art. 44 ET, ni entre «la totalidad de la empresa» o «parte de la misma» que, a los propios fines para el caso de venta judicial, se efectúa en el propio art. 51.11 ET.”

- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (SALA DE LO SOCIAL, SECCIÓN 1ª). Sentencia núm. 149/2011 de 28 febrero.

“El artículo 51.1 del vigente TRET al fijar el número de trabajadores afectados que determina la existencia de despido colectivo hace referencia al número de trabajadores ocupados por la empresa y la doctrina jurisprudencial¹⁴⁰ tiene determinado que se trata de los trabajadores al servicio de la empresa, no de un concreto centro de trabajo.” A estos efectos nuestros tribunales se han encargado de subrayar la unidad de empresa que se presume entre los organismos autónomos y los entes de los que dependen señalando que, aunque jurídicamente aparezcan con personalidades jurídicas separadas, el organismo autónomo para la gestión directa de servicios públicos constituye con el ayuntamiento una unidad de empresa laboral a efectos de responder de las obligaciones laborales con sus trabajadores STS – Andalucía, Málaga, de 8 de noviembre de 1996 (AS 1996, 3879J).

“Con arreglo al artículo 1.º del Estatuto de la Gerencia Municipal de Urbanismo «el Ayuntamiento de Málaga, al amparo de la Ley del Suelo y del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y previas las fiscalizaciones de los órganos competentes, crea la Gerencia Municipal de Urbanismo, como Entidad dotada de personalidad jurídica independiente, con

¹⁴⁰ STS, Sala de lo Social, de 18 marzo 2009 recurso. nº1878/2008.

plena capacidad jurídica, pudiendo adquirir, enajenar, poseer, reivindicar, permutar, gravar e hipotecar toda clase de bienes, obligarse, celebrar contratos, cualquiera que sea su naturaleza, establecer, explotar y prestar servicios, utilizando los modos de gestión autorizados por las Corporaciones Locales por sus disposiciones específicas y la Ley del Suelo, así como ejercitar acciones e interponer recursos de toda clase, siempre que tales actos se realicen para el cumplimiento de los fines y competencias que se le asignan, y todo ello dentro de los límites legales que regulan la actuación de dichas Corporaciones Locales», añadiendo el primer párrafo del artículo 3.º que «corresponderá a la Gerencia Municipal de Urbanismo la Gestión Urbanística en el término municipal de Málaga».

Así pues la Gerencia posee personalidad jurídica propia e independiente con amplias facultades de actuación y tiene por objeto la gestión del Servicio Público Municipal de Urbanismo, como una forma de gestión directa realizada por la Corporación Local mediante organismo dependiente de ella, conforme a los medios previstos en el artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 abril, reguladora de las Bases de Régimen Local. Pero todo ello es única y exclusivamente a los efectos de gestión del propio servicio público municipal de urbanismo, de modo que la Gerencia queda incorporada a la organización económico-administrativa del Ayuntamiento de Málaga, constituyendo Ayuntamiento y Gerencia una unidad de empresa laboral, aunque aparezcan en derecho con personalidades jurídicas separadas, que debe responder de las obligaciones laborales frente al trabajador afectado.

La anterior doctrina viene avalada por las siguientes consideraciones:

- 1) La Gerencia de Urbanismo queda sometida a la tutela, fiscalización y control de la Entidad que la funda, que es el municipio de Málaga, según establece el párrafo último del artículo 2 de los Estatutos.
- 2) Las competencias especiales que expresamente le asigna el artículo 3 de los Estatutos serán realizadas bajo la tutela, fiscalización y control del

Ayuntamiento de Málaga, teniendo en todo caso, el carácter de delegadas de la Corporación Municipal que la crea.

3) Incluso el Ayuntamiento de Málaga, a través de sus órganos de gobierno correspondientes, se reserva en materia de urbanismo la serie de competencias que se enumeran a continuación, de acuerdo con lo consignado en el artículo 4.2 de los Estatutos reguladores.

4) La actividad de tutela, fiscalización y control que el municipio ejercerá sobre la Gerencia se realizará a través de las facultades que se exponen en los apartados A), B) y C) del artículo 5 de los Estatutos sobre los órganos, sobre la actividad y sobre el control financiero, destacando la aprobación anual por el Ayuntamiento de los presupuestos de la Gerencia y cuentas correspondientes, y ello en concordancia con lo dispuesto en el artículo 145.1 de la Ley 39/1988, de 28 diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.

En resumen, los precedentes fundamentos ponen de relieve la existencia de una clara interconexión y subordinación entre el Ayuntamiento de Málaga y su

Gerencia Municipal de Urbanismo, ya que este organismo no es más que una de las formas de que se vale la Corporación Municipal para descentralizar el cumplimiento de determinados fines que son de su competencia, representando datos suficientemente importantes para sostener que la relación de trabajo se configura tanto con la Gerencia como con el Ayuntamiento, sin que se aprecien circunstancias que permitan excluir la condición o el carácter de empresario de la Entidad local demandada, pues entre los otros requisitos contenidos en el artículo 1.º del ET (RCL 1995\997), y aun cuando la Gerencia ostente personalidad jurídica propia, el Ayuntamiento es receptor, en definitiva, de los servicios prestados por el actor, lo que justifica la legitimación pasiva u obligación de soportar la carga de ser demandada la Corporación Municipal recurrente y el rechazo de la adecuada excepción.”

La jurisprudencia ha resaltado las notas que confluyen en la definición de grupo de empresas señalando que es necesario que las distintas empresas

actúen sujetas a un poder de dirección económico único. La STSJ de Navarra de 8 de septiembre de 1989 considera que la cesión de trabajadores entre la Administración del Estado y un Organismo Autónomo, “no es más que una deseable coordinación de sujetos públicos que prestan un servicio público”.

Lo cierto es que a nivel jurisprudencial existe una cierta coincidencia en considerar que no se trata de cesión ilegal de trabajadores la que se lleva a cabo entre Administraciones y entidades instrumentales que gestionan directamente un servicio público. Para que ésta se produzca se requiere que exista especulación con la mano de obra, cualquiera que sea la forma que se le dé al contrato. La STC de 3 de noviembre de 1988, desestimó la pretensión de una demandante basada en una posible cesión ilegal al suscribir su contrato con el Ministerio del Interior, amparado en el RD 1992/1984 y en la OM de 21 de febrero de 1985, de colaboración de órganos del Estado con el INEM, y sin embargo prestar sus servicios en una Oficina de Empleo del INEM, argumentando que la cesión existente es puramente formal sin que haya existido perjuicio alguno para la recurrente tanto real como potencial. Y es que la jurisprudencia entiende que existe cesión ilegal cuando la empresa cedente es una empresa aparente, sin patrimonio propio, que no asume el riesgo empresarial y cuyo objeto exclusivo es proporcionar manos de obra a otras empresas.

Nada de ello sería de aplicación a la Administración pública cuando crea organizaciones descentralizadas pues su objetivo no es crear organizaciones aparentes sino conseguir la máxima eficacia, por ello les adscribe medios y personal para gestionar de una manera coordinada los servicios públicos.

Por supuesto, y ya puede adelantarse tras lo expuesto, entre el personal al servicio del Organismo Autónomo y el personal del Ente Local, ya fuese funcionario o laboral, rige por tanto un principio de comunicabilidad absoluta, más acentuada tras la desaparición de la distinción entre organismos autónomos de carácter administrativo y los de carácter económico y financiero acontecida tras la LOFAGE, a través de los mecanismos de provisión de puestos de trabajo ordinarios y extraordinarios que se establezcan en la

legislación de función pública y en concreto, lo dispuesto en el RD 364/1995 , de 10 de marzo (téngase en cuenta la eficacia demorada de lo dispuesto en el Capítulo III del título V del EBEP y la disposición Derogatoria Única y Final cuarta de dicho texto) y, lógicamente, en el ámbito laboral de los convenios colectivos de aplicación.

Para una mejor comprensión de todo lo expuesto, se analizan y estudian a continuación otras sentencias de indudable interés para comprender las estrechas, y en más de una ocasión problemáticas, relaciones entre la normativa administrativa y la normativa laboral en todo aquello que afecta a las relaciones de trabajo de los contratados laborales en las Administraciones Públicas.

- **Sentencia** del TSJ de Cataluña de 13 de junio de **2012**- Indemnización en el caso de Administración Pública. Recurso 11/2012).

“Se declara la nulidad de la medida por la falta de negociación real al no haber intención alguna en tal sentido por parte del ente público, siendo este punto imprescindible a tenor del art. 51.2 del ET”.

La demandada, al ser una Administración Pública, se limita a aducir que existen unos criterios que le impiden ofrecer una indemnización distinta a la mínima legal, algo que choca con la oferta que hizo a los trabajadores de 45 días de salario por año una vez concluido el periodo de consultas. Por ello, se declara nula la medida adoptada por el ente, a tenor de lo dispuesto en los artículos 51.2 del ET y 11.1 del RD 801/2011 en lo atinente al contenido mínimo del periodo de consultas.

Por otro lado, la Sala encuentra acreditadas las causas organizativas aducidas por el ente, basándose en que la actividad realizada por aquel Consorcio deja de ser una finalidad asumible para la Generalitat a raíz de la publicación de la Ley 7/2011, de racionalización del sector público, y teniendo en cuenta el contexto presupuestario presente, basando su argumentación jurídica en la nueva redacción de la Disposición Adicional 20 del ET.

Esta sentencia estima que el despido colectivo afecta a 6 trabajadores, correspondiente a la totalidad de la plantilla, se debería haber basado en el artículo 49.1g) del ET por la extinción de la personalidad jurídica del contratante. Por ello, aunque se han de seguir los trámites del despido colectivo la empresa no tendría que probar que concurren alguno de los motivos sino que se ha quedado sin personalidad jurídica, es decir sin poder ser parte contratante

- **Sentencia** del TS de 19 de febrero de **2014**- Despidos colectivos y fraude ley en la actuación de la Administración empleadora. Recurso 174/2013).

“Despido colectivo. Consejería de Empleo de Andalucía. Consorcios de Andalucía. Extinción colectiva por razones económicas. Fraude de ley. Inaplicación de la ley autonómica que establece la obligación de subrogar. Desviación de poder”.

La sentencia es una más de las dictadas sobre los despidos colectivos operados por los Consorcios de las Unidades Territoriales de Empleo, Desarrollo Local y Tecnológico (UTEDLT), habiéndose declarado en todos ellos la nulidad de los despidos por actuación fraudulenta del sujeto empleador, si bien todavía siguen pendientes, más de un año después desde la publicación de la primera sentencia, la ejecución de los despidos entendiéndose por tales la readmisión efectiva del trabajador, sustituida en aquellas ocasiones en que la Administración ha decidido ejecutar la sentencia por el abono de la remuneración debida y sin darle ocupación efectiva.

La sentencia tiene un marcado carácter doctrinal de indudable interés, debido a que aborda de manera exhaustiva la figura jurídica del fraude de ley y sus efectos en punto a la declaración de nulidad de la decisión empresarial, y que afecta de pleno a las AA PP. Es cierto que la petición de nulidad no sólo fue planteada por la recurrente con respecto al posible fraude de ley, sino también por incumplimiento de varias de las obligaciones empresariales con respecto a cómo se inició el procedimiento de despido colectivo y durante el período de consultas. Ahora bien, la Sala entra a valorar y examinar en primer

lugar las relativas al posible fraude por considerar, con razonable criterio procesal, que si existe este ya no tendría razón de ser el examen de las otras causas de nulidad alegadas, la Sala estima que la decisión extintiva puede impugnarse según art. 124.2 LRJS porque se haya adoptado, entre otros supuestos, en fraude de ley, pero esa posibilidad no aboca, en caso de producirse, a la declaración de nulidad de la sentencia si nos atenemos a los términos literales del art. 124.11, ya que esta se predica de determinados incumplimientos formales o por vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. Pero no lo es menos que el fraude de ley tampoco está incluido entre los supuestos que pueden llevar a declarar que la decisión empresarial es no ajustada a derecho, calificación jurídica que se reserva para los casos de inexistencia de causa. Por consiguiente, parece que el legislador dejó la puerta abierta en la Ley 3/2012 a que el fraude de ley pudiera tener un determinado efecto jurídico u otro, aunque sin duda no hay que olvidar, y así lo hace la Sala en su razonamiento, la importancia del art. 6.4 del Código Civil respecto a delimitar los efectos jurídicos de la conducta fraudulenta por parte empresarial.

Para cerrar su amplia, bien detallada y fundamentada argumentación de defensa de la nulidad de un despido colectivo en fraude de ley, que sin duda será acogida por los TSJ, AN y JS cuando las partes demandantes aleguen, y puedan probar, la existencia de dicho fraude, la Sala defiende, que no puede darse una menor protección jurídica a decisiones colectivas adoptadas de forma contraria a derecho que a las que adoptadas en un procedimiento individual, y que tampoco puede tratarse de peor condición en cuanto a protección de los derechos de los trabajadores a un despido fraudulento que a uno en donde se hayan producido algunos incumplimientos formales.

En definitiva, la sentencia tiene un especial interés por lo que respecta a la importancia de aquello que se dice y cómo se dice en la comunicación extintiva a los trabajadores despedidos, en cuanto que dicha comunicación puede tener una importancia determinante en el litigio judicial posterior, y desde luego para el TS la tiene en cuanto a la intencionalidad fraudulenta de la Administración ya que en tales comunicaciones "... de manera inequívoca se

presenta la extinción de los contratos de trabajo como paso previo a la disolución del ente”.

- **Sentencia** del TS de 11 de Septiembre de **2014**- Despido. La extinción de los contratos de indefinidos no fijos por amortización de la plaza debe respetar lo dispuesto en los arts. 51 y 52 c) de la LET. Recurso 1278/2013.

“Despido de trabajador indefinido no fijo por amortización de su puesto de trabajo. No se exige el procedimiento del artículo 51 ET, pero tiene derecho a la indemnización por fin de contrato por analogía con los contratos temporales”.

El litigio tiene lugar en el ayuntamiento de Parla, y la discusión, resuelta en sentido negativo hasta el cambio de doctrina operado por la sentencia de 24 de junio del mismo año, es si debía aplicarse el art. 51 (procedimiento de despido colectivo) de la LET para amortizar 56 contratos de trabajo de trabajadores indefinidos no fijos e internos por vacante, amortización que se llevó a cabo por existencia de un “desequilibrio presupuestario” y que llevó a la extinción individual de cada contrato. La sentencia reproduce la doctrina sentada en Sala General el 22 de julio de 2013, (con votos particulares que más adelante se convertirían en nueva doctrina del TS), con la adición efectuada a partir de la sentencia de 14 de octubre del mismo año y el reconocimiento del derecho de los trabajadores cuyo contrato se extinguió al percibo de una indemnización idéntica a la prevista para los trabajadores con contrato de duración determinada. Se trataba, del “primer paso adelante” en el cambio de doctrina del TS, consistente en “establecer una indemnización por extinción contractual en favor de los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de la Administración pública empleadora.

- Al hilo de esta sentencia cabe mencionar la **sentencia** de 24 de junio de **2014** dictada con ocasión de la amortización de contratos de interinos por la Universidad Politécnica de Madrid, partiendo del resumen oficial de la sentencia que es el siguiente: “Administraciones Públicas. Despido Colectivo. Lo es el de los interinos por vacante, al servicio de una Administración Pública, cuya plaza se amortiza en virtud de un Acuerdo que aprueba una modificación

de la R.P.T. Estas extinciones, conforme art. 51-1 E.T., se computan para determinar existencia despido colectivo. El contrato de interinidad es un contrato sujeto a término y no a condición resolutoria. Su extinción antes de que llegue el día pactado por amortización de la plaza no es causa prevista en el contrato y en aplicación Adicional vigésima, deben seguirse los trámites artículos 51 y 52 del E.T. y 37 y siguientes del R.D. 1483/2012. Rectifica doctrina sentencias TS. 8 de junio de 2011 (R. 3409/2010), 22 de julio de 2013 (R. 1380/2012), 23 de octubre de 2013 (R. 408/2003), 13 de enero de 2014 (R. 430/2013) y de 25 de noviembre de 2013 (R. 771/2013) entre otras muchas que en ellas se mencionan”.

Dicho de forma más clara y contundente: en menos de un año el TS ha rectificado su doctrina sobre la posibilidad de que las Administraciones Públicas extingan libremente tanto los contratos de interinidad por vacante como los contratos indefinidos no fijos cuando se decida la amortización del puesto de trabajo ocupado por el trabajador, libertad que significaba no tener que acudir al procedimiento de despido colectivo al que se refiere la disposición adicional vigésima de la LET tras la reforma laboral operada primero por el RDL 3/2012 y continuada después por la Ley 3/2012 y desarrollada por el RD 1483/2012 de 28 de octubre.)”

CONCLUSIONES

Como hemos visto a lo largo del presente estudio, la reforma laboral introducida en el año 2012, a través el RDL 3/2012 de 10 de febrero y de la Ley 3/2012 de 6 de Julio, han supuesto el inicio de un proceso de revisión y cambio en el régimen jurídico de este tipo de despidos; provocando así, la flexibilización de la regulación de esta modalidad de despidos en el sistema español, mediante un mecanismo ágil y eficiente, que permite a empresarios reestructurar su personal en situaciones complicadas de crisis económica, provocando a su vez una mayor libertad de gestión empresarial.

Continuando en esta línea, y una vez analizado su régimen jurídico, nos queda conocer el impacto que tanto la reforma del año 2010 como la de 2012 ha provocado en el mercado laboral español; para ello, debemos relacionar los objetivos perseguidos por el legislador y las consecuencias producidas por las medidas implantada en estos años, así como la evolución que la doctrina jurisprudencial ha tenido desde su inicio hasta nuestros días.

Como hemos indicado a lo largo del presente estudio, las reformas han sido profundas y han afectado tanto a la definición de las causas, como al procedimiento a seguir; así como a las vías de impugnación y a los costes asociados, hasta el punto que su implementación práctica ha generado enormes controversias y múltiples interrogantes en torno a la nueva ley, pasamos a analizar algunos de los temas de mayor debate y pronunciamientos judiciales de los últimos años.

Partiendo de que el elemento más objetivo de esta modalidad de despido es el la causa, y especialmente la causa económica, por la cual el empresario se justificara para reducir la plantilla y ajustarla a una nueva situación empresarial, se trata, por tanto, de la pieza crucial en este tipo de despidos, pero el legislador parecía obviarlo, hasta las últimas reformas laborales; como hemos visto, este ha sido uno de los grandes problemas que ha enfrentado a empresarios y trabajadores a la hora de realizar ajustes de plantilla, pues la normativa sólo hacía referencia a una “situación económica

negativa” creando una inseguridad jurídica en cuanto a la calificación del despido, al dejarse, de esta forma, un margen amplio de decisión a la autoridad laboral y a las decisiones judiciales; sin embargo, con la regulación posterior a la Ley 35/2010, se entendía que concurrían las causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprendía una “situación económica negativa”, definiendo a continuación que se entendía que concurría esta causa, en los casos en los que “ existieran pérdidas actuales o previstas”, o “una disminución persistente de ingresos”; además, se exigía que estas pudieran “afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo”; por lo tanto, no consistía en una lista de *numerus clausus*¹⁴¹, en las cuales era posible aplicar el procedimiento de este tipo de despido, sino que admitía otras situaciones de crisis en las que no era necesario pérdidas, sino simplemente una caída de beneficios. Apoyándose en la base de la nueva redacción dada por el artículo 51 ET de la Ley 35/2010, surge la Ley 3/2012, que dispone la viabilidad o la capacidad de mantener el volumen de empleo como elemento configurador de la causa; por tanto, se podía entender que la empresa no podía sostener su nivel de empleo por otros motivos de contenido económico pero que no condujeran a pérdidas económicas, como el caso de reducción de demanda o incremento del coste. Concretamente, dispone que concurren las causas económicas *“cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”*; como vemos, la actual redacción mantiene en esencia lo estipulado por su predecesora, añadiendo a la lista ejemplos que ocasiona una situación económica negativa.

En una primera valoración, tras la revisión de las resoluciones dictadas hasta el momento, es que, si se descartan las sentencias de nulidad de despido, la mayoría de sentencias han declarado los proceso de despido

¹⁴¹ Sentencia del TS de Madrid de 16 de septiembre de 2011 (Recurso 2823/2011).

colectivo basado en esta causa ajustados a derecho con bastante rotundidad; pese a la dificultades respecto a las causas, por muchas de las cuestiones ya analizadas a lo largo del presente estudio, se ha concretado que el problema no se encuentra en las causas en sí, sino en la capacidad de prueba de éstas.

Como ya hemos indicado, desde la entrada en vigor de la Reforma, muchos son los debates que surgen respecto de cómo ha de valorarse la existencia de la causa y cuál es el límite de los jueces en esta tarea; como se desprende de la exposición de motivos del RDL 3/2012, el legislador, parece tenerlo claro, al establecer que una situación económica negativa es persistente cuando en los últimos tres trimestres consecutivos, comparados con el mismo periodo del año anterior, se dé un descenso de ventas; por tanto, se desprende que la función del juez debe de limitarse a analizar los hechos, realizando una estricta verificación de la concurrencia de los mismo, pero, sin entrar en juicios valorativos, de razonabilidad o proporcionabilidad.

Ello, lógicamente, ha generado una crítica desde el ámbito judicial, y en este sentido podemos destacar, las sentencias de la Sala de los Social de la AN de 21 de julio de 2013 y la de 4 de julio de ese mismo año; en las mismas, se viene a señalar que para que concurren las causas para justificar este tipo de despido debe establecerse una conexión de funcionalidad que supone la superación de tres fases por las empresas: 1ª) Acreditación de la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado; 2ª) La determinación sobre en qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo que se pretende extinguir; y 3ª) prueba de la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dicha necesidad. En el mismo sentido, nos encontramos la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 9 de Abril de 2013, que aunque se refiere al tercer punto en términos de proporcionalidad, matiza que no lo hace como juicio de racionabilidad, sino como una forma que permita establecer causalidad en los despidos; en definitiva, los tribunales vienen exigiendo que, pese a la literalidad de la norma, exista una conexión de funcionalidad entre la medida y el contrato que se pretende extinguir. Cabe destacar que solamente un Tribunal se ha

manifestado a favor de una interpretación más estricta de la norma, sin entrar en juicios valorativos y es la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, en su sentencia de 6 de julio de 2012; sin embargo, unos meses después, nos encontramos una sentencia de este mismo tribunal, concretamente de 21 de noviembre, que modifica la línea anterior, y entiende que no solo debe acreditarse la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino también los efectos sobre el contrato que justifiquen su extinción.

De este criterio judicial se puede extraer que las recientes reformas laborales han dinamitado toda esa dogmática, al eliminar los juicios de causalidad sustantiva y el de funcionalidad, situando como eje central la mera concurrencia de causalidad. De esta forma, el control judicial de este tipo de despidos deja gran parte de ser una garantía de los trabajadores, dado que ya no se debe ponderar el despido por sí mismo, sino únicamente si se han cumplido los requisitos legales.

Otro aspecto que ha suscitado grandes debates, es el referente a la documentación que se debe aportar en los procesos de despido colectivo, dado que en un primer momento se produjo una gran oleada de despidos declarados nulos, precisamente por no cumplir con este requisito. En este sentido, cabe destacar la relevancia de la información que contiene la misma, dado que la obligación de proporcionar la información pertinente no debe entenderse como el simple cumplimiento formal; así lo subraya la sentencia del TS de 27 de mayo de 2013, que es bastante clara en este sentido al señalar que “no toda ausencia documental por fuerza debe llevar a la referida declaración de nulidad, sino que, de tan drástica consecuencia han de excluirse-razonadamente- aquellos documentos que se revelen <intranscendentes> a los efectos que la norma persigue”. Por tanto, debemos entender que la documentación debe contener aquella información que permita a los representantes de los trabajadores tener una buena comprensión de la situación de la empresa y les facilite el poder desarrollar propuestas en el periodo de consulta.

Continuando en esta línea, cabe destacar la obligación de las partes de negociar de buena fe, durante el periodo de consultas. La falta de cumplimiento de esta obligación puede dar lugar a la nulidad del despido colectivo y, siendo un concepto con un alto nivel de subjetividad, resulta interesante comprobar cómo las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento han tratado la cuestión. Como sabemos, los esfuerzos de negociación durante el desarrollo del periodo de consultas debe centrarse en analizar las posibilidades de reducir las consecuencias; en este sentido, podemos señalar la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012 (AS 2012/1049), y la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 22 de junio de 2012 (AS 2012/1936), que declaran que, como dicho contenido mínimo no ha sido respetado, el procedimiento se declara nulo.

Como vemos, la reforma ha supuesto en materia de despido un incremento sustancial de la judiciabilidad, tanto de reclamaciones colectivas como individuales. Así, la flexibilización de este tipo de despidos pretendida por el legislador, al prescindir de la autorización administrativa, ha provocado un incremento de litigiosidad, pues se impugnarán judicialmente todos los despidos que no terminen en acuerdo¹⁴². Por tanto, aunque la intención del legislador era limitar el papel del juez en el conocimiento de la causa y evitar que aplique el principio de razonabilidad, parece, que esto no ha sido así, dado que no evitará un control de la medida aplicando criterios de buena fe y razonabilidad; y por el contrario, si se producirá un incremento de procedimientos en los juzgados, lo cual, es lógico pensar que no permitirá conseguir el objetivo planteado por el legislador de transformar el despido colectivo en un instrumento más ágil, rápido y eficaz, que permita fortalecer la facultad del empresario en una gestión empresarial.

Otra cuestión planteada a lo largo del presente estudio ha sido el alcance de la dualidad de regímenes y derechos entre las personas de las Administraciones Públicas según sean funcionarios o laborales. Admitir el

¹⁴² DESDENTADO BONETE, A., "Los despidos económicos tras la reforma de la Ley 3/2012. Reflexiones sobre problemas sustantivos y procesales", Actualidad Laboral, Nº 17-18, 2012, págs.1082 y 1803.

despido colectivo u objetivo para el personal laboral y negar mecanismos de ajuste similares para el personal funcionarios conduce a unos resultados incongruentes: los problemas organizativos o presupuestarios de las Administración los soportarán con la pérdida de su ocupación sólo el personal sometido a contrato de trabajo, y serían inmunes los que tienen un vínculo funcional, al margen de que los dos colectivos hayan adquirido la condición de empleado público por los mismos procedimientos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, e incluso al margen de que los problemas organizativos o presupuestarios de la entidad pública pudieran traer su causa de la ineficiente gestión del personal funcionario.

A pesar de venir recogida la posibilidad de realizar expedientes de regulación de empleo en el Sector Público tras la reforma laboral operada en 2012, muchos autores consideran muy discutible que se puedan tramitar despidos colectivos y objetivos por las Administraciones Públicas, y en todo caso, habría que aplicar las garantías adicionales que contempla el Estatuto Básico del Empleado Público, como es la tramitación de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos, que afecte no sólo al personal laboral sino también al funcionario y se contemple medidas organizativas y no extintivas. Sin embargo existen numerosos planteamientos doctrinales y judiciales que admiten, sin más, la aplicación de las causas del despido colectivo u objetivo a las Administraciones Públicas.

Las diversas opciones interpretativas que se han venido manejando para decidir sobre la aplicación de las causas del despido objetivo o colectivo a las Administraciones Públicas son resumidamente las siguientes:

1.- Aplicación sin más de la legislación laboral, por considerar que en este punto la regulación del empleo público no incide para nada en las medidas de extinción del personal laboral, y resulta plenamente aplicable el art. 51 y 52 del ET.

2.- La aplicación de las causas previstas en la legislación laboral, pero con el presupuesto de que la adopción de las medidas por parte de la

Administración Pública requiere una fase administrativa, vinculada a la formación de la voluntad, que es el terreno en el que opera la legislación administrativa, puramente formal, pero sin abordar las medidas que puede adoptar la Administración ni las causas en las que se tienen que justificar.

3.- Una versión más matizada de la posición anterior, que al margen de las peculiaridades procedimentales de la Administración, si se admite la aplicación de las causas propias del despido colectivo u objetivo, pero con una modulación en su intensidad en tanto que se trata de un administración Pública, lo que permite reconducir el alcance de las causas extintivas a ciertos supuestos más o menos excepcionales u objeto de interpretación restrictiva.

4.- Una última opción interpretativa considera que la aplicación de la legislación laboral, o bien es una posibilidad meramente teórica pero sin plasmación práctica posible en las Administraciones públicas, o directamente no es posible en esta materia por cuanto la regulación del EBEP ha abordado tanto las circunstancias que pueden motivar la reordenación de los recursos humanos, como también las medidas que cabe adoptar, entre las que no se encuentran las medidas extintivas, pues sólo alude a modificación de condiciones de trabajo, y en su caso, a medidas suspensivas. No obstante las tesis que se vienen defendiendo, lo cierto es que, tras la reforma laboral se admite la aplicación del procedimiento de despido colectivo al Sector Público, lo que plantea a su vez numerosos problemas prácticos, sobre todo por la ausencia de previsión en el Reglamento de Procedimiento para los Expedientes de Regulación de Empleo respecto del despido colectivo que afecte al Sector Público.

En definitiva, quienes esperaban haberlo visto todo en el proceso laboral, no imaginaban lo que nos tenía preparado el legislador tras la publicación del RDL 3/2012 en un terreno de tanta sensibilidad social y procesal como es el despido.

BIBLIOGRAFÍA

- **AGRA VIFORCOS, B.**, “Expedientes de suspensión colectiva de relaciones laborales”, AA.VV. Expedientes de regulación de Empleo, Thomson-Civitas, 20019. Madrid, 1996.
- **AGUILERA IZQUIERDO, R.**, “El despido de los representantes de los trabajadores por uso abusivo del crédito horario”, Madrid, 1996.
- **AGUSTÍ MARAGALL, L. Y SERNA CALVO, M.**, “Impugnación judicial de los despidos colectivos en el RDL 3/2012: ¿cuál debe ser el alcance judicial de la causa?”, Revista Aranzadi Social, núm. 1/2012, Ed. Aranzadi S.a., Pamplona, 2012.
- **ALAMEDA CASTILLO, M.T.**, “Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial, Madrid, 2001.
- **ALBIOL MONTESINOS, I.**”La estabilidad de la relación de trabajo en casos de quiebra del empresario”, RPS, núm. 70.
- **ALCAZAR LUJÁN J, Y TÁRRAGA POVEDA, J.**, “ Legitimación activa en la nueva modalidad procesal de despidos colectivos”, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, ISSN 1889-1209, VOL.5,Nº 2, 2012, Págs. 399-401.
- **ALFONDO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M.A.**, “Manual de Derecho del trabajo”, Civitas, 2006.
- **ALFONSO MELLANO, CL.**, “Despido, suspensión contractual y reducción de jornada por motivos económicos y reorganizativos en la Administración Pública”, Bomarzo, 2013.
- **ALMANSA PASTOR, J.M.**, “El despido nulo”, Madrid, 1968,
- **ALMANSA PASTOR, J.M.**, “Forma y efectos de la extinción por causas objetivas” , en Comentarios a las leyes laborales, IX, Madrid, 1983.
- **ALVAREZ ALCOLEA, M.**, “Fundamentación de los expedientes de regulación de empleo en las decisiones administrativas y jurisprudenciales”, Bol. AEDIPE, junio, 1983.
- **ALVAREZ ALCOLEA, M.**, “La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la jurisprudencia”, Cizur Menor, 2005.

- **APILLUELO MARTÍN, M.**, “El despido individual por causa económicas del art 52c) del TRET. Presente y Futuro de la Regulación del Despido”. Aranzadi. 1997
- **ARCE, J.C.**,”La extinción objetiva del contrato de trabajo”, Granada, 1997.
- **ARIAS DOMÍNGUEZ, A Y RODRÍGUEZ MUÑOZ, JM.**, “Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis”, ISBN 9788490598153. Págs. 255-285.
- **ARIAS DOMÍNGUEZ, A.**, “El despido por causas objetivas atinentes al trabajador, Cizur Menos, 2005.
- **BELLIDO ASPAS, M.**, “La reforma laboral efectuada por la Ley 35/2011: modificaciones en las extinciones de Iso contratos”, Aranzadi Social, núm. 3/2011, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2011.
- **BELTRAN DE HEREDIA RUIZ, I.**, “La definición de las “causas de empresa” ex art.51 ET tras la reforma de 2010: un conflicto sin resolver”, Aranzadi Social, núm. 3/2011, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2011.
- **BLASCO PELLICER, A.**, “Los expedientes de regulación de empleo”, Valencia, 2009.
- **BLASCO PELLICER, A.**, “La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012”, Tirant lo Blanch Valencia, 2012.
- **BLASCO PELLICER, A.**, (AA.VV), “Nuevas perspectivas en materia de despido colectivo: aspectos procedimentales”, La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo, La Ley, Madrid, 2012.
- **BOLTAINA BOSCH., X** “Despido, suspensión de contrato y reducción de jornada del personal laboral en las entidades locales, Revista CEMCI, Nº 17- Octubre- Diciembre, 2012.
- **BORRAJO DACRUZ, E.**,”Indemnización o readmisión por despido improcedente o nulo”, El Estatuto de los Trabajadores. Puntos Críticos, Madrid, 1980.
- **BRIONES GONZALEZ, C.**,”La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas”, Madrid, 1995.

- **CABEZA PEREIRO, J.**, “La suspensión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, Revista de Derecho Social, núm. 57, Ed. Nomarzo, Albacete, 2012.
- **CASTRO MARTIN, E.**, “La reducción definitiva de la jornada de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”. Aranzadi Social: Revista Doctrinal, ISSN 1889-1209, Vol. 5,Nº 9, 2013, Págs 107-141.
- **CAVAS MARTÍNEZ, F.**, “El procedimiento de impugnación del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012”. Aranzadi Social: Revista Doctrinal, ISSN 1889-1209, Vol.6, Nº 2, 2013, Págs. 15-37.
- **CAVAS MARTÍNEZ, F.**, “El proceso de despido y otras modalidades procesales individuales en la Ley reguladora de la Jurisdicción Social”. Aranzadi Social: Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, ISSN 2174-7504, Nº 103, 2013, Págs. 183-229.
- **CAVAS MARTÍNEZ, F Y MONTOYA MELGAR, A.**, “Comentario a la reforma laboral de 2010”, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- **CRUZ VILLALÓN, J.**,“Compendio de derecho del trabajo”, 4ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2011.
- **DESDENTADO, A. y DE LA PUEBLA, A.**, “Despido y Jurisprudencia”, Valladolid, 2002.
- **DESDENTADO BONETE, A.**, “Introducción a un debate. Los despidos económicos en España”,Lex Nova Valladolid, 2011.
- **DURAN LOPEZ, F.**, “El despido por circunstancias objetivas y la nueva ordenación del despido”, RPS, núm. 117, 1978.
- **DURAN LOPEZ, F.**, “Análisis de la regulación jurídica-positiva del despido colectivo en España, DL, núm, 22(1987).
- **ENCICLOPEDIA JURÍDICA.**, “La Ley”, Madrid, 2009.
- **FALGUERA BARÓ, MA.**, “La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral”, Bomarzo, 2013.
- **FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.**, “Expedientes de Regulación de Empleo”, Madrid, 1993..

- **FERNÁNDEZ- MOTA MARTOS M^a TERESA**, “Los Expedientes de Regulación de Empleo. En particular los despidos colectivos en la administraciones públicas, Revista CEMCI nº 18 –Enero-Marzo 2013.
- **GARCIA ABELLAN, J.**, “La forma en el despido”, Murcia, 1955.
- **GARCIA ABELLAN, J.**, “El riesgo imprevisible del Contrato de Trabajo”, Murcia, 1959.
- **GARCIA LOPEZ, R.**, “Consideraciones en torno a la figura del despido”, RPS, núm. 143, 1984.
- **GARCIA MURCIA, J.**,”Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales”, REDT, num.52, 1992.
- **GARCIA MURCIA, J Y MARTÍN VALVERDE A.**,”El Despido. Cuestiones Prácticas al hilo de la Reforma Laboral”, Aranzadi, 2012.
- **GARCIA TENA, J.**,”Regulación de empleo. Causas y procedimiento”, Madrid, 1981.
- **GARRIDO GARRIDO, J.**, “El despido objetivo individual por causas económicas”, Universidad Pública de Navarra, Marzo de 2012.
- **GOERLICH PESET, J.M.**, “Nuevas perspectivas en materia de indemnizaciones y otros efectos vinculados a la extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV. La reforma laboral de 2012: nuevas perspectivas para el Derecho del Trabajo, La Ley, Madrid, 2012.
- **GONZÁLEZ BLANCO, ARES.**, “EL nuevo régimen del despido objetivo en el ámbito de las administraciones públicas”, Revista Jurídica de Castilla y León, nº 35 ISSN: 2254-3805, Enero 2015.
- **GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.**, “El Despido: Cuestiones prácticas, jurisprudencia y preguntas con respuesta”, Lex Nova, 1^a Edición 2009.
- **GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.**, “El Despido: Análisis práctico de los aspectos sustantivos y procesales”, Lex Nova, 1^a Edición 2012.
- **GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.**, “Reforma Laboral 2010: notas osbre la causa del despido por necesidades empresariales”, Revista Aranzadi Doctinal, núm. 10/2011, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2011.
- **GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.**, “Control judicial del despido colectivo tas el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero”, Revista Aranzadi Doctinal, núm. 2/2012, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2012.
- **GOÑI, J.L.**, “La reiteración del despido ineficaz”, Pamplona, 1995.

- **GORRELLI HERNANDEZ, J.**, “El coste económico del despido o el precio de la arbitrariedad”, Sevilla, 2012.
- **JON BARRENECHEA Y MIGUEL ANGEL FERRER.**, “El Estatuto de los Trabajadores”. 10ª Edición. 2006
- **JON BARRENECHEA Y MIGUEL ANGEL FERRER.** , “La Extinción del Contrato de Trabajo”. 3ª Edición. 2006.
- **LOPEZ ANIORTE, M.C.**, “La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo”, Murcia, Laborum, 2003.
- **LÓPEZ ANIORTE, M.C.**, “El nuevo régimen jurídico del descuelgue salarial tras la Reforma laboral de 2010”, AAVV, Comentario a la Reforma Laboral de 2010. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas urgentes para la reforma del Mercado de Trabajo, Civitas Thomson Reuters, 2011.
- **LÓPEZ ANIORTE, M.C.**, “El descuelgue salarial”, AAVV, Aspectos Laborales de la Reestructuración Empresarial, Aranzadi Thomson Reuters, 2011
- **LOPEZ ANIORTE, M.C.**, Concurrencia de convenios y atomización de la negociación colectiva, Ediciones Laborum, Murcia, 2015 (<https://digitum.um.es/xmlui/handle/10201/45173>; fecha de consulta: 23 de octubre de 2015).
- **LÓPEZ LÓPEZ, J.**, “La aplicabilidad de la norma comunitaria al ordenamiento español: la directiva de 17 de febrero de 1975 sobre despido colectivo, REDT, núm 27, 1986.
- **LOPEZ TARRUELLA, F.**, “La venta judicial como supuesto específico de sucesión de empresa”, AL, núm. 1980.
- **LUJAN ALCARAZ, J.**, “Flexiguridad”, **Aranzadi Social, ISSN 1131-5369, Nº 5,207, PÁGS.1019-1038.**
- **LUIS CARRASCO, J.M.**, “Causas económicas justificativas del despido objetivo: interpretación en la segunda fase”, Aranzadi Social, núm. 4/2012, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona, 2012.
- **MANERIO VÁZQUEZ**, “La nueva modalidad procesal del despido colectivo tras la reforma laboral de 2012”, Actualidad Laboral, nº 3, 2013.

- **MARTÍN JIMÉNEZ, R.**, “Despido por causas objetivas y expedientes de regulación de empleo”, en AA,VV. La REFORMA LABORAL DE 2010, Thomson- Aranzadi, Navarra, 2010.
- **MARTÍN JIMÉNEZ, R Y SEMPERE NAVARRO, A.V** “Aspectos laborales de la reestructuración empresarial”, Thomson Reuters/Aranzadi, Navarra, 2011.
- **MARTÍN JIMÉNEZ, R.**, “Claves de la reforma laboral de 2012”, Thomson Reuters- Aranzadi, 2012.

- **MARTÍN MORETA, ME.**, “La autorización administrativa en el despido colectivo. La supresión de la autorización administrativa de los despidos colectivos”, Aranzadi Social: Revista Doctrinal, INSSN 1889-1209, Vol.5, Nº, 2013, PÁGS 341-346.
- **MARTIN VALVERDE, A.**, “Continuidad de las relaciones de trabajo en la casos de venta judicial de los bienes de la empresa”, CDT, núm. 0.
- **MARTINEZ EMPERADOR, R.**, “Despido discriminatorio y recursos de amparo constitucional”, Bol. AEDIPE, Junio 1982.
- **MERCADER UGINA, J.R. Y DE LA PUEBLA PINILLA, A.**, “Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- **MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL**, " Memoria del análisis impacto normativo: Proyecto del Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada”, Madrid, 22 de Mayo de 2012.
- **MONEREO PEREZ, J.L.**, "Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario”, Madrid, 1984.
- **MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.**," El despido colectivo en el derecho español”, Pamplona, 1997.
- **MONEREO PEREZ, J.L. y FERNANDEZ AVILES, J.A.**," El despido colectivo y sus elementos configuradotes tras las recientes reformas”, Valencia, 2012.
- **MONTOYA MELGAR, A.**, "La estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo en España”, en Estudios de Derecho individual del Trabajo en homenaje del profesor Mario L. Deveali, Buenos Aries, 1979.

- **MONTOYA MELGAR, A.**, "La estabilidad en el empleo: la regla y sus excepciones", REDT, NÚM. 10, 1982.
- **MONTOYA MELGAR, A.**, "La estabilidad en el empleo y la reforma socialista del Estatuto de los Trabajadores", REDT, NÚM. 76, 1984.
- **MONTOYA MELGAR, A.**, "La extinción del contrato", en F. Durán, A. Montoya y t. Sala: El ordenamiento laboral español y los límites de la autonomía de las partes y a las facultades del empresario, Madrid, 1987.
- **MONTOYA MELGAR, A.**, "Derecho del Trabajo", Editorial Tecnos, 28ª Edición. 2009.
- **MONTOYA MELGAR, A.**, "Derecho del Trabajo", Editorial Tecnos, 2012.
- **MONTOYA MERGAR, A.**, "Comentarios a la reforma laboral de 2012", Civitas Thomson-Reuters, Madrid, 2012.
- **MONTOYA MELGAR, A.**, "Aspectos de la política de empleo: la nueva regulación de los expedientes de regulación de empleo", CDT, Núm. 0.
- **MONTOYA MELGAR, A.**, "Derecho Laboral Concursal", Thomson/ Reuters, Cívitas, 2013.
- **MONTOYA MELGAR, A.**, "Derecho del Trabajo", Editorial Tecnos, 3ª Edición, 2014.
- **MULA GARCÍA, A.**, "La calificación de nulidad de los despidos discriminatoria", BIT, núm 0, 1982.
- **MULA GARCÍA, A.**, "Sobre la Directiva CEE de 17.2.75, relativa a los despidos colectivos", DL, núm 13, 1984.
- **MUÑEZ SAMPER, A.**, "Extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas, económicas y objetivas en el Estatuto de los Trabajadores", Puntos críticos, Madrid, 1980.
- **OJEDA AVILES, A.**, "Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley", RL, núm 24, 1987.
- **ORTEGA PRIETO, E Y ORTEGA FIGUEIRAL, E.**, "La reforma Laboral 2012", CISS, 2012.
- **PRACTICA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL.** Lex Nova. 2007.
- **PALOMAR OLMEDA, A.**, "El estatuto básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local. Granada: Cemci, 2007.

- **PALOMEQUE LÓPEZ , M.C.**, “ Legitimación activa para la incoación del expediente en crisis”, RPS, NÚM 93.
- **PALOMEQUE LÓPEZ , M.C.**, “ Despidos discriminatorios y Libertad Sindical”, Madrid, 1983.
- **PALOMEQUE LÓPEZ , M.C.**, “ La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio moderno laboral” en AAVV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. Y MERCADER UGUINA, J.R. (dir)) La regulación del Mercado Laboral, Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto- ley 20/2012, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2012.
- **PARADA, R.**, “Comentarios sobre la reforma laboral”, Jurisdicción Social. Revista on-line de la Comisión Social de Jueces para la Democracia, núm. 117, 2012 (http://www.juecesdemocracia.es/pdf/REVISTA/Extraipd_num_117.pdf; fecha de consulta: 21 de octubre de 2015).
- **PEDRAJAS MORENO, A.**, “ Despido y derechos fundamentales”, Madrid, 1992.
- **PÉREZ ALCARAZ, S.**, “Despido objetivo por causas organizativas y productivas durante la vigencia de un ERE suspensivo. La conducta del “buen comerciante” como parámetro de fiscalización judicial de la decisión extensiva empresarial”. Aranzadi Social: Revista Doctrinal, ISSN 1889-1909, Vol.4, Nº 9, 2012, págs. 95-105.
- **PÉREZ ÁMOROS, F.**, (dir) “La extinción del contrato de trabajo”, Albacete, 2006.
- **PÉREZ BOTIJA, E.**, “Naturaleza del despido”, en Naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo, Madrid, 1943.
- **PUEBLA PINILLA, A.**, “Procedimientos de regulación de empleo: adaptaciones, ajustes e intervención de la Administración, Revista Relaciones Laborales, num.18, Ed. La Ley, Madrid, 2011.
- **RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.**, “Extinción por causas objetivas”, en Comentarios a las leyes laborales, IX, Madrid, 1943.
- **RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.**, “Regulación del despido, protección de la estabilidad y política de empleo en los países de la CEE”, en Hacia un modelo democrático de las relaciones laborales, Zaragoza, 1980.

- **REY GUANTER, S.**, “Los Despidos por causas empresariales y fuerza mayor”, RL, núms. 17-18, 1994.
- **RIERA VAYREDA, C.**, “El despido nulo”, Valencia, 1999.
- **RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA, J.**, “De la rigidez al equilibrio flexible”, Madrid, 1994.
- **RODRIGUEZ SAN BARTOLOMÉ, F.A.**, “El despido por causas objetivas y la reforma laboral: antecedentes, régimen jurídico de referencia y perspectivas tras la reforma laboral de 2010”, Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, Núm .344, Madrid, 2011.
- **RODRIGUEZ PIÑERO, M.**, “El régimen jurídico del despido y Real Decreto de 22.7.1928”, RPS, núm. 74.
- **RODRIGUEZ PIÑERO, M.**, “El despido en la II República”, en Estudios en homenaje al Prof. Giménez Fernández, II, Sevilla, 1967.
- **RODRIGUEZ-SAÑUDO, F.**, “El despido por causa objetivas en la Europa Comunitaria en España”, Hacia un modelo democrático de las relaciones laborales, Pamplona, 1980.
- **RUSSOMANO, M. V.**, “La estabilidad del trabajador en la empresa”, Mexico, 1981.
- **SAGARDOY BENGUEDREA, J.A.**, “El despido laboral y los expediente en crisis”, Bilbao, 1969.
- **SAGARDOY BENGUEDREA, J.A.**, “La terminación del contrato”, Madrid, 1980.
- **SALA FRANCO, T.**, “Real Decreto 1483/2012, de 25 de Octubre, por el que aprueba el Reglamento de procedimiento de despido colectivo, suspensión de contrato y reducción de jornada”, boletín laboral, Abdón Pedradas & Molero.
- **SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO (FAC. DERECHO UNIV. COMPLUTENSE)**, “Diecisiete lecciones sobre causas de despido”, Madrid, 1969.
- **SEMINARIO DE DERECHO DEL TRABAJO (FAC. DERECHO UNIV. COMPLUTENSE)**, “Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión, desempleo”, Madrid, 1970.

- **SELMA PENALVA, A.**, “La configuración de las causas productivas en el despido objetivo después de las últimas reformas normativas”, Nueva Revista Española de Derecho Del Trabajo, Nº 177, 2015.
- **SELMA PENALVA, A.**, “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura”, Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica española de derecho del trabajo, Nº 11, 2014.
- **SEMPERE NAVARRO, A.V.**, “La fijación de la indemnización en los Expedientes de Regulación de Empleo”. RDET, núm. 19, 1984.
- **SEMPERE NAVARRO, A.V. (VVAA).**, “El Despido: Aspectos Sustantivos y Procesales”. Aranzadi, Pamplona, 2004.
- **SEMPERE NAVARRO, A.V.**, “El Despido”. 2ª Edición Cizur Menor, 2004.
- **SEMPERE NAVARRO, A.V. (VVAA).** “El Despido”. Aranzadi, Pamplona, 2009.
- **SEMPERE NAVARRO, A.V. (VVAA).** “La extinción del contrato de trabajo”. Aranzadi, Pamplona, 2011.
- **SEMPERE NAVARRO, A.V Y MARTÍN JIMÉNEZ R.**, “Claves de la Reforma Laboral de 2012”, Aranzadi, 2ª edición 2012.
- **SUAREZ GÓNZALEZ, F.**, “Concepto Teórico- jurídico del despido”, RPT, 1961.
- **TARRAGA POVEDA, J.**, “Reformas procesales: Análisis del Real Decreto. Ley 3/2012, de 10 de Febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.”. Coord, por Faustino Canas Martínez, 2012, ISBN 978-84-92602-49-0, págs 203-238.
- **VALLE VILLAR, J.M.**, “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”, Madrid, 1996.
- **VAZQUEZ GONZALEZ, I.**, “ El informe de la Inspección de Trabajo en las casos d extinción de las relaciones laborales por causas técnicas, económicas, o de fuerza mayor.....”, RDET, NÚM 4, 1980.