

NUEVOS CAPÍTULOS DE UNA REFORMA LABORAL SIN LÍNEAS ROJAS: QUÉ HAY DE NUEVO EN EL RDL 11/2013

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

EXTRACTO

Las quejas de los empresarios, canalizadas a través de los despachos de abogados que los representan, por las disfunciones aplicativas de la reforma laboral en sede judicial, han llevado al Gobierno a introducir modificaciones en las diversas leyes laborales para dar satisfacción a sus pretensiones. Ese es el objetivo principal, junto al nuevo régimen de protección social del trabajo a tiempo parcial, obligado por el cumplimiento de sentencias del TJUE y del TCO español, del RDL 11/2013, de 2 de agosto, por lo que este estudio ofrece un detallado análisis de las razones que justifican los diversos cambios y los principales problemas aplicativos que suscitarán.

Palabras claves: mercado de trabajo, reforma laboral, trabajo a tiempo parcial, despidos colectivos y protección por desempleo.

Fecha de entrada: 01-09-2013 / Fecha de aceptación: 03-09-2013

NEW CHAPTERS OF SPANISH LABOUR REFORM «WITHOUT RED LINES»: WHAT'S NEW IN THE RDL 11/2013

Cristóbal Molina Navarrete

ABSTRACT

Complaints from employers, channeled through the law firms that represent them, by the dysfunctions applicative labor reform in court, have prompted the government to make changes in the various labour laws to satisfy their claims. That is the main objective, next to the new social protection system work part-time, required for compliance with ECJ rulings and Spanish TCO, the RDL 11/2013, of August 2. This study provides a detailed analysis of the reasons for the various changes and major applications which would create problems.

Keywords: labour market, labour reform, part-time work, collective redundancies and unemployment protection.

Sumario

1. Introducción: «todo depende del color del cristal con que se mire»
2. Una visión panorámica de la re-reforma laboral 2013: fines confesados, no confesados y principales puntos críticos de su contenido
 - 2.1. Una aproximación funcional: claves de comprensión del conjunto de novedades de la re-reforma laboral más allá del nuevo Preámbulo-cuento
 - 2.1.1. La re-reforma como reacción a la praxis judicial: ¿diálogo u hostilidad entre el Gobierno y la jurisprudencia?
 - 2.1.2. La eufemística justificación de buena parte de las re-reformas en mejoras técnicas de seguridad jurídica y de lucha contra el fraude: ¿seguridad jurídica para quién?
 - 2.2. Una visión a vuela pluma del conjunto de novedades socio-laborales: resumen de los principales puntos críticos
3. Una reforma laboral indirecta para el fomento del «empleo a tiempo parcial»: la equidad de protección social como medida de incentivo
4. Las novedades en materia de políticas de empleo: entre la «activación» del desempleado y el control disciplinario como defraudador potencial
 - 4.1. Los cambios en el control de los beneficiarios de la protección por desempleo: la lucha contra el fraude social como pretexto
 - 4.1.1. Planteamiento general: el control disciplinario como presupuesto de la política de corrección del fraude social
 - 4.1.2. Los requisitos de acceso y conservación del derecho a la prestación: ¿es nueva la exigencia de «inscripción como demandante de empleo»?
 - 4.1.3. La obligación de comunicación y la necesidad de autorización previas para la salida al extranjero: ¿se reconoce el «derecho a vacaciones de los desempleados»?
 - 4.1.4. «Más madera» para la prevención del fraude: el reforzamiento de los poderes de suspensión «cautelar» del derecho a la prestación
 - 4.1.5. Cambios de coherencia reguladora: modificaciones de la normativa sancionadora social para reforzar los «nuevos» deberes formales de los beneficiarios
 - 4.1.6. El «pago» de una «deuda histórica»: la devolución de una competencia a las comunidades autónomas «expropiadas» por el precedente Gobierno popular
 - 4.2. Nuevos cambios en materia de privatización de la intermediación laboral: las nuevas «alas» al sector de la subcontratación entre agencias privadas de colocación
 - 4.3. Al menos una buena noticia: la prórroga automática del Plan PREPARA

5. Las modificaciones en materia laboral: las nuevas reglas de «seguridad» para la consulta en los procedimientos de flexibilidad negociada
 - 5.1. Las re-reformas orientadas a «embozar» el «molesto» periodo de consultas: las «nuevas» reglas de constitución y funcionamiento de la comisión negociadora
 - 5.2. El desplazamiento del modelo de proporcionalidad representativa sindical por el del «número de trabajadores»: ¿a quién beneficia?
 - 5.3. Las reformas de los procedimientos de gestión negociada de la flexibilidad interna en situaciones concursales
 - 5.4. Reformas estrictamente exigidas por la coherencia entre la norma sustantiva y las normas sancionadoras
 - 5.5. Los cambios orientados a reducir el pretendido formalismo de la información exigible y, sobre todo, de la aplicación jurisdiccional: creencia interesada versus razón práctica
 - 5.5.1. La ansiada búsqueda de una regulación contraria al formalismo: la evolución judicial hacia el antiformalismo
 - 5.5.2. La liberación de los grupos multinacionales de la obligación de presentar cuentas consolidadas: una extraña forma de incentivar su establecimiento en España
 - 5.5.3. Nuevas precisiones sobre la comunicación a la autoridad laboral
 - 5.6. Las novedades en el procedimiento judicial de impugnación del despido colectivo: el acoso, pero todavía no derribo, de la nulidad del despido
 - 5.6.1. Los cambios en aras de una menor posibilidad de impugnación: la precisión del periodo de caducidad de la acción de despido
 - 5.6.2. El gusto por el estéril nominalismo legislativo: ¿incluir el adverbio «únicamente» en el texto legal reducirá la función judicial a pura «boca de la Ley»?
 - 5.6.3. Novedades en materia de coordinación entre la dimensión colectiva y la individual: entre el «miedo a lo individual» y el imperativo de racionalidad socioeconómica
 - 5.6.4. La corrección legislativa de una jurisprudencia errada: el carácter declarativo de la sentencia condenatoria a la nulidad del despido
6. Reflexión final: ¿sostenella y no enmendalla para qué?

1. INTRODUCCIÓN: «TODO DEPENDE DEL COLOR DEL CRISTAL CON QUE SE MIRE»

El mercado de trabajo español vive uno de los periodos más convulsos de su historia. Pese a haberse adoptado una de las reformas laborales más liberalizadoras de cualquier país de Europa, «agresiva», como la calificara el ministro de economía en su día, y desequilibrada, pues pone el acento en la productividad de la mano de obra sobre sus garantías, lo cierto es que desde que se adoptara se han generado más de 600.000 nuevos desempleos, a sumar a la millonaria serie de años anteriores. En consecuencia, no solo no se ha creado más empleo con la reforma laboral de 2012 sino que ha seguido creciendo su destrucción, hasta el punto de que hoy aumentarían más los ERE extintivos que los suspensivos. Para muchos esta situación confirmaría el fracaso de la reforma laboral, si bien el camino a seguir divergiría, pues para un sector, el más favorable a los intereses empresariales, hay que persistir en las mismas recetas, intensificándolas y siendo más ambiciosos aún en el proceso liberalizador, mientras que para otros sectores, más favorables a los intereses de protección laboral y ocupacional, sería necesario todo un cambio de rumbo, una rectificación de las medidas de reforma laboral.

Por supuesto, todos aceptan que es inaceptable a día de hoy la incapacidad para crear empleo que muestra nuestra economía, evidenciando las enormes limitaciones de las políticas activas de empleo a tales efectos, agotadas en sus técnicas y recortadas en sus presupuestos, ya limitados prácticamente solo a la dudosa técnica de las bonificaciones sociales, al tiempo que se evidencia igualmente la menor protección social a los desempleados, pues es cada vez menor la tasa de cobertura –ahora apenas llega al 60%– y menores las cuantías. Pero, una vez más, las recetas para hacer frente a estos problemas se muestran opuestas: unos apuestan por intensificar los recursos dedicados a las políticas de empleo, tanto activas como «pasivas» –garantía de renta–, pues las primeras reducen el número de desempleados –con lo que se ahorra en prestaciones– y las segundas mantienen el consumo –lo que aumentaría la producción y, por tanto, el empleo, con lo que se ahorraría en prestaciones–, y otros entienden que hay que gestionar mejor las políticas actuales, de modo que se dé más espacio a la gestión privada y al control de los desempleados, todos potenciales defraudadores.

Pues bien, en esta pugna, agria e ideologizada en extremo, el sorpresivo y veraniego *RDL 11/2013, de 2 de agosto*, se inclina claramente en una dirección de nueva vuelta de tuerca de la norma laboral a favor del principio pro empresario como presunta vía para crear empleo. La re-reforma recoge básicamente la voz de quienes –del lado empresarial– reclaman corregir las desviaciones interpretativas –judiciales– de la inicial reforma.

Con el pretexto de una reforma del mercado de trabajo a tiempo parcial, si bien desde la protección social, necesaria para cumplir estrictamente con la posición fijada por decisiones judiciales, constitucional y comunitaria, y consensuada con los interlocutores sociales, se ha aprovechado para introducir una nueva fase del proceso de intensa y continuada devaluación de las condiciones de vida y de trabajo de quienes viven en España, en aras de la recurrente mejora de nuestra competitividad perdida. Para ello se modificarán parcialmente un buen número de «leyes laborales», no solo del Estatuto de los Trabajadores –ET–, aunque esta última sea la norma más afectada por esta «re-reforma laboral», que es la tercera ya desde 2012 –debe tenerse en cuenta la que afecta a la contratación de jóvenes en virtud del RDL 4/2013 primero y luego la Ley 11/2013 después–. Cierto, no tiene, al menos de forma directa, toda la potencia de carga contra lo que resta de las instituciones jurídico-laborales clásicas auspiciada por las instituciones que (des)gobiernan la economía –FMI, Comisión Europea, Banco Central Europeo, Banco de España–. Si por ellas hubiera sido, y dando pábulo a una de las cuestiones más relevantes en este tedioso estío, se hubieran introducido reformas de calado en orden a una más rápida, intensa y extensa devaluación salarial en España, adicional a la ya actualizada en nuestro país tras la reforma originaria de 2012. En cambio, de momento, se ha querido dar una imagen de reforma de mera «clarificación» del sentido perseguido con los cambios por el Gobierno, mediante una «serie de retoques de menor cuantía» en la reforma laboral de 2012 que corrijan, como se decía, las principales «desviaciones» entre la comprensión judicial de los cambios y la interpretación «auténtica» del Gobierno-legislador.

Es importante esta reseña porque no se puede comprender este RDL, en especial en sus aspectos socio-laborales, que son los aquí comentados, pero no solo, sin este binomio de «acción judicial-reacción legislativa». Cualquiera que haya estado atento a la prensa económica especializada encontrará en ella las claves principales de las reformas pretendidamente de mera «clarificación» que ahora se introducen, pues buena parte de ellas responden a las quejas planteadas por las empresas, y sus asesores jurídicos más reconocidos, por los «obstáculos» que estaban encontrando en la acción judicial para un pleno despliegue de buena parte de los efectos radicalmente liberalizadores de la reforma laboral en su formulación textual legislativa. El RDL 11/2013 introduce, de este modo, gran parte de las correcciones solicitadas no ya solo por los empresarios, sino también por la Comisión Europea y por la OCDE, o el FMI, si bien estas aún piden ir más allá en la mutación liberalizadora del mercado de trabajo español, para lo que ya se prepara un Informe al respecto por la OCDE¹.

De este modo, aceptado que sin crecimiento económico la reforma laboral de 2012, y sus continuas secuelas en los años sucesivos, resulta un gran fracaso para los fines confesados, la

¹ Vid. la referencia al Informe sobre el mercado de trabajo realizado por el Ministerio de Empleo y de Seguridad Social a partir de sus conversaciones –diálogo– con los grandes empresarios y sus bufetes asesores y de gestión, cuyo contenido habría inspirado lo principal del RDL 11/2013 en el ámbito laboral, en *Expansión*, viernes 19 de julio de 2013, pág. 21.

creación de empleo y la estabilidad del mismo, ahora se quería garantizar que el notable éxito logrado en aquellos ocultados, la devaluación salarial y la reducción de plantillas como vía para la mejora de la competitividad, no encuentren en los jueces ninguna barrera seria. Esta dialéctica entre lo que se dice pretender y lo que realmente se busca marcará también el contenido de este último, hasta ahora claro, real decreto-ley de la saga de los llamados a combatir la crisis, aunque encubridores de otros objetivos bien diferentes, y más demoledores. Así, el RDL 11/2013, pese a proponerse como fin principal –aunque también aproveche para incluir mejoras en la protección de las víctimas de accidentes ferroviarios, al triste calor del impresionante siniestro del AVE en Galicia– ofrecer un sistema más favorable de protección de Seguridad Social a los trabajadores a tiempo parcial, ha aprovechado la pluma veraniega del legislador para modificar también varios artículos del ET que, fruto de la tan celeberrima reforma laboral 2012, tienen en su mayoría un denominador común: facilitar mucho más aún la «flexibilidad externa», no la interna como se suele predicar, de las empresas a través de agilización de los procedimientos de regulación de empleo, incluyendo un nuevo intento –que será estéril, ya lo adelanto– de recorte del control judicial, en virtud de la acotación tanto de la documentación a entregar en el periodo de consulta como, sobre todo, de los supuestos legales de calificación como nulos de los despidos colectivos.

Pero, en todo caso, no es suficiente. Y hay una auténtica campaña de provocación al Gobierno español para que siga en esa senda con más ambición, estableciendo una relación causal tan falsa en el plano de la razón como difundida en el plano del pensamiento ideológico dominante. No obstante, esta será otra historia que seguramente pronto tendremos que contar en estas páginas². Ahora interesa conocer los entresijos de la dimensión socio-laboral del ya vigente RDL 11/2013, a fin de saber si, en efecto, a partir de su aplicación efectiva por los Tribunales (duplica o contra-reacción judicial a la réplica o reacción legislativa), la transición promovida desde un modelo de autorización administrativa de despido colectivo a un sistema de control judicial resuelve definitivamente las disfunciones que presentaría a juicio de la patronal y que explican la nueva modificación de esta importante materia.

Una reforma que, como es natural, cuenta con la más firme oposición sindical, que ya ha movido ficha para su impugnación en los Tribunales. De ahí la importancia de un conocimiento sucinto, pero suficiente, de los nuevos contenidos de los procedimientos de gestión flexible del trabajo, sobre todo extintiva.

² Las sorprendentes «revelaciones» de la ministra de empleo, que promete reducir en breve las pretendidamente 45 modalidades de contratos actuales a 5 –indefinido, temporal, de relevo, en prácticas y para la formación–, o sea los mismos que hay ahora realmente –si dejamos fuera el sistema de ordenación por incentivos del Servicio Público de Empleo Estatal–, muestran esta dirección de continua reforma, más propagandística que útil. *Vid.* comparecencia en el Parlamento de la ministra el 29 de agosto de 2013.

2. UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LA RE-REFORMA LABORAL 2013: FINES CONFESADOS, NO CONFESADOS Y PRINCIPALES PUNTOS CRÍTICOS DE SU CONTENIDO

2.1. UNA APROXIMACIÓN FUNCIONAL: CLAVES DE COMPRENSIÓN DEL CONJUNTO DE NOVEDADES DE LA RE-REFORMA LABORAL MÁS ALLÁ DEL NUEVO PREÁMBULO-CUENTO

2.1.1. La re-reforma como reacción a la praxis judicial: ¿diálogo u hostilidad entre el Gobierno y la jurisprudencia?

La singularidad o excepcionalidad, en el plano teórico, claro, de la técnica legislativa elegida para dar una nueva vuelta de tuerca más a la reforma laboral de 2012, el real decreto-ley, lleva al Gobierno-legislador a realizar un notable esfuerzo de explicación y justificación de la «extraordinaria y urgente necesidad» de las medidas adoptadas que exige el artículo 86 de la CE. Queda claro que una lectura sosegada de las diferentes medidas evidencia que en la mayor parte de ellas no concurren tales circunstancias, al tiempo que otras muchas cuestiones de cierto relieve en el texto reformador no encuentra la debida justificación legislativa, con lo que se produce una cierta opacidad sobre el sentido y alcance de los cambios. De ahí que en este trabajo se intente desvelar esa justificación y poner de manifiesto su incidencia práctica.

Pero no son estas deficiencias por defecto las que ahora más nos interesa destacar. Lo más reseñable es que, siguiendo una pauta común de las normas que se vienen aprobando en los dos últimos años para hacer frente, pretendidamente, a la crisis económica y en aras de la mejora del nivel de empleo, el RDL 11/2013 explica en el preámbulo las razones y fines de la regulación dando énfasis a ciertos objetivos que, en realidad, difuminan más bien los motivos auténticos de la regulación que se reforma. En este sentido se presenta, tanto por la técnica elegida como por la argumentación exployada, como necesaria y urgente, y además en buena medida como «dialogada» socialmente, cuando menos.

Sin embargo, lo cierto es que buena parte de sus contenidos, sobre todo los cambios en la legislación laboral, carecen de acuerdo mínimo, incluso son objeto de una fuerte contestación sindical, que ya ha anunciado su recurso ante los Tribunales, primero ordinarios, mediante la impugnación de las reformas en normas reglamentarias y luego, indirectamente, a través de aquellos, ante el TCO³. En realidad, sí que reflejan una «acción comunicativa» entre el Gobierno y otros

³ De ahí la agria crítica sindical que en una nota de prensa han denunciado tanto las formas como el fondo del texto normativo. En el primer caso por haber omitido la consulta previa con los agentes sociales. En el segundo, por eventual vulneración de los artículos 14 y 28.1 de la CE. Lo que supone anunciar la interposición de una demanda ante el TS respecto a la modificación del RD 1483/2012, a través de la cual solicitar que el TS plantee una Cuestión de Inconstitucionalidad por vulneración de tales preceptos. Para la lectura sindical de la nueva vuelta de tuerca a la re-

«poderes jurídicos», en particular el de los Tribunales de Justicia, en todos sus ámbitos –comunitario, constitucional, ordinario–, pero en ocasiones esa comunicación es de tipo «*dialógico*», esto es, concurren en una misma dirección la posición judicial y la legislativa, y en otros, en cambio, es «*hostil*», de modo que el texto legal reacciona contra la opción judicial a fin de cerrarle posibilidades interpretativas del texto legal contrarias a la voluntad del Gobierno, claramente favorable a una liberalización de la gestión empresarial. Esta «hostilidad», y por tanto la ausencia de un auténtico diálogo comunicativo entre los diversos sujetos jurídicos implicados en el proceso de producción de la norma socio-laboral, es evidente no ya solo por la propia contestación sindical de la re-reforma laboral, por tanto de todo aquello que no sea el nuevo régimen de protección social del trabajo a tiempo parcial, que sí ha sido consensuado, sino de la propia voluntad gubernamental filtrada, eso sí, de una forma sutil, de reducir el abanico de posibilidades interpretativas –reducción hermenéutica– que todo texto legal abre siempre al juez.

Como se recordará, la función jurisdiccional consiste en aplicar las leyes a través de la atribución de sentido a las mismas, siendo esa función exclusiva de los Tribunales –art. 117 en relación al art. 24 CE–. Al juez le corresponde, por función constitucional, hacer de un texto legal una norma socialmente practicada, la real, la norma viva y no de forma aislada, sino en un marco global, de Derecho, que le permita responder coherente y eficazmente a la solución de los problemas. Para el Gobierno-legislador, sin embargo, esta función constitucional deja un excesivo margen de intervención correctora de sus designios a los jueces, que convendría se redujera. No duda en alguna ocasión en evidenciar esta voluntad de forma explícita.

Es verdad que ha buscado vincular tal declaración expresa a cuestiones en las que puede existir mayor consenso social; no cabe duda de que proyecta una convicción generalizada que, por razones manifiestas, no se ha atrevido a plasmar de ese modo. En efecto, en relación con una de las medidas adoptadas en la omnipresente lucha contra el fraude en las prestaciones de desempleo –lucha contra el fraude social–, otro de los ejes de esta re-reforma, como luego se analizará con más detalle, agrandando hasta el infinito la ya legamente extendida imagen de los desempleados, de todos en general, como «potenciales defraudadores», el legislador pone de manifiesto que su finalidad es «evitar *interpretaciones no queridas de la norma* que se están produciendo actualmente en los supuestos de altas comunicadas fuera de plazo» –*vid.* EM, punto III, pág. 56.599–. Ciertamente, esa formulación abre un enigma, pues habría que preguntarse ¿para quiénes no son queridas tales interpretaciones jurídicas? En un lugar más oportuno quedará despejado, pero ahora interesa destacar que trasluce un propósito general.

forma laboral con ella se habrían modificado «las previsiones legales clásicas sobre el nombramiento de las comisiones negociadoras en representación de los trabajadores, sustituyendo el criterio de la representatividad sindical por el del número de trabajadores de los centros afectados, lo que puede conllevar que los representantes no sindicalizados desplacen a los sindicales en la negociación de las medidas de flexibilidad tanto internas como externas, con posible violación del derecho de libertad sindical...». Por su parte, el sindicato vasco ELA-STV también llama la atención críticamente sobre el intento de reducción de las causas de nulidad de los ERE, recordando que ya avisó de la reacción negativa del Gobierno a las sentencias que declaraban la nulidad pues es lo que pedía CONFEBASK, integrante de la CEOE, cuando afirmaba que la función de los jueces no puede ser la de enmendar la voluntad empresarial de reestructuración-reajuste de plantillas.

Según tendremos oportunidad de visualizar con mucho más detalle en estas páginas, el Gobierno-legislador está pensando que esa fórmula sirve para comprender el sentido preciso de todas las re-reformas de la materia laboral propiamente dicha, porque prácticamente en todas ellas está en juego la corrección de la interpretación judicial no querida por el legislador de la reforma de 2012 o, mejor dicho, de las interpretaciones no queridas por los empresarios y que el Gobierno-legislador asume como propias y las pretende desterrar de la praxis judicial mediante el cambio de la «palabra de Ley». En gran medida, pues, y al margen del sentido de la política del derecho socio-laboral que asume, claramente orientado hacia uno de los lados de la relación entre empresario y trabajador, la regulación que analizamos peca en exceso de un vicio más general de técnica legislativa, cual es legislar «a golpe de sentencia» –tanto en el ámbito laboral como fuera de él (recepción de recientes sentencias del TJUE en materia de regulación ferroviaria, por ejemplo)–. Es verdad que en unos casos esa reacción es positiva y refleja una clara mejora o un progreso cierto de la justicia social de la regulación –como sucede en relación con el nuevo régimen de cómputo del periodo de carencia necesario para optar a una pensión por los trabajadores a tiempo parcial–, pero incluso en estos supuestos revela una mala práctica legislativa, por su carácter reactivo y fragmentado.

Además, y esto es más grave aún, se legisla también «a golpe de infortunios» o de «desgracias», sean accidentales, sean naturales, sean sociales. Este otro vicio revela que no hay un proyecto coherente de ordenación de las condiciones de vida para la ciudadanía en estas Leyes, menos en este Derecho atropellado y de aluvión que se vierte a diario en las páginas del Diario oficial, manteniendo prácticamente irresolutos buena parte de los graves problemas que dice buscar resolver.

En este sentido, y aunque no es objeto de nuestro comentario, que se limita a las materias socio-laborales del RDL, sin duda las más relevantes, aunque no las únicas, especial interés tiene la aprobación de una medida «que pretende ir más allá de los mínimos regulados en el Reglamento Europeo 1371/2007 sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril y que servirá de base para avanzar en todos los sistemas de protección y aseguramiento de los viajeros». Las modificaciones legales remiten al desarrollo reglamentario urgente, ya materializado, «puesto que, aunque la cobertura a través de los seguros es suficiente, debe producir sus efectos de forma inmediata». ¿Y no lo era antes? Es evidente la influencia del drama social vivido en el accidente de Santiago de Compostela el 24 de julio pasado, como reconoce expresamente el legislador, evidenciando su oportunismo⁴.

2.1.2. La eufemística justificación de buena parte de las re-reformas en mejoras técnicas de seguridad jurídica y de lucha contra el fraude: ¿seguridad jurídica para quién?

Ahora bien, es manifiesto que esta voluntad gubernamental de corregir las lecturas no queridas de los textos de reforma laboral, por no ajustarse al sentido productivista buscado, exige alguna

⁴ La urgencia de la medida relativa al sector ferroviario se justifica en el cumplimiento de la STJUE de 28 de febrero de 2013, y para otras en la necesidad de modificar la normativa para garantizar una mejora de los mecanismos de asistencia y apoyo a las necesidades de las víctimas de accidentes y sus familiares, necesidad que se ha puesto de manifiesto por «el trágico accidente acaecido en Santiago de Compostela el pasado 24 de julio».

forma de filtro para eludir los imperativos tanto de separación de poderes –art. 117 CE– cuanto de la tutela judicial efectiva –art. 24 CE–. En efecto, el fin de la reducción del control judicial sobre las decisiones empresariales de gestión del trabajo no se puede lograr de una forma directa, por el blindaje que ofrece el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, protegido tanto en el Derecho Social Internacional como en el Derecho Comunitario, por tanto no disponible para el legislador. De ahí la necesidad de hallar vías indirectas y más aceptables jurídica y socialmente.

A este respecto, mostrándose coherente con dos ejes cardinales de todas las reformas basadas en la política de austeridad en el gasto social y flexibilidad en la gestión empresarial del factor trabajo, dos serían los objetivos básicos perseguidos confesados por el RDL 11/2013:

- a) Favorecer la «seguridad jurídica» en la regulación-aplicación de la norma socio-laboral.
- b) Potenciar el control de los desempleados a fin de «reforzar la lucha contra el fraude en el cobro de las prestaciones».

En lo que concierne al primero, al valor de la seguridad jurídica, sin duda es el que con mayor frecuencia aparece en el Preámbulo-fábula, incluso para justificar materias reguladas en el RDL 11/2013 que no son laborales –ejemplo: disposición final sexta relativa al régimen de «clarificación» de las opciones legales que tienen las Entidades Locales para hacer frente a sus deudas mediante el Fondo de Financiación del Pago a Proveedores–, aunque aquí ya sabemos que nos limitamos a las de índole socio-laboral. Desde esta perspectiva, y como ya hiciera el legislador para justificar la reforma laboral originaria desde el pretendido valor de la «flexiseguridad», también para la re-reforma vuelve a ponerse el énfasis en el valor dual de la seguridad jurídica, pues sería «crucial tanto para las empresas como para los trabajadores, como se ha señalado en diversos pronunciamientos judiciales» –EM, punto II, pág. 56.596, *in fine*–. Incluso el aspecto social más destacado del RDL 11/2013 y que está en el origen del mismo, las modificaciones del régimen de protección social del trabajo a tiempo parcial, hallaría su mayor sentido en la seguridad jurídica, pues su introducción no obedecería a ningún propósito propio del Gobierno-legislador de mejorar la acción protectora de tal colectivo creciente del mercado laboral español, sino a la estricta obligación de cumplir con decisiones jurisdiccionales de las que se habría derivado «una laguna» en la legislación española de Seguridad Social a raíz de la «anulación» por aquellas de la norma entonces vigente –EM, punto II, pág. 56.594–. Por lo tanto, más que a la estricta convicción de la necesidad de un progreso social, aunque luego se habla de equidad en el trabajo, en juego está integrar un vacío legal derivado de la antinomia que tenía nuestro Derecho en la materia, para lo cual, no creo baladí recordarlo, también se atenderá a «evitar situaciones fraudulentas o irregulares...» –EM, punto II, pág. 56.594, *in fine*–.

En suma, se mire por donde se mire en el texto del RDL 11/2013 esa doble obsesión aparece por doquier. Pero ¿seguridad jurídica para quién? De otro modo: ¿verdaderamente está en suerte la mejora de la seguridad jurídica o se trata de otra cosa, más bien de favorecer la mayor seguridad posible en la aceptación por los Tribunales de las decisiones empresariales, sobre todo en materia extintiva? La respuesta más prudente y equilibrada la alcanzará cada lector tras la lectura de

este trabajo y eso pretendemos hacer mostrando el origen del cambio –por lo general en una muy concreta decisión judicial– y sus efectos –por lo común favorecer la agilidad del procedimiento extintivo iniciado por el empresario–. No obstante, ya anticipo que, al igual que la lucha contra el fraude social, noble fin sin duda, las cosas no son lo que nos cuentan, y el trasfondo del cambio apunta en otra dirección, que opone dos imaginarios sociales subyacentes a la norma: la del «empleador-creador de riqueza –y por tanto de empleo–» y la del «desempleado-defraudador en potencia de la solidaridad ciudadana».

Para diluir esta doble visión de política del derecho, que sin duda sería socialmente mal vista por una de las partes de la relación, que constituye la mayoría que vota, se recurrirá a dos «eufemismos» básicamente. El primero, la presentación de los cambios laborales como «*meras mejoras técnicas*», a través de las cuales *clarificar* la regulación vigente y resolver eficazmente las disfunciones presentadas en su aplicación práctica⁵. Sin embargo, tras ese planteamiento se esconde la voluntad de eliminar todas las disfuncionalidades que el nuevo modelo legal de control judicial del despido colectivo habría suscitado para una gestión más flexible, rápida y, en consecuencia, eficiente –más barata–, de los empresarios. A este respecto, y de manera muy sintética, conviene recordar que el nuevo modelo legal de gestión del despido colectivo se basa en el traslado del protagonismo desde la Administración a los representantes laborales, de modo que la técnica de autorización pública quede desplazada por un proceso de consulta socio-laboral entendido como auténtica negociación colectiva.

Pues bien, por un lado, para que sea creíble, fiable o efectiva esa negociación resulta necesario que los representantes de los trabajadores dispongan de información suficiente, para lo que deberá el empresario documentarla en tiempo y forma para que sea útil. De ahí que la documentación propia de un procedimiento administrativo se ha trasladado a lo que es ahora una consulta sindical con decisión de la empresa. Por otro lado, el conflicto de intereses que surge ahora entre la empresa y los representantes de los trabajadores, y que antes decidía la Administración Pública, se ha trasladado a los jueces. Pues bien, a estos se les reprocha, respecto a la primera cuestión referida, que apliquen técnicas de control tan exhaustivo de los documentos que haría de la obligación empresarial más bien un reglado acto administrativo que una decisión de libertad responsable empresarial. Y respecto de la segunda, igualmente se les reprocha que tiendan a actuar, en la solución de conflictos, más como árbitros de las controversias tras las consultas que como jueces de la estricta legalidad. Ambos problemas han de relacionarse, finalmente, con la constatable existencia de deficiencias técnicas en el nuevo encaje de demandas colectivas e individuales en

⁵ No se trata de opciones aisladas. Por lo general el Gobierno tiende a producir normas que orienten la interpretación en el sentido más favorable a «sus intereses». Así, por ejemplo, el TS acaba de recordarle, aunque ya no tenga efectos prácticos relevantes, que a través de Órdenes Ministeriales, como la Orden ESS 487/2012, de 8 de marzo, que determinó el régimen reglamentario aplicable en procedimientos de regulación de empleo hasta que hubiese un nuevo reglamento acorde con el nuevo régimen legal, no puede determinar válidamente la vigencia de las normas, «por ser esta una cuestión interpretativa de competencia exclusiva de los Tribunales» –STS, Sala 4.ª, de 27 de mayo de 2013, FJ 3.º, punto 1, in fine–. De ahí que declare esa norma ministerial ultra-vires, predicando no ya su «dudosa obligatoriedad», como la STSJ de Galicia de 6 de julio de 2012, que confirma, habría declarado, sino que, con inusual rotundidad, va «*más lejos al predicar de ella su absoluta ineficacia normativa...*» –FJ 3.º, punto 1, ab initio–.

estos despidos, con el consiguiente riesgo de colapso de la jurisdicción social, tanto por errores de regulación legal como por una errada, a mi juicio, praxis judicial, que multiplica trámites y procedimientos por las mismas razones.

Solo respecto de este tercer aspecto –el pésimo ensamblado legal entre lo individual y lo colectivo– la cacareada seguridad jurídica tendría auténtico contenido, mientras que en los otros dos aspectos –rigor extremo en la exigencia de documentación y actuación arbitral más que judicial de los Tribunales– la invocación de la inseguridad jurídica traduce más bien (1) la clara voluntad de poner nuevas trabas al control judicial de conflictos de intereses en los despidos colectivos, desactivando (2) *la judicialización de este tipo de conflictos, también de los internos entre negociadores y ámbitos*. Para ello se establecen reglas más rígidas tanto para el juez como para la comisión que ha de negociar el despido, que deberá ser, además, única en todos los procedimientos de este tipo, aunque se vean afectados varios centros. En suma, bajo la etiqueta de la seguridad jurídica, se oculta una visión más empresarial y menos fragmentada de los despidos. Para ello, los principales cambios que ahora se introducen pretenden corregir estas disfunciones propias de un tiempo de transición entre modelos reguladores. Así:

- La nueva diferencia entre documentos cuya ausencia genera la nulidad de los despidos y los que no, buscaría dosificar el pretendido exceso de formalismo en el control de la medida empresarial, pese a que el TS ya había decantado una dirección antiformalista –STS, Sala 4.^a, de 27 de mayo de 2013–.
- La más precisa extensión de cosa juzgada en los despidos individuales a las sentencias y los acuerdos de conciliación judicial de dimensión colectiva y la ejecución directa de los despidos colectivos nulos, sin necesidad de abrir procedimientos individuales, reduciría los tiempos de gestión de la decisión extintiva.

Pero decía que había un segundo, y conocido, por muy recurrente, eufemismo para explicar, e intentar justificar, otra parte de las re-reformas socio-laborales del RDL 11/2013. Se trata, cómo no, de la pretendida «*activación de los desempleados*», comprometiéndolos más tanto en la búsqueda de su recolocación como en la solidaridad social. En efecto, los notables cambios que introduce el Capítulo III del RD 11/2013 en diversas leyes socio-laborales tienen como referencia, además de la «mayor seguridad jurídica» para los beneficiarios de la tutela o de la protección por desempleo –contributiva o asistencial (subsidios)–, la «vinculación» entre los cambios en la política de garantía de rentas en tales casos y «la inserción laboral de las personas desempleadas», de ahí la pretendida «*extraordinaria y urgente necesidad*» de las mismas –EM, punto II, pág. 56.595–. A tales fines, como se verá con algún detalle más adelante, la clave principal estará en reforzar las obligaciones documentales de los beneficiarios, cuando en el ámbito laboral se reducen las de los empresarios, cierto no en el ámbito social.

Llama la atención que mientras las instituciones europeas y mundiales –FMI y OCDE– ponen el acento en la obsolescencia e ineficacia de nuestras políticas de empleo, sea de las activas sea de las pasivas, el Gobierno insista en que la reforma laboral ha puesto en marcha un proceso de transformación de las políticas activas de empleo, «*en el que se ha profundizado y que continua-*

rá en los próximos meses»⁶. Sin embargo, según habrá también oportunidad de comprobar en el análisis detallado de los cambios, bajo estos no hay sino una nueva vuelta de tuerca al «control social disciplinario» de los beneficiarios, para lo que también se contará con el reforzamiento de la colaboración público-privada, implicando a las agencias privadas de colocación en tal control. En suma, bajo este doble eufemismo de la seguridad jurídica y de la activación de los desempleados subyace la referida cultura de mayor disciplina de quienes cobran del erario público prestaciones sociales, sobre la base de que en todos ellos subyace un potencial defraudador.

2.2. UNA VISIÓN A VUELA PLUMA DEL CONJUNTO DE NOVEDADES SOCIO-LABORALES: RESUMEN DE LOS PRINCIPALES PUNTOS CRÍTICOS

Una vez expuestas las dos claves oficiales –confesadas– y auténticas –no confesadas pero manifiestas– que permiten comprender buena parte de los cambios socio-laborales, creo oportuno hacer una síntesis algo más detallada de los principales contenidos del RDL 11/2013. Al respecto, conviene tener en cuenta que la norma que comentamos modifica en materia social y laboral prácticamente todas las leyes relevantes en este ámbito. Así:

- Ley del ET (arts. 40, 41, 47, 51 y 82).
- Ley Concursal en su dimensión laboral (art. 64) –LC–.
- Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (arts. 124 y 247) –LRJS–.
- Ley General de la Seguridad Social (disp. adic. séptima y arts. 207, 209, 212, 213, 215, 231 y 233) –TRLGSS–.
- Ley de Empleo (art. 27) –LE–.
- Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (arts. 22, 24, 25, 47 y 48) –TRLISOS–.

Así como las normas reglamentarias en coherencia con esos cambios legales:

- RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo (arts. 3, 4, 6, 17, 19, 26, 27 y 28).
- RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación (art. 5), y

⁶ Como ha puesto de relieve sin rubor en el *Informe de Evaluación del Impacto de la Reforma Laboral 2013*, parte del cual ha servido de base, como se dijo, al RDL 11/2013: «El diseño de políticas activas y pasivas más dinámicas y eficientes es complementario y coherente con el nuevo marco de relaciones laborales y de contratación: permiten reforzar los mecanismos preventivos, mejoran la empleabilidad de los trabajadores, mitigan el impacto social del desempleo y favorecen la transición al empleo». Vid. pág. 22.

- RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de protección por desempleo (art. 28).

Aunque esta larga enumeración puede dar lugar a entender que son muy relevantes las novedades jurídicas que se proponen, conviene precisar desde ya, en la línea de lo anteriormente evidenciado, que su impacto sustantivo no es tan importante como pareciera a primera vista. Al contrario, buena parte de las novedades, y salvo lo relativo, claro está, a la protección social del trabajo a tiempo parcial, lo son en un plano formal o textual, pero no conllevarán, me atrevo a pronosticarlo desde este momento, apenas cambios en la praxis actual, ni judicial ni administrativa. Realmente, los aspectos afectados por la re-reforma son muy concretos y se vinculan por lo general a un intento de corrección de la triple disfuncionalidad evidenciada en el funcionamiento del nuevo modelo de regulación-control del despido colectivo, y también por extensión de los procedimientos de gestión negociada de la flexibilidad interna. Así, los temas socio-laborales más relevantes pueden reducirse a los contados con los dedos de una mano:

- Nuevo régimen de protección social de los trabajadores a tiempo parcial*, a fin de dar cumplimiento a las sentencias que anulan el régimen anterior, pero buscando también que no tenga un efecto excesivo en las cuentas públicas ni incentive fraudes.
- Control disciplinario de los beneficiarios de prestaciones por desempleo*: precisión de más obligaciones documentales –inscripción como demandante de empleo durante todo el tiempo de la prestación– y refuerzo de la potestad de control.
- Sujetos legitimados para el proceso negociador y reglas de la comisión negociadora*: se acota el tamaño de las comisiones negociadoras de los ERE y se limita a una sola mesa la negociación aunque haya varios centros de trabajo.
- Acotamiento de la documentación*: además de precisar la relevante para los fines se exime a las multinacionales extranjeras de presentar sus cuentas consolidadas. El Gobierno aligera la carga probatoria de los habituales promotores del despido, lo que ofrece incentivos para su implantación en España.
- Reducción del control judicial*: se tasan las causas de nulidad y se entorpecen las reclamaciones a través de demandas individuales.

Por supuesto dejamos fuera las materias no estrictamente laborales, aunque tengan sí una dimensión social. En todo caso, no creo baladí recordar que la unidad de los objetivos sí da en este caso pábulo o cobertura a la diversidad de materias⁷. Como es útil insistir en que todo el contenido

⁷ Por ejemplo, el objetivo del cambio operado por la disposición final sexta del RDL 11/2013 es aportar mayor seguridad jurídica sobre los casos que una Entidad Local no se encuentra al corriente del pago de sus deudas con el Fondo para la Financiación del Pago a Proveedores de forma que se aclaran las opciones legales que tiene esa Entidad Local

del RDL 11/013 rezuma una continua interacción, de acción y reacción, de comunicación, en unos casos dialógica y «adherente», en otros, más bien «hostil» y correctora, con la jurisprudencia⁸.

En el primer sentido de la interacción, más dialógica o adherente entre la decisión de los Tribunales y la regulación legislativa, aun siendo correctora aquella del régimen previo de esta, el Capítulo II recoge determinadas modificaciones que se introducen en el TRLGSS en materia de protección social del trabajo a tiempo parcial. Un conjunto de reglas específicas relativas a la acción protectora de la Seguridad Social aplicables a los trabajadores a tiempo parcial cuya razón de ser encuentra directo fundamento en el vacío legal producido por la declaración de nulidad de una parte de su disposición adicional séptima, contraria tanto a la regulación comunitaria –STJUE de 22 de noviembre de 2012– como constitucional –STCO 61/2013, de 14 de marzo–. El carácter comunicativo de la reforma entre las dos fuentes hoy principales de ordenación de las relaciones laborales, una vez la Ley ha debilitado profundamente a la tercera en concurrencia, hoy en discordia, la negociación colectiva, aparece igualmente en esa parte de la reforma⁹. En efecto, estas modificaciones han quedado enmarcadas en el proceso, hoy mortecino, de «Diálogo Social», otrora presupuesto para la producción legislativa en materia socio-laboral con carácter global.

Así, son desarrollo del «Acuerdo para la mejora de las condiciones de acceso a la protección social de los trabajadores a tiempo parcial» que firmaran Gobierno e interlocutores sociales –patronal y ambos sindicatos mayoritarios– el pasado 31 de julio de 2013. De ahí que los sindicatos acepten plenamente el sentido y contenido de estos cambios, que, en muy apretada síntesis, pretende garantizar que los trabajadores a tiempo parcial accedan a la pensión contributiva con los

para que con cargo a este mecanismo puedan pagarse las facturas que tiene pendientes de pago con sus proveedores. Estas opciones son: con fecha límite 15 de septiembre de 2013 proceder al pago de sus obligaciones pendientes de pago con el Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores, o bien, haber solicitado su entrada en las medidas adicionales de liquidez para municipios con problemas financieros previstas en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros. De ahí que se proceda a una nueva modificación de esta regulación.

⁸ Por ejemplo, la modificación realizada a través de la disposición adicional tercera por la que, pese a declarar que la Orden FOM/898/2005 seguirá siendo aplicable mientras que no se lleve a cabo la primera actualización de las cuantías de los cánones ferroviarios mediante el procedimiento establecido por el nuevo artículo 77 de la Ley del Sector Ferroviario, en virtud de la cual se introducen modificaciones en los parámetros de cuantificación de los cánones ferroviarios. Con ellos se permitirá que la futura actualización de su cuantía consiga mejorar la cobertura de los costes reales de mantenimiento y conservación de las infraestructuras que dicha entidad administra, contribuyendo a la política de estabilidad presupuestaria y avanzando en el objetivo de sostenibilidad económica del sector ferroviario, así como adecuando los niveles de dicha recaudación a los percibidos por otros administradores de infraestructuras ferroviarias europeas. Con ello se pretende dar cumplimiento con la mayor celeridad posible a la STJUE de 28 de febrero de 2013, que condena al Reino de España por incumplimiento de la Directiva 2001/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, relativa a la adjudicación de la capacidad de infraestructura ferroviaria, aplicación de cánones por su utilización y certificación de seguridad, lo que justifica la urgencia de la medida.

⁹ Cuyo comentario queda remitido al estudio titulado «Las nuevas reglas de Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial» de don José Antonio PANIZO ROBLES, disponible en <http://www.laboral-social.com>

15 años exigidos de cotización –periodo mínimo de carencia–, si bien será de porcentaje –cuantía– mucho menor. Antes de la reforma, como se recordará, en muchos casos se exigía estar cotizando muchos más años para acceder a la misma. Del mismo sentido comunicativo o dialógico con la doctrina constitucional es una reforma, ciertamente de menor alcance que aquella, pero no irrelevante, como la devolución a las comunidades autónomas, nada menos que 10 años después de «expropiársela», de la potestad disciplinaria en relación con el control de los beneficiarios de desempleo en el cumplimiento de sus obligaciones de actividad –cambio del art. 48.5 TRLISOS–.

En cambio, propias de una forma de interacción o comunicación hostil, o en todo caso unilateral, son la mayor parte de las modificaciones contenidas en el Capítulo III, dirigidas, como se dijo, al mayor control disciplinario de los sujetos beneficiarios de la protección por desempleo, y las del Capítulo IV del RDL 11/2013 y que afectan al ET y, muy especialmente, en el artículo 11 a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en relación con la modalidad procesal del despido colectivo para que la impugnación colectiva asuma un mayor espacio. Aquí se pretende favorecer, en cambio, la mayor libertad de acción de los empresarios.

Por lo que hace a estas segundas, las modificaciones introducidas en el ET, tienen una *dimensión eminentemente procedimental*, más que sustantiva, pues. Así, regulan la comisión negociadora y los sujetos legitimados para actuar, en representación de los trabajadores, como interlocutores ante la dirección de la empresa durante el periodo de consultas que deberá tener lugar con carácter previo a la adopción de¹⁰:

- Medidas colectivas de flexibilidad interna (arts. 40, 41 y 47), incluida la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios (art. 82.3).
- Medidas de flexibilidad externa –procedimientos de despido colectivo (art. 51.2)–¹¹.

En todos los procedimientos referidos a la gestión negociada de la flexibilidad interna se establece que la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien en el caso de ser varios los centros de trabajo afectados, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Con esta modificación, desaparece la posibilidad de que la consulta se realice separadamente por centros de trabajo, opción actualmente prevista en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. En este caso, la forma comunicativa con la doctrina judicial ha seguido la vía dialógica o adherente, no la correctora, pues sabido es que la

¹⁰ En coherencia, el artículo 10 del RDL 11/2013 adapta el contenido del artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, relativo a la tramitación de los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, a los cambios que afectan a la comisión negociadora en procedimientos de consulta. Por su parte, la *disposición transitoria segunda* establece que los procedimientos iniciados con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del RDL se regirán por la normativa vigente a la fecha de su inicio.

¹¹ En este caso, es la disposición transitoria tercera la que regula el régimen procesal aplicable a los despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor.

Audiencia Nacional había evidenciado el carácter ultra-vires de tal opción reglamentaria. Aquí sí hay una clara necesidad de seguridad jurídica, eliminando las contradicciones entre la regulación reglamentaria y la legal, de ahí la urgencia, permitiendo la aplicación inmediata de los cambios efectuados en los mencionados procedimientos. Además, prevé que la comisión negociadora esté integrada por un máximo de 13 miembros para conformar la representación de cada una de las partes intervinientes en el periodo de consultas, en coherencia con el número de miembros de la comisión negociadora del convenio colectivo de empresa¹².

También se introduce una novedad en torno al momento en que ha de constituirse dicha comisión, avanzando o profundizando en un modelo intervencionista o reglamentista de regulación de una cuestión que debería quedar en manos de los negociadores. Así, en la nueva regulación, la comisión representativa de los trabajadores debe quedar constituida «antes del inicio del periodo de consultas», previéndose expresamente que la falta de constitución de tal comisión no impide la apertura ni el transcurso del periodo de consultas. Además, se mejora la determinación de quiénes van a integrar dicha comisión de un máximo de 13 miembros, siempre en proporción al número de trabajadores de los centros afectados que representen.

En esta misma dirección de refuerzo procedimental, se modifica el TRLISOS para mantener la proporcionalidad del sistema vigente de infracciones y sanciones en relación con la obligación del empresario de efectuar una comunicación inicial al Servicio Público de Empleo Estatal –SPEE– de las medidas de despido colectivo adoptadas conforme al artículo 51 del ET –también para las medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada adoptadas de acuerdo con el art. 47 ET–.

Aunque es muy dudosa la urgencia de la medida consistente en tipificar como infracción específica el incumplimiento del empresario de la obligación de comunicar previamente las medidas de suspensión de contratos o de reducción de jornada y de despido colectivo adoptadas, conforme a los artículos 47 y 51 del ET, la norma lo intentaría justificar por la reciente puesta en marcha del sistema de comunicación electrónica de datos previsto en la Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo, que regula el contenido y el procedimiento de remisión de la comunicación que deben efectuar los empleadores a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo en tales procedimientos. Se pretendería evitar la situación de «mayor favor» para el infractor que no lleva a cabo ninguna comunicación, incumpliendo sus obligaciones de forma absoluta, que al «infractor parcial», que lo que no comunica son las variaciones. La protección frente a estas situaciones del principio de proporcionalidad, de los derechos de los trabajadores y del sistema de protección social, así como del relativo a la «libre competencia entre las empresas» (finalidad económica que emerge con creciente gama de medidas en el ámbito socio-laboral), estaría en la base de la urgencia reformadora.

¹² Para el Gobierno-legislador, las modificaciones operadas por el artículo 9 y la disposición final cuarta en materia de procedimientos de este tipo se justificaría, desde el punto de vista de la extraordinaria y urgente necesidad, por la necesidad de revisar con carácter urgente la regulación de la comisión negociadora en los procedimientos en un contexto económico en que la seguridad jurídica es crucial tanto para las empresas como para los trabajadores, como se ha señalado en diversas sentencias. Lo que podría afectar también a los restantes supuestos de intervención de comisiones representativas de trabajadores en procedimientos de consulta previstos en el ET.

Entre las medidas que disimula el objetivo de la reducción del control judicial bajo la muy recurrente etiqueta de la seguridad jurídica, que realmente se traduce en seguridad tan solo de los empleadores, hallamos, respecto del supuesto de despido colectivo:

- La modificación de la redacción del artículo 51 del ET en lo referido a la información que debe facilitar la empresa, con la finalidad aparente, una vez más, «de mejorar la seguridad jurídica» en la delimitación de los supuestos de declaración de nulidad del despido colectivo por falta de entrega de la documentación preceptiva.
- La modalidad procesal del despido colectivo ex artículo 124 de la LRJS a fin de que asuma un mayor espacio respecto de los procedimientos de impugnación individual. De un lado, se buscaría «aclarar» las causas de nulidad del despido colectivo para dotarlo de mayor seguridad jurídica, de otro, introducir mayor «agilidad» en el procedimiento al permitir que las sentencias que declaren nulo un despido sean directamente ejecutables.

Pero si en el ámbito del control de legalidad y legitimidad de las decisiones de gestión flexible de la empresa se orienta la reforma a facilitar su adopción y tramitación, reduciendo las exigencias de procedimiento, en el del control del *cumplimiento de sus obligaciones por los beneficiarios de las prestaciones de desempleo* se sigue el camino inverso, esto es, el de ir más allá en la exigencia de obligaciones documentales y en la vigilancia de su observancia. Aquí el Gobierno-legislador asume la posición de la Administración, y en aras de una mayor eficacia, incluso por encima de la dimensión de protección de los derechos individuales, refuerza los instrumentos de lucha contra el eventual fraude, partiendo siempre de una regla ya general de sospecha de fraude, que se ha instalado no solo en la convicción del Gobierno sino en el marco regulador que está sembrando. La reacción es contra la política judicial del derecho de la seguridad social que favorece la posición de garantía jurídica del receptor en perjuicio del principio de eficacia administrativa de la lucha contra el fraude, si bien, honesto es decirlo, también hallaremos modificaciones adherentes a la nueva posición judicial, como es el caso del favorecimiento de la salida del beneficiario de la protección por desempleo fuera del país, en línea con la reciente, y muy cuestionable, jurisprudencia unificada –ejemplo: SSTS, Sala 4.^a, de 18 y 30 de octubre de 2012–. No obstante este sentido adherente a la jurisprudencia, sí se reforzará el control público-administrativo de sus obligaciones formales, atemperando de este modo la mayor flexibilidad evidenciada por la jurisprudencia¹³.

¹³ Precisamente, y por razones de manifiesta coherencia reguladora, el artículo 7 del RDL 11/2013 modifica el artículo 27 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, para adaptar su contenido a las variaciones introducidas en la LGSS, y el artículo 8 modifica los artículos 24, 25, 47 y 48 del TRLISOS, con el fin de adaptar el régimen de infracciones y sanciones a la novedad de que la inscripción como demandante de empleo y el mantenimiento de la misma sean presupuestos de la protección. Además, se refuerza la validez de las citaciones y comunicaciones efectuadas por medios electrónicos siempre que los beneficiarios de las prestaciones por desempleo hayan expresado su consentimiento.

Las principales modificaciones se centran, como se anticipó ya, en el establecimiento del deber de mantener la inscripción como demandante de empleo durante toda la relación de protección, no solo como presupuesto de acceso. A partir de ahí se modificarán todos los preceptos que forman parte de este bloque regulador, tanto en el derecho sustantivo como en el derecho adjetivo –sancionador–. En la misma dirección de refuerzo de las obligaciones de tipo documental, la disposición final tercera modifica el 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, con el fin de *evitar la compatibilización indebida de la solicitud o el percibo de la prestación y el subsidio de desempleo con el trabajo por cuenta propia o ajena*, en los supuestos en los que el empresario o el propio trabajador solicitan el alta en Seguridad Social fuera de plazo como consecuencia de la actuación inspectora.

A tal fin se precisa la exigencia de que la realización de trabajos, como causa de suspensión de la prestación, sea comunicada con carácter previo, equiparándose el procedimiento con la obligación que existe en materia de afiliación/alta. Esta exigencia de la obligación de comunicar previamente la realización de trabajos incompatibles con la prestación o subsidio por desempleo, como causa de suspensión, se regula en la disposición final tercera y se justificaría, según el gobierno-legislador, por la ya referida voluntad de evitar el fraude, *«con las consecuencias negativas para la equidad en el trato a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones y hacer ineficaz la lucha contra el fraude en las prestaciones por desempleo»*.

Finalmente, en el ámbito de las medidas de empleo, la disposición final segunda señala que, con el fin de facilitar la *colaboración público-privada* en el ámbito de la intermediación laboral a través de las agencias de colocación debidamente autorizadas, y así mejorar la posibilidad de inserción de los trabajadores desempleados, modifica el artículo 5 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, para permitir la subcontratación en el ámbito de la intermediación laboral, aunque respetando el límite de que la subcontratación solo pueda realizarse con terceros autorizados para actuar como agencias de colocación. Aquí, si bien se apuesta por ese modelo de cooperación, por tanto de carácter mixto, realmente estamos ante un nuevo capítulo de liberalización del servicio público de empleo, de modo que se refuerza el protagonismo, eso sí, públicamente sustentado, de los agentes privados, enlazando esta potenciación de las agencias privadas de colocación con la apertura de nuevas cuotas de mercado de contratos temporales a las Empresas de Trabajo Temporal –ETT–.

El Gobierno-legislador justifica la urgencia de esta regulación por la pretendida necesidad de llevar a cabo una aplicación inmediata de la disposición adicional trigésima segunda del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que fue introducida por el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, actual Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. La finalidad de dicha medida sería la de *«permitir la formalización conjunta de acuerdos marco para la contratación de servicios que faciliten la intermediación laboral. Como la eficacia y buen resultado de dichos contratos de servicios pasa por permitir la subcontratación en el ámbito de la intermediación laboral, resulta imprescindible realizar la modificación normativa antes de la formalización del referido Acuerdo Marco conjunto»*.

3. UNA REFORMA LABORAL INDIRECTA PARA EL FOMENTO DEL «EMPLEO A TIEMPO PARCIAL»: LA EQUIDAD DE PROTECCIÓN SOCIAL COMO MEDIDA DE INCENTIVO

No cabe duda de que, la mayor novedad jurídica que incluye el RDL 11/2013, su genuina razón de ser, es la nueva regulación del sistema de cálculo de los periodos a computar –periodo de carencia– para las prestaciones causadas por los trabajadores –más bien las trabajadoras– a tiempo parcial¹⁴. Se trata, en consecuencia, de una materia de protección social no laboral en un sentido estricto. Como tal, este ambivalente régimen, que bien merece un estudio analítico, y también crítico, en profundidad, ha sido objeto de comentario en la web *laboral-social.com* y por pluma más autorizada, sin duda, por lo que no lo tratamos aquí¹⁵. Ahora bien, si entiendo necesario contextualizar esa reforma de la protección social en el más amplio marco de la reforma laboral que se comenta, porque forma parte inexorable de la política laboral de fomento del empleo a tiempo parcial que, como se sabe, ocupa el ojo del huracán, ya que si no se asegura un régimen de equidad de trato este tipo de trabajos siempre contará con la falta de incentivo para los trabajadores, por más que los empleadores puedan solicitar que, una vez se asegure la ausencia de discriminaciones reguladoras, pueda imponerse al trabajador¹⁶.

Desde esta perspectiva, se trata de una suerte de «reforma laboral indirecta o refleja», porque una protección social más equitativa del empleo a tiempo parcial tiene un efecto de incentivo o de fomento de esta modalidad de trabajo que, como hoy ya resulta acreditado, constituye la práctica totalidad del empleo que se crea en estos momentos en nuestro país. Por tanto, en esta forma de contratación laboral se acumulan dos fuentes de precariedad: la temporalidad y la parcialidad, que aparecen como complementarios y no alternativos.

¹⁴ De ahí la importancia de una reforma orientada por las garantías de protección y de trato equitativo. El acuerdo alcanzado, al que se sumaron todos los grupos parlamentarios (algo que no se producía desde 1997), consta de dos partes. Por un lado, se fijan nuevos requisitos de tiempo cotizado para tener derecho a una pensión contributiva. Este se calculará de acuerdo al llamado coeficiente de parcialidad que, por simplificar, se corresponderá con el porcentaje de jornada que haya trabajado un empleado a tiempo parcial. Es decir, quien trabaje a media jornada tendrá que acreditar que ha cotizado durante 7,5 años efectivos para acceder a la pensión. La segunda parte se refiere a cómo se computa el tiempo cotizado para calcular la cuantía de la pensión. En este punto, lo que se hará es multiplicar el periodo cotizado a tiempo parcial por 1,5. El texto del pacto aclara que cuando un trabajador no alcance los 15 años de cotización (lo que, como norma general, da derecho a cobrar el 50% de la cuantía teórica que tendría que percibir el pensionista si hubiera cotizado durante 35,5 años), verá cómo la prestación final se ajustará proporcionalmente al periodo cotizado sobre esos 15 años. La rebaja de requisitos para que los trabajadores a tiempo parcial (más de 2,5 millones de empleados) accedan a la pensión hará que un 40% de quienes ahora no tenían derecho a ella lo tengan.

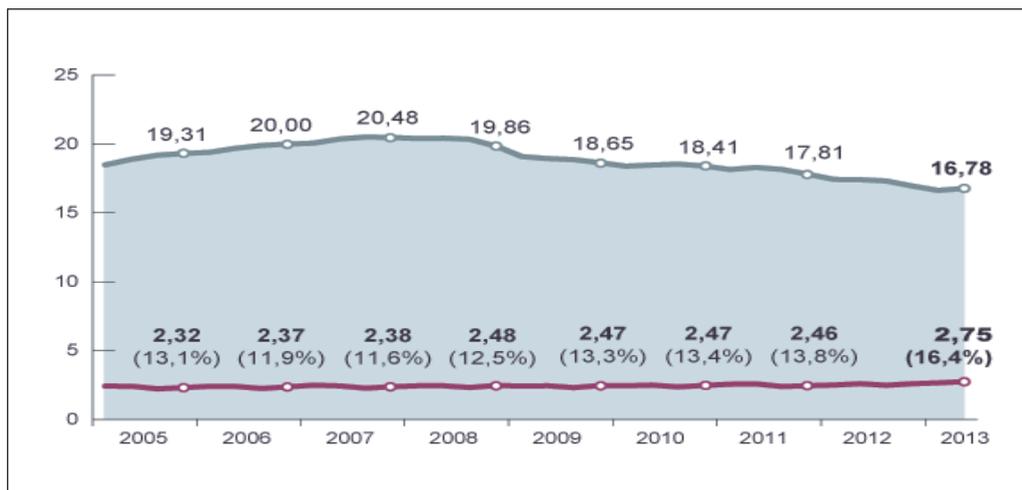
¹⁵ *Vid.* nota 9.

¹⁶ La preocupación por los efectos de esta reforma es evidente en el mismo texto legal comentado. De un lado, se tiene cuidado en establecer un régimen transitorio preciso, tal y como aparece en la disposición transitoria primera, evidenciando una voluntad aquí de «generosa» aplicación, pues afecta a las denegadas con anterioridad a la reforma por no reunir el periodo de carencia, y también a las que se hallen a su entrada en tramitación. De otro, la disposición adicional cuarta, que manda al Gobierno realizar un informe, en el plazo de un año, sobre el impacto en los trabajadores a tiempo parcial.

En suma, al empleo «temporal» ahora se acumula el empleo «a tiempo parcial», evidenciando la estadística y la realidad sociológica que la mayor parte de estos empleos son «impuestos» o «forzados», no queridos o buscados por quienes los desarrollan, sino que se ven compelidos a ellos por no haber alternativa, de ahí que no sea una forma voluntariamente asumida de trabajar, como sí sucede en otras experiencias nacionales que se caracterizan por un nivel de empleo a tiempo parcial muy alto. Una realidad sociológica ignorada por los empresarios que piden ir más allá en esta situación y pretenden disponer, incluso, del poder de «forzar contractualmente» la conversión en parcial del empleo completo. Si así fuese, no solo quebraría la regulación colectiva comunitaria de esta materia, a través de Acuerdo Marco voluntario eso sí, no de Directiva vinculante, sino también la jurisprudencia que exige en todo caso el consentimiento del trabajador cuando se trata de cambio de la modalidad contractual –SSTS, Sala 4.^a, de 14 de mayo de 2007, RCU 85/2006 y 26 de abril de 2013, RCU 2396/2012–.

Como es sabido, un reciente documento titulado «Las reformas necesarias para salir de la crisis», aprobado en julio y remitido al Gobierno para promover nuevas reformas en el mercado de trabajo orientadas a lograr índices más altos de flexibilidad laboral, incide en la importancia de seguir potenciando la contratación a tiempo parcial, cuyo uso, según las cifras aportadas por el Gobierno en el balance de la reforma laboral, se ha incrementado casi un 9% en el primer trimestre de 2013 respecto al mismo periodo de 2012. El resultado es que hoy en día trabaja más gente a tiempo parcial en España de lo que nunca lo ha hecho antes. Son 2,75 millones, según la última encuesta de población activa (EPA), el 16,4% de todos los ocupados. De ahí la paradoja de que en los cinco años largos de crisis, el número de empleos haya caído más del 18% desde máximos; en cambio, ha crecido en el mismo periodo el trabajo a tiempo parcial en poco más del 20%.

Empleo a tiempo parcial en España
(en millones de puestos de trabajo)



En la base de este «éxito» reciente de la contratación a tiempo parcial no habría solo un dato sociológico observable directamente en la realidad del mercado de trabajo español –la gran escasez de empleo de calidad– y del modelo productivo dominante –basado en empleos de bajo valor añadido–, sino también otro jurídico-institucional: la reforma laboral permitió hacer horas extraordinarias a quienes tienen este contrato. En los seis primeros meses de este año se firmaron 2.291.318 de este tipo de contratos, el 34% de todos los rubricados; en el mismo periodo de 2012 se llegó a 2.063.039, el 31,6% de todos; y en 2011, cuando todavía no había reforma laboral, se superó por poco los dos millones (el 28,8%).

La observación de la realidad socioeconómica subyacente al dato normativo manifiesta que se está produciendo un claro desplazamiento o trasvase desde el empleo completo al empleo a tiempo parcial, con el consiguiente efecto de precarización de las condiciones de vida y de trabajo¹⁷, por cuanto que ese contrato implica una reducción proporcional de salario y la privación de otros derechos. Además, en España, suele concurrir, como se ha dicho, y a diferencia de otras experiencias nacionales¹⁸, el factor de parcialidad con el de temporalidad. Aunque el documento de la CEOE hace referencia a que se incentive la contratación parcial indefinida, lo cierto es que la práctica arroja una evidencia opuesta, de modo que la contratación parcial crece, sí, pero en sus formas o modalidades temporales, siendo ambas objeto de estímulo, como acredita el RDL 4/2013, ya convertido en Ley –Ley 11/2013–, y que será objeto también de comentario en el próximo número de esta Revista.

Sea como fuere, tanto el empresariado como un sector importante de la investigación al respecto, sobre todo en el plano económico, coinciden en señalar una amplia potencialidad de crecimiento en España, siempre que se corrija una regulación, pretendida o realmente, muy poco favorable, errática y, en algunos casos, contradictoria. En esta dirección, la CEOE apuesta claramente por que el empresario pueda convertir unilateralmente contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial. Claramente expresa esta opción, cuando, además, reclama que se reduzca la «complejidad y rigidez de la actual regulación» –crítica que hay que reconocer perfectamente ajustada a la realidad de un régimen confuso hasta el extremo, aunque no esté impidiendo el crecimiento de esta vía de contratación, paradójicamente–.

La potenciación «abierta» de este tipo contractual reclamaría para el empresariado este reconocimiento de una potestad de novación exorbitante. Eso sí, en compensación o «contraprestación», aceptan que:

¹⁷ La asociación en el imaginario colectivo español de este tipo de empleo a la precariedad deriva de varios datos: el 61% de quienes trabajan a tiempo parcial lo hacen así porque no han encontrado otra cosa, según el INE. También que estos puestos los ocupen mayoritariamente mujeres, que cobran sustancialmente menos que las mujeres con contratos a tiempo completo, y, por tanto, todavía menos que los hombres, que suelen percibir un sueldo más alto.

¹⁸ Para evidenciar el gran margen de crecimiento de esta modalidad contractual se apunta siempre a los datos de países como Dinamarca (34%), Países Bajos (50%), e incluso Alemania (25% de la contratación). No obstante, estos porcentajes descienden mucho cuando se habla de la media de la Unión Europea (19,2%) o la Eurozona (21,1%).

- Haya que acreditar la concurrencia de una causa suficiente: causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- Y se establezca un condicionante que legitime la medida: que esa vía de novación contractual suponga una alternativa cierta a un eventual despido objetivo.

La quiebra del principio de voluntariedad obligaría a la reforma de artículo 12.4 e) del ET y entraría en contradicción con el Acuerdo Marco comunitario del Teletrabajo (2002). De lo contrario, recuérdese que existe una garantía de indemnidad del trabajador, pues «no podrá... sufrir ningún... efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión...». Eso sí, muy realista el legislador, recuerda que tal blindaje lo es siempre «sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52 c), de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción». En suma, la evitación del cambio de contrato sin consentimiento del trabajador no impide que pueda acudir, en las mismas circunstancias, a la flexibilidad externa –despidos económicos, bien objetivo bien colectivo—¹⁹.

Por otro lado, en la línea de mejora de la flexibilidad de la regulación, incide también la CEOE en la necesidad de ampliar el número de horas complementarias, pasando del 15% actual al 30% de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Asimismo, y para que sea efectiva esta regulación, requiere que se revisen algunos aspectos técnico-jurídicos que ahora limitarían el cumplimiento de esta regulación de las horas complementarias contratadas, tales como los plazos de preaviso o las causas de denuncia por el trabajador del pacto contractual de horas extraordinarias. De este modo, aunque la CEOE valora positivamente que la reforma laboral introdujera una «pequeña flexibilidad» en la contratación a tiempo parcial al permitir que estos trabajadores realicen horas extraordinarias, considera que no es suficiente y que debe hacerse algo similar en el caso de las horas complementarias, ampliando su número y flexibilizando su régimen en sentido favorable al uso productivo.

Debe recordarse que, en el régimen actual, el empresario solo podrá exigir las horas complementarias cuando medie pacto escrito expreso, inicial o sobrevenido con el trabajador. Este pacto contractual específico solo se podrá formalizar en el caso de contratos a tiempo parcial de duración indefinida y deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario –art. 12.5 ET–. Este pacto es, además, reversible, pues «podrá quedar sin efecto por renuncia del trabajador, mediante un preaviso de quince días, una vez cumplido un año desde su celebración», siempre que concurren ciertas circunstancias –familiares, formativas o de incompatibilidad laboral–.

¹⁹ Un buen ejemplo práctico de este realismo normativo lo hallamos en la STS, Sala 4.ª, de 26 de abril de 2013: «En el caso aquí enjuiciado la empresa hizo tal oferta al demandante (la conversión del empleo a tiempo completo en otro a tiempo parcial), buscando así el acuerdo de voluntades para efectuar esa conversión, lo que no pudo hacerse por negativa del propio trabajador. Por consiguiente, no cabía al empresario utilizar la medida de la modificación sustancial de condiciones del artículo 41 ET –que, de haber sido legalmente posible, de no ser aceptada por el trabajador, hubiera llevado al mismo efecto de la extinción contractual indemnizada—. La sentencia recuerda también su doctrina según la cual el artículo 52 c) del ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa, ni siquiera destinarlo a otro puesto vacante (STS de 7 de junio de 2007, RCU 191/2006).

Puesto que es una mera propuesta no merece, de momento, mayor comentario. No obstante, algunas precisiones son importantes para comprender adecuadamente el alcance de la misma. Así, en primer lugar, es llamativo, cuando menos, que se pretenda recortar el tiempo de trabajo, como medida de reparto de empleo a través de la potenciación de esta modalidad de contratación parcial, para, al mismo tiempo, requerir ampliar el margen, y capacidad de disposición, de las «horas complementarias» que se puedan realizar en proporción a la jornada pactada. En hipótesis nada extrema, podría darse el caso de reducirse la jornada laboral, a través de la conversión –o contratación inicial– de un contrato parcial y, en paralelo, aumentar bien las horas extras –según la nueva regulación tras la reforma– bien las complementarias, según la reforma propuesta, hasta efectuar una jornada laboral completa. En segundo lugar, se ignora por completo, entiendo que deliberadamente, el reconocimiento en el régimen vigente de esa posibilidad de ampliación de las horas complementarias, si bien mediante negociación colectiva –art. 12 ET–. Conforme al art. 12.5 letra c) del ET, los convenios colectivos de ámbito sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior *«podrán establecer otro porcentaje máximo, que, en ningún caso, podrá exceder del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas. En todo caso, la suma de las horas ordinarias y de las horas complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial...»*.

En suma, no es solo la mayor flexibilidad lo que se busca, sino también el disponer de todo el poder de forma unilateral para ajustar la forma contractual y condiciones de trabajo a las necesidades de la empresa, identificadas y leídas estas solo por el empleador, a margen, pues, de la autonomía contractual, sea individual –pacto con el trabajador– sea colectiva –pacto con los representantes de los trabajadores–.

4. LAS NOVEDADES EN MATERIA DE POLÍTICAS DE EMPLEO: ENTRE LA «ACTIVACIÓN» DEL DESEMPLEADO Y EL CONTROL DISCIPLINARIO COMO DEFRAUDADOR POTENCIAL

4.1. LOS CAMBIOS EN EL CONTROL DE LOS BENEFICIARIOS DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO: LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE SOCIAL COMO PRETEXTO

4.1.1. Planteamiento general: el control disciplinario como presupuesto de la política de corrección del fraude social

Frente a la, intolerable, laxitud frente al «fraude fiscal» de los grandes evasores, suele ponerse énfasis en la lucha contra el «fraude social», sin duda rechazable, de los ciudadanos beneficiarios de rentas públicas. El pago de las legítimas y útiles prestaciones por desempleo sigue constituyendo una de las partidas más elevadas del gasto público y, en consecuencia, en la persistente, pese a ser ya claramente injusta socialmente e ineficiente económicamente, «política de austeridad» tiene reservada un lugar especial. El Gobierno no pierde ocasión reformadora para

dar nuevas vueltas de tuerca al control de los beneficiarios. El SPEE habría pagado más de 15.000 millones de euros en la primera mitad del año para cubrir prestaciones y subsidios por desempleo. Aunque es un 2% menor que en el año anterior, lo que pone de relieve que las reformas-recorte están dando resultados a los efectos de minoración de la cobertura, cualitativa y cuantitativa, de esta rama prestacional, cada reforma resulta una oportunidad adicional de intensificar los esfuerzos de reducción de ese «gasto», que es más bien una inversión social, por lo dicho.

El RDL 11/2013 no iba a ser menos. Y eso que el gasto en desempleo desciende pese a crecer el número de desocupados. Esto significa que muchas personas desempleadas han perdido ya la cualidad de sujeto protegido –desempleado– para ser puramente «parado» –sin empleo ni protección– al haber agotado el periodo máximo con derecho a prestación por la duración de la crisis económica, que ha enlazado dos recesiones en cinco años. Según los datos de la EPA del segundo trimestre de 2013, un tercio de los desempleados (más de dos millones de personas) llevan más de dos años en paro. Y la cifra no deja de crecer. De modo que la persistencia de esta crisis lleva a agotar también el nivel asistencial. Como muestra la EPA, desde hace varios meses, es mayor el número de personas que cobran subsidios (1,4 millones en junio), que los que tienen derecho a prestación (1,27 millones de personas).

En suma, la confluencia de la larga duración de la crisis laboral y los continuos cambios legales llevan a que la proporción de parados que reciben algún tipo de ayuda y prestación caiga hasta el 62%, un índice de cobertura que no se alcanzaba desde los últimos meses de 2004, aunque entonces la situación del mercado laboral, con la tasa de paro a la mitad del 26% actual, era bien distinta. Ciertamente, pese al descenso, las previsiones presupuestarias del Gobierno siguen en el aire. Aunque se han reservado 26.721 millones de euros para esta partida en las cuentas de 2013, esta estimación será, una vez más y como prácticamente el resto, superada, para rondar un año más los 30.000 millones. Por eso el Ministerio de Hacienda habilitó una línea de crédito extraordinaria de 5.800 millones para cubrir las futuras necesidades de gasto, incluyendo también la financiación de los incentivos a la contratación –bonificaciones al empleo y la formación–. El nuevo desfase en esta partida presupuestaria contribuirá al aumento del déficit público al cierre del ejercicio. Por eso, una y otra vez se lleva a cabo una intervención de reducción a la desesperada, bien directamente a través de recortes –RDL 20/2012–, bien mediante el descubrimiento de eventuales defraudadores sociales, que se nos presentan como si se tratase de auténticas «*bolsas de fraude social*». Esta concepción está, pese a lo que confiesa el Preámbulo-cuento, plenamente presente en los cambios del citado RDL 11/2013.

4.1.2. Los requisitos de acceso y conservación del derecho a la prestación: ¿es nueva la exigencia de «inscripción como demandante de empleo»?

Esta obsesión por combatir el fraude social se actualiza en esta nueva norma siguiendo un camino recurrente en las reformas a tal fin de los últimos años y que no es otro que poner nuevos, y otras veces no tan nuevos, requisitos para el acceso y conservación de la renta. Ahora le ha tocado el turno a la inscripción como demandante de empleo. Así, a través del artículo 6 del

RDL 11/2013 se añade una nueva letra e) en el artículo 207 del TRLGSS. A su tenor se exige un nuevo requisito para tener derecho a las prestaciones por desempleo:

«e) Estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente.»

Este nuevo requisito no solo es presupuesto para la solicitud del derecho, sino que lo es igualmente para la conservación del mismo, suspendiéndose el abono en caso de incumplirse –art. 209.1 TRLGSS–.

Conviene advertir, no obstante, que una vez más la novedad resulta más formal que real, por cuanto la regulación precedente ya exigía, para la solicitud del derecho a la prestación la inscripción como demandante de empleo *«si la misma no se hubiera efectuado previamente»*. La novedad en este punto reside aquí, en que ahora se exige que la inscripción del demandante sea siempre anterior a la solicitud, no puede ser simultánea a la solicitud. Nada se decía expresamente para la conservación del derecho a la prestación, pero quedaba claro que también constituía un presupuesto necesario y exigido por la doctrina judicial y la práctica administrativa para continuar con el percibo de la prestación.

Para dar coherencia reguladora se modifica paralelamente en el mismo sentido el artículo 231.1 del TRLGSS, letra h), de modo que son también obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo: *«h) Inscribirse como demandante de empleo, mantener la inscripción y cumplir las exigencias del compromiso de actividad en los términos establecidos en el artículo 27 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo»*.

Precisamente, este precepto ya preveía antes de la reforma la necesidad del requisito de la inscripción como demandante de empleo, añadiéndose ahora la de mantenerla. En consecuencia, se corrobora una vez más que lo que hace la reforma es clarificar la situación y explicitar de modo más preciso el presupuesto legal que ya era exigible conforme a un cabal entendimiento de la regulación precedente. Este requisito es general, se exige para todas las modalidades de subsidio también. Así se prevé en el nuevo apartado 4 introducido en el artículo 215 del TRLGSS, según el cual:

«4. En todas las modalidades de subsidio establecidas en el apartado 1 se exigirá el requisito de estar inscrito y mantener la inscripción como demandante de empleo en los mismos términos previstos el artículo 207 e) y en el artículo 209.1 de esta Ley.»

4.1.3. La obligación de comunicación y la necesidad de autorización previas para la salida al extranjero: ¿se reconoce el «derecho a vacaciones de los desempleados»?

A finales del año pasado, un tema especialmente recurrente en el ámbito de la tutela por desempleo, con importante repercusión mediática, fue el de la salida de un alto número de be-

neficiarios de desempleo extranjeros hacia sus países de origen, por diversos motivos y en todo caso con carácter temporal. La polémica fue alimentada por los Tribunales.

En efecto, una nueva jurisprudencia de la Sala Social del TS, dictada en unificación de doctrina, y rectificando una posición contraria poco tiempo antes fijada, arrumbó la regulación reglamentaria en esta materia, ampliando el plazo de salida al extranjero sin que por ello se perdiese el derecho al percibo de la prestación, limitándose a la suspensión de la misma. Con ello se perjudicaba el control público de estas situaciones, y por tanto también se limitaba esta vía de «ahorro de prestaciones», lo que hacía temer una pronta reacción legislativa correctora a su vez de esta jurisprudencia –SSTS de 18 y 30 de octubre de 2012– perjudicial para la eficacia de la Administración en la lucha contra el fraude social. Pues bien, la respuesta se produce ahora, si bien en términos mucho más moderados de lo esperable, de modo que se convierte en Ley la palabra del juez pero se reforzarían los controles público-administrativos para hacer efectivo el nuevo supuesto suspensivo de la prestación.

En esta dirección, ahora la reforma del artículo 212 del TRLGSS, relativo a los supuestos de suspensión del derecho a la prestación por desempleo, exige de modo expreso un doble presupuesto de tipo formal para que se produzca aquella suspensión en situaciones, cada vez más frecuentes, de salida al extranjero del beneficiario de la protección por desempleo:

- a) *Comunicación previa* de la salida por parte del beneficiario a la entidad gestora.
- b) *Autorización* expresa de tal salida por la entidad gestora.

Así, el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá por la entidad gestora en los dos siguientes supuestos:

«f)... *de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un periodo continuado inferior a doce meses*, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora...».

«g) *En los supuestos de estancia en el extranjero por un periodo, continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural*».

La nueva regulación, siguiendo la previsión precedente reglamentaria²⁰, considera que en las salidas breves no habrá suspensión del derecho, sino continuidad de su devengo. Ahora bien, en todo caso, será necesario comunicarlo a la entidad gestora.

²⁰ Debe tenerse en cuenta, con carácter general, la modificación del apartado 2 del artículo 28 del RD 625/1985, desarrollo reglamentario todavía vigente de la prestación por desempleo, según la cual el trabajador siempre está obligado a entregar en la Oficina de Empleo la documentación acreditativa de cualquier causa de suspensión o extinción del derecho a la prestación o subsidio por desempleo. Si la causa de suspensión es la realización de trabajos incompatibles con la protección, tal circunstancia ha de comunicarse siempre «con carácter previo al inicio de la prestación de servicios» –disp. final tercera RDL 11/2013–.

Así:

«No tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 231.1» del TRLGSS.

En cualquier caso, la norma hace advertencia expresa de los límites existentes a esta regulación en virtud del eventual régimen «sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea». Para comprender adecuadamente el alcance de esta reforma legal –ha afectado también al art. 212.4 TRLGSS, relativo a la reanudación del derecho suspendido, de modo que ahora contiene expresa referencia a estos dos supuestos añadidos– hay que recordar, si bien de forma breve, la situación precedente en la regulación a tenor de la referida jurisprudencia en la materia, pues sin esta no se entiende aquella. En este sentido, de tal jurisprudencia se derivarían tres situaciones:

- a) Prestación mantenida, que es aquella que se produce cuando la salida al extranjero es menor de 15 días y se ha comunicado a la entidad gestora.
- b) Prestación suspendida, que es aquella que se produce cuando la salida al extranjero es mayor de 15 días pero menor de 90, siempre que se comunique igualmente.
- c) Prestación extinguida, que es aquella que se produce cuando la salida al extranjero es superior a 90 días, salvo que concurren ciertos supuestos.

Precisamente, por lo que hace a los supuestos de prestación extinguida, la precedente redacción de la letra g) del artículo 213 del TRLGSS configuraba «el traslado de residencia al extranjero» como tal, *«salvo en los casos que reglamentariamente se determinen»*. La nueva redacción introduce dos novedades de coherencia reguladora:

- Conceptual. Precisa que no solo el traslado de residencia, sino también la «estancia» en el extranjero pueden ser causa de extinción.
- Normativa. La excepción a este tratamiento ya no remite a la norma reglamentaria sino que se fija directamente por la Ley, ampliándola a todos *«los supuestos que sean causa de suspensión recogidos en las letras f) y g) del artículo 212.1» del TRLGSS.*

4.1.4. «Más madera» para la prevención del fraude: el reforzamiento de los poderes de suspensión «cautelar» del derecho a la prestación

Naturalmente, de poco serviría incrementar los deberes formales de los beneficiarios y en las distintas situaciones por las que atraviesen sino se refuerza al mismo tiempo el poder de la entidad gestora de imponer consecuencias negativas, incluso en fases previas, de sospecha tan solo

de incumplimiento, por su inobservancia, o por la apariencia de tal. Esta potenciación del poder de control cautelar de la entidad gestora del cumplimiento formal de los titulares de la prestación no es nueva, sino que ya se introdujo con la reforma del artículo 212.3 del TRLGSS en virtud de la más intensa de las «*leyes austeritarias*» hasta ahora promulgadas, el RDL 20/2012. Los frutos no parecen haberse hecho esperar.

El Ministerio de Empleo ha publicado en agosto, a bombo y platillo, que habría retirado la prestación por desempleo nada menos que a 60.004 beneficiarios, bien por haber rechazado ofertas de empleo bien, lo que aquí más interesa, por haber incumplido los requisitos fijados para el acceso o su mantenimiento, motivo que afecta a un número significativamente menor. A raíz de esa práctica habría podido reducir el gasto en casi 1.000 millones de euros (915,1 millones). De esta forma, la eficacia de la política antifraude habría crecido notablemente en el año 2013, pues el número de prestaciones retiradas ha resultado casi 15 % superior al registrado en el 2012 y ha supuesto un ingreso para el Estado de 119 millones más que un año antes. Este sería uno de los efectos desplegados por Plan de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, aprobado en abril de 2012, que la ministra de empleo ha aireado, con «pelos y señales»²¹, en los medios de comunicación, a fin de hacer apología de este tipo de políticas, *propagando* a los cuatro vientos su eventual eficacia en el control del gasto social. En la «carta abierta», se va más allá y, sobre la base de una pretendida «responsabilidad social contra el fraude», que no es sino un eufemismo más para encubrir la delegación de funciones públicas en los ciudadanos, se llama sin tapujos a la «delación ciudadana», se da noticia de la puesta en funcionamiento a nivel estatal –ya existía uno en Cataluña–, y siguiendo pasos dados en el ámbito tributario, del «*buzón de denuncias*», garantizando la confidencialidad.

Más allá de las críticas tanto al modo como al fondo de la estadística dada a conocer por el ministerio, enfatizando que se sobrevalora el nivel de fraude en prestaciones sociales en la rama de desempleo, tanto en términos absolutos como sobre todo relativos –pues supone, en todo caso, un porcentaje muy pequeño de los millones de perceptores de esta prestación–, la prensa digital, la más activa en este periodo vacacional, ha cargado las tintas sobre este tipo de iniciativas de gestión o práctica administrativa. Así, no solo se evidencian las muchas dudas de legalidad que abren sino también la dimensión eminentemente policial que se va otorgando a esta rama del Derecho Social, con el consiguiente riesgo de algunos de sus valores clave²². Es manifiesto que de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 42/1997, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, las delaciones a través del buzón no podrán ser consideradas denuncias a la Inspección

²¹ Parece, si los datos oficiales difundidos en esa carta mediática son fiables, que tomando todo el periodo de vigencia del Plan, la lucha contra el cobro indebido de prestaciones por desempleo habría permitido ahorrar hasta 3.160,7 millones de euros. Además, se han llevado a cabo 334.214 inspecciones en materia de empleo irregular, con las que se han podido aflorar 130.512 empleos. En cuanto a la lucha contra las empresas ficticias, se han llevado a cabo 35.761 inspecciones en esta materia. Como consecuencia, se han anulado 64.379 altas ficticias, a partir de 3.523 infracciones.

²² Vid. MUÑOZ, Aurora: «El buzón contra el fraude laboral que propone Báñez vulnera la normativa actual», en Zoom-news, <http://www.zoomnews.es/83470/economia/empleo/buzon-fraude-laboral-que-propone-banez-vulnera-normativa-actual>

ción –ITSS– en sentido técnico jurídico, salvo modificación del precepto, por supuesto, lo que podría haberse hecho aprovechando esta nueva vuelta de tuerca laboral.

En efecto, este precepto precisa que no se tramitarán las denuncias anónimas, las que se refieran a materias cuya vigilancia no corresponda a la ITSS, las que carezcan de base, ni las que coincidan con asuntos de los que esté conociendo un órgano jurisdiccional. Por tanto, a falta de revisión legal, una denuncia solo puede ser tramitada si el jefe de la ITSS entiende que hay base jurídica para ello, y siempre que quien la presente cumpla con los requisitos de identificación previstos. La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, detalla en su artículo 31 que no basta con identificarse como denunciante para verter una acusación. La condición de interesado exige titularidad de derechos o intereses legítimos. De ahí que incluso se haya llegado a formular una crítica de esta iniciativa por el riesgo de lesión de la presunción de inocencia que conlleva.

En este escenario de presunciones de fraude y pensamiento de la sospecha de todos en relación a todos, más típico de una novela de Orwell, que hace de la delación –no ya de la colaboración– ciudadana una herramienta potente de dominación, podrían haberse reformado esas leyes, como decimos. Pero no se ha hecho, de momento. Sí se han introducido otros cambios en un mismo contexto y rumbo, a fin de potenciar las facultades de vigilancia y control de la entidad gestora. Así, el eventual incumplimiento de la obligación de presentar los documentos para la conservación del derecho habilita a la entidad gestora para adoptar «las medidas preventivas necesarias, mediante la suspensión (*¿cautelar?*) del abono» de las mismas, hasta que dichos beneficiarios comparezcan y los acrediten reanudándose entonces.

Lo que ahora hace el RDL 11/2013 es extender ese poder de control preventivo al requisito de la inscripción como demandante de empleo, para lo que introduce un segundo párrafo en el artículo 212.3 del TRLGSS con el siguiente tenor: *«Asimismo, la entidad gestora suspenderá el abono de las prestaciones durante los periodos en los que los beneficiarios no figuren inscritos como demandantes de empleo en el servicio público de empleo, y se reanudará a partir de la fecha de la nueva inscripción previa comparecencia ante la entidad gestora acreditando dicha inscripción, salvo que proceda el mantenimiento de la suspensión de la prestación o su extinción por alguna de las causas previstas en esta u otra norma».*

Conviene poner de relieve que la redacción actual elimina la adjetivación de «cautelar» que sí atribuía la anterior a la «suspensión» y que dio lugar a fuertes críticas por entender que podía implicar una actuación basada en meras sospechas o apariencias y no en la constatación de un incumplimiento concreto del beneficiario. El efecto práctico, sin embargo, es irrelevante.

En este mismo ámbito hay que hacer referencia a la modificación del artículo 27.4 de la LE. Una vez más el sentido de la reforma es reforzar el presupuesto referido de la inscripción como demandante de empleo, ahora para establecer que es misión no ya de la entidad gestora sino de los servicios públicos de empleo verificar *«el cumplimiento de la obligación de dichos beneficiarios de mantenerse inscritos como demandantes de empleo, debiendo comunicar los incumplimientos de esta obligación al Servicio Público de Empleo Estatal en el momento en que se produzcan o conozcan».*

Asimismo, se prevé, que dicha comunicación pueda realizarse por medios electrónicos. Tal comunicación se tendrá como documento que valdrá para que el SPEE inicie el procedimiento sancionador que corresponda. No obstante, aunque todo el apartado ha sido reformulado, hay que insistir en que realmente no hay ninguna novedad relevante al respecto más allá de lo formal, por cuanto la redacción legal previa ya presuponía la existencia de la inscripción como demandante de empleo²³. Como puede verse, se trata más bien de un intento de reforzar un deber ante la evidente sobrerregulación de esta materia, con normas que se reforman de forma continua e incrementan obligaciones a cargo de los beneficiarios que son redundantes respecto de las precedentes y, en todo caso, siguen ignorando el problema principal: la ausencia de los recursos personales adecuados para verificar el incumplimiento.

4.1.5. Cambios de coherencia reguladora: modificaciones de la normativa sancionadora social para reforzar los «nuevos» deberes formales de los beneficiarios

La circularidad y redundancia de toda esta materia tiene continuidad en el plano de las reformas en el derecho social administrativo sancionador. Recuérdese que las inobservancias de estos requisitos formales y/o documentales son también constitutivos de infracciones de naturaleza administrativa y, en consecuencia, una vez más, la coherencia reguladora obliga a una modificación paralela de los tipos infractores contemplados en el TRLISOS. Así, se añade un nuevo apartado 4 al artículo 24 del TRLISOS con el siguiente tenor. En el caso de solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, constituyen *infracciones leves* estos incumplimientos ante la entidad gestora de dichas prestaciones:

- a) No facilitar la información necesaria para garantizar la recepción de sus notificaciones y comunicaciones. Tienen validez las citaciones realizadas por medios electrónicos solo si cuentan con el consentimiento del beneficiario.
- b) No cumplir el requisito de estar inscrito como demandante de empleo en los términos establecidos en los artículos 209.1 y 215.4 del TRLGSS.

Una vez más en estricta coherencia con esta nueva previsión se modifica el artículo 25.3 del TRLISOS –infracciones graves–, de manera que ahora se considera infracción grave: «3. No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de la suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya per-

²³ «Las Administraciones públicas competentes *verificarán el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la inscripción como demandantes de empleo* y de la suscripción del compromiso de actividad de los beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo, debiendo comunicar los incumplimientos de dichas obligaciones al Servicio Público de Empleo Estatal, en el momento en que se produzcan o conozcan. Dicha comunicación podrá realizarse por medios electrónicos y será documento suficiente para que el Servicio Público de Empleo Estatal inicie el procedimiento sancionador que corresponda.»

cibido indebidamente la prestación, *siempre que la conducta no esté tipificada como infracción leve en el artículo 24.4 b)*» del TRLISOS. La novedad está en el último inciso. Análogas razones de ajuste o integración entre la normativa sustantiva y la adjetiva encontramos en las modificaciones realizadas en la regulación de las sanciones tipificadas para aquellas infracciones, tanto leves como graves. Para ello se introducen ciertos cambios en la redacción del primer párrafo de la letra a) y la letra c) del apartado 1 y del apartado 4 del artículo 47 del TRLISOS –sanciones para trabajadores, solicitantes y beneficiarios–. En el caso de los solicitantes y beneficiarios de pensiones o prestaciones de Seguridad Social, incluidas las de desempleo y la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos, las infracciones se sancionarán:

- a) *Las leves, con pérdida de la pensión o prestación durante un mes.* En el caso de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, las infracciones leves tipificadas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 24 se sancionarán conforme a la siguiente escala: 1.^a infracción. Pérdida de un mes de prestaciones. 2.^a infracción. Pérdida de tres meses de prestaciones. 3.^a infracción. Pérdida de seis meses de prestaciones. 4.^a infracción. Extinción de prestaciones.

Por su parte, según la letra c) del artículo 47.1, las infracciones muy graves se sancionarán con pérdida de la pensión o prestaciones durante un periodo de seis meses, y en el caso de las prestaciones o subsidios por desempleo o de la prestación por cese de actividad del trabajador autónomo, con la extinción. Igualmente, se les podrá excluir del derecho a percibir cualquier prestación económica y, en su caso, ayuda de fomento de empleo durante un año, así como del derecho a participar durante ese periodo en formación profesional para el empleo²⁴.

4.1.6. El «pago» de una «deuda histórica»: la devolución de una competencia a las comunidades autónomas «expropiadas» por el precedente Gobierno popular

En este ámbito hay que hacer hincapié en *la nueva redacción dada al apartado 5 del artículo 48 del TRLISOS*, que atribuye la competencia para las sanciones sociales relativas a los incumplimientos de las obligaciones relativas a la condición de demandante de empleo a los servicios autonómicos. Así, la nueva redacción establece que: «5. La imposición de sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social a los trabajadores corresponde, a propuesta de la ITSS, a la entidad gestora o servicio común de la Seguridad Social competente. En el caso de infracciones cometidas por solicitantes o beneficiarios de las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, la competencia corresponde a la entidad gestora de estas, *salvo en el supuesto de las infracciones contenidas en los artículos 24.3 y 25.4 de esta Ley, en el que la imposición de la sanción correspon-*

²⁴ De este modo, atendiendo al apartado 4 «La imposición de las sanciones por las infracciones previstas en esta subsección se llevará a efecto de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 y 5 de esta Ley, respetando la competencia respectiva del órgano sancionador y estableciendo la cooperación necesaria para la ejecución de la sanción impuesta, cuando la misma corresponda a la competencia de otro órgano».

derá al servicio público de empleo competente que comunicará la sanción, en el momento en que se imponga, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo para su ejecución por esta».

Se reconoce ahora competencia sancionadora en estos casos a los servicios de empleo autonómicos, y no solo de información o comunicación de la infracción. De este modo, se hace un reparto más ajustado de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, en la medida en que, en última instancia, los incumplimientos afectan a materia de ejecución en el ámbito de empleo. Aunque no se explica en el preámbulo la razón del cambio, este responde a la necesidad de adecuar la normativa sancionadora a la STCO 104/2013, de 25 de abril, que restaña, eso sí, como tantas veces le sucede a este fallido TCO, más de una década después, la potestad sancionadora en prestaciones por desempleo a las comunidades autónomas. La sentencia asume el planteamiento del Gobierno de la Generalidad de Cataluña en el Recurso de inconstitucionalidad 2095-2004 interpuesto contra varios artículos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Aunque, por enésima vez, jugando con el sentido propio de las palabras, el Gobierno explicó, a través de una nota de prensa a los medios que se limitaba con ello a «aclarar» el marco competencial de la potestad sancionadora de los Servicios Públicos de Empleo Estatal y autonómicos tras la reciente sentencia constitucional, lo cierto es que representa el cumplimiento de la obligación del legislador de reconocer una competencia autonómica que se había vulnerado por una ley estatal, curiosamente también fijada en su día por otro Gobierno del PP.

También aquí el cambio normativo solo se puede explicar por la reacción legislativa a una doctrina constitucional, en este caso en sentido adherente a la misma, y no, como en otros supuestos, correctora de aquella en aras de favorecer el principio de eficacia del actuar administrativo. En este sentido, la doctrina constitucional ha recordado que le corresponde al Estado la gestión de las prestaciones por desempleo, en tanto que integrantes de la caja única de la Seguridad Social. Este control supone, según reiterada jurisprudencia del TCO (SS 124/1989, de 7 de julio, FJ 3.º y 4.º *in fine* y 195/1996, de 28 de noviembre, FJ 7.º), la atribución de la potestad ejecutiva, y con ella la potestad sancionadora, cuando recae directamente sobre actividades económicas; esto es, las vinculadas a la percepción de los ingresos o la administración y disposición de esos fondos para atender la realización de los gastos correspondientes vinculados a las prestaciones por desempleo. Ahora bien, no sucede así cuando las conductas tipificadas no recaen directamente sobre la actividad económica de la Seguridad Social, esto es, no están relacionadas con la percepción de la prestación por desempleo, sino con la facultad de supervisión de competencia autonómica del cumplimiento de obligaciones que pesan sobre los beneficiarios de la prestación. Una conclusión que se afirmaría con independencia del tipo de sanción previsto, esto es, al margen de que tales infracciones se sancionen con la pérdida temporal o con la extinción de la prestación.

La razón estriba en que una cosa es, según el TCO, la imposición de la sanción prevista por el legislador estatal como consecuencia de conductas asimismo tipificadas por ese legislador, y otra distinta la realización del concreto acto de gestión económica relativo a la extinción o modulación de la prestación en la que la sanción consiste, que, en todo caso, habrá de corresponder a un órgano estatal, en tanto que gestor de la prestación. El legislador debe, pues, aceptar que la competencia para la imposición de las sanciones frente a las conductas descritas en

los artículos 24.3 y 25.4 del TRLISOS, según la redacción anterior a la reforma, corresponde a las comunidades autónomas –FJ 4.º–:

«... lo que determina que sea contrario al orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, inconstitucional y nulo, el actual segundo párrafo del art. 48.5 de dicho texto refundido en cuanto que recoge, alterando únicamente su posición, el anterior tercer párrafo del art. 48.4, pues, al hacer referencia a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, atribuye la titularidad de la potestad para sancionar las conductas descritas en los arts. 24.3 y 25.4 a un órgano estatal, el Servicio Público de Empleo Estatal. Excluida la competencia estatal para sancionar las anteriores conductas, el inciso cuestionado del primer párrafo del art. 48.5, que no ha modificado lo establecido por el segundo inciso del primer párrafo del art. 48.4 TRLISOS, solamente, afectado a su ubicación sistemática, no plantea el problema competencial denunciado. En suma, por todo lo expuesto, el art. 46.17 de la Ley 62/2003, en cuanto que da nueva redacción al párrafo tercero del apartado 4 del art. 48 del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (actual segundo párrafo del art. 48.5) ha de ser declarado contrario al orden de distribución de competencias y, por tanto, inconstitucional y nulo.»

Desde luego más vale tarde que nunca, pero de nuevo hay que llamar la atención sobre la importancia del tiempo para la justicia social. El TCO ya tuvo que modular el alcance de su doctrina constitucional para evitar distorsiones excesivas en el actuar administrativo, aun aceptando la invalidez de la situación:

«Finalmente hemos de precisar el alcance de nuestra declaración de nulidad en un doble sentido. En primer lugar, atendiendo a lo manifestado en el escrito de interposición del recurso, la declarada nulidad ha de referirse a la competencia para sancionar las conductas tipificadas en los arts. 24.3 y 25.4 TRLISOS. En segundo lugar, ... debemos modular en el tiempo los efectos de la declaración de nulidad.»

Se recoge así una reiterada doctrina constitucional en la que se declara que:

«... en supuestos como el que ahora nos ocupa y atendiendo a la pluralidad de valores constitucionales que concurren debemos traer a colación... el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al que responde la previsión contenida en el art. 40.1 LOTC, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes "no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada" en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales. Ahora bien, la modulación del alcance de nuestra declaración de inconstitucionalidad no se limita a preservar la cosa juzgada. Más allá de ese mínimo impuesto por el art. 40.1 LOTC debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama que —en el asunto que nos ocupa— esta declaración de inconstitucionalidad solo sea eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con

los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme. ... El principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) reclama la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas; no solo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes.»

Ya se ve como el principio de seguridad jurídica sirve para justificar diversos fines y tiene el sentido que en cada caso le da su intérprete, sea el juez sea el Gobierno-legislador. Pero, en todo caso, quien se ve perjudicado suele ser el ciudadano, lo que es más relevante, y, con carácter más general, la coherencia del orden jurídico, que permite convivir años y años con leyes y prácticas inválidas, pero que el peso de los años haría «eficaces».

Finalmente, y por lo que hace a los recursos, las decisiones de la entidad gestora competente, relativas al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de cualquiera de las prestaciones por desempleo, serán recurribles ante los órganos jurisdiccionales del orden social, previa reclamación ante dicha entidad gestora –art. 71 LRJS–. Asimismo, son recurribles las demás decisiones de la entidad, entre las que se encuentran las relativas a la imposición de sanciones a los trabajadores –art. 233, letra c) LGSS–. Aquí hallamos una novedad que deriva de la necesidad de ajustar la norma sustantiva a la adjetiva o de garantías, la sancionadora, por cuanto el cambio de esta obliga a una diferente delimitación del supuesto de hecho. En la regulación anterior, la letra c) preveía el acceso al recurso con las decisiones de la entidad gestora «*relativas a la imposición de sanciones a los trabajadores por infracciones leves y graves conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social*». En cambio, la nueva regulación: «*c) Las relativas a la imposición de sanciones a los trabajadores conforme a lo establecido en el artículo 48.5*» del TRLISOS.

4.2. NUEVOS CAMBIOS EN MATERIA DE PRIVATIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: LAS NUEVAS «ALAS» AL SECTOR DE LA SUBCONTRATACIÓN ENTRE AGENCIAS PRIVADAS DE COLOCACIÓN

Nadie puede dudar ya de la extremada ineficiencia de los servicios públicos de empleo en nuestro país, pues el crecimiento exponencial del desempleo sigue acompañado de una cada vez menor capacidad de aquellos de realizar de forma efectiva su función intermediadora en el mercado de empleo. Ahora bien, para resolver este innegable problema, una asignatura pendiente de superación desde hace más de tres décadas, que lejos de mejorarse empeora de forma alarmante, no hay una única solución, de modo que bien podría apostarse claramente por una auténtica modernización del servicio público de empleo con vistas a su reforzamiento, para lo que la innovación en las reglas reguladoras y en las técnicas de intervención resulta una buena guía o, por el contrario, bien podría dirigirse el esfuerzo a su desacreditación y lento desmantelamiento. Esto último es lo que estaría, lamentablemente, sucediendo en general.

Esta gradual devaluación del servicio público de empleo se produciría tanto en el plano orgánico, al desaparecer las estructuras específicas que lo dotaban de una organización propia y

autónoma en un buen número de comunidades autónomas, como en el funcional, al quedar vaciadas buena parte de las actividades de colocación-recolocación de estos servicios públicos, no obstante su reconocimiento constitucional, comunitario e internacional. Ciertamente, no faltan iniciativas novedosas en diversos servicios públicos autonómicos para devolver un poco de fe en la capacidad de intervención en el mercado de empleo para favorecer un equilibrio más logrado entre la exuberante demanda de empleo –más de 5 millones de desempleados– y la muy escasa oferta de empleo –el puñado de puestos de trabajo por cubrir ahora mismo en España–. Es el caso, por ejemplo, del Servicio Cántabro de Empleo, institución responsable del llamado «*programa de lanzaderas de empleo*», a través del cual se pretende mejorar, de una forma original y novedosa, la preparación y la motivación –el ánimo– de los desempleados sirviéndose de ellos mismos, implicándolos directamente en los procesos de búsqueda de su propio empleo. El fundamento del programa reside en el principio de que el individuo es quien más tiene que decir en su proceso de formación, por lo que debe implicarse de forma directa e inmediata, pero no a través de vías burocráticas sino devolviéndole confianza en sus valores²⁵.

Pese al crecimiento de este tipo de iniciativas, y otras del género, los resultados son a día de hoy muy limitados –apenas un 20% de los que participan encuentran empleo–. Es en este contexto decepcionante y crítico, donde encuentra su principal caldo de cultivo la otra y opuesta opción: la pretensión de potenciar un modelo de intermediación laboral en el que los agentes privados tengan mayor presencia también está presente en esta reforma parcial. Para ello, se ha modificado la letra f) del artículo 5 del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, a fin de permitir la subcontratación entre agencias de colocación. De este modo, se introduce una importante regla de excepción a la regla general prohibitiva antes vigente. En efecto, según prevé la nueva redacción, las agencias de colocación deberán cumplir diferentes obligaciones entre las que estaría la de:

«f) No subcontratar con terceros la realización de la actividad objeto de la autorización concedida, salvo que se trate de otras agencias de colocación autorizadas.»

Por enésima vez vemos como el legislador recurre a un argumento justificativo pero, en realidad, encubre otro bien diferente. El cambio se inserta no en la mejora de la eficacia de la inserción laboral, como se sugiere, sino que se impulsa la mercantilización de un servicio de carácter público, a través de la subcontratación de las políticas activas de empleo. Podría bien pensarse que realmente

²⁵ Según la información divulgada al respecto a través de una entrevista a la directora de tal servicio público de empleo: el «origen fue una conversación en "Navidades con Peridis" [José María Pérez, dibujante y arquitecto]. Él tenía un proyecto que encajaba con mi idea de que *la recuperación tiene que estar basada en valores que se han perdido en el mundo laboral, como el bien común por encima del lucro rápido*». Pese al entusiasmo con el que habla de la iniciativa, la directora de empleo mantiene los pies en el suelo respecto a las cifras: «Los de contratación son datos positivos, y también otros, como las 14 ideas de negocio que han surgido, pero hay que tener en cuenta que es verano, los contratos firmados son eventuales...». Para SOPEÑA, que aspira a doblar la cantidad de lanzaderas en 2014, lo que no deja lugar a dudas es la evolución en la preparación y mentalidad de los desempleados.

Vid. artículo periodístico: http://economia.elpais.com/economia/2013/07/19/actualidad/1374235640_249475.html

no son objetivos opuestos, sino complementarios, en cuanto que son el reflejo de una determinada concepción de cómo ha de funcionar ese servicio público, de manera que a través de su privatización, o mayor implicación de agentes privados, se mejorará la eficacia del servicio, repercutiendo en beneficio de las personas desempleadas y, en general, de todos los demandantes de empleo. Como es natural, saberlo a ciencia cierta requeriría de las artes del oficio de profeta. Ahora bien, no parece mucho aventurar que, en un contexto de recesión económica prolongada, esta medida servirá más bien, y en todo caso antes, para un marcado fortalecimiento de las agencias privadas de colocación más influyentes, entre las que sin duda están las ETT, cuyo vigor queda acreditado por las continuas ventajas que viene recibiendo en cada re-reforma laboral de forma continuada.

Por si alguien albergase alguna duda sobre quién es el auténtico beneficiario, hay que dar cuenta de otra reciente novedad en esta materia. Esta nos permite, además, enlazar con otra de las grandes líneas que inspiran la reforma: el marco generalizado del «pensamiento de la sospecha» de todos y cada uno de los desempleados como defraudadores en potencia.

En efecto, la delación se convierte en una técnica para la gestión de esta actividad, hasta el punto de forjar convenios de colaboración entre los poderes públicos y los «agentes privados de intermediación». Se suma esta iniciativa, pues, a la ya comentada del «buzón de denuncias contra el fraude laboral». En esta línea del pensamiento jurídico-institucional de la sospecha continuada por la potencialidad defraudadora del ciudadano –no ya solo del sujeto beneficiario de prestaciones, salvo que se sea emprendedor, en cuyo caso pesa más la faceta de contribuyente y dador de empleo–, un reciente «*acuerdo marco de colaboración*» entre estas entidades y el SPEE llevará a que se le concedan incentivos económicos no solo por contribuir a la inserción laboral de colectivos especialmente vulnerables en el mercado, como las *personas con discapacidad* y las personas en riesgo de exclusión social, en especial si el desempleado colocado se mantiene más de seis meses en su puesto de trabajo –dimensión positiva–, sino también por descubrir eventuales inobservancias de las obligaciones de los desempleados a fin de notificarlas al SPEE. La notificación llevará la puesta en práctica de una inspección de la que, si se derivara una sanción en firme, la agencia se beneficiaría mediante el pago de una compensación equivalente al 15% de lo que habría percibido por colocar al trabajador –dimensión negativa–.

El Consejo de Ministros aprobó el pasado 2 de agosto este acuerdo marco, que tiene por objeto complementar la intermediación de los servicios públicos de empleo en el mercado laboral mediante un sistema de colaboración público-privada con las agencias de colocación –el art. 6 LE daría fundamento legal a las iniciativas de colaboración entre lo público y lo privado en el mercado de intermediación; concretándose más en las Estrategias de Empleo, tanto la de 2012-2014 como la de Emprendimiento y Empleo Joven–. El ministerio prevé que se destinen a los contratos basados en el acuerdo marco un total de 200 millones de euros durante los dos años de su duración, prorrogables hasta otros dos, para el conjunto de contratos celebrados por los servicios públicos de empleo. Este acuerdo cuenta con el respaldo de la mayor parte de comunidades autónomas, que han manifestado su deseo de participar en él mediante la firma de los correspondientes convenios. Solo han expresado, por motivos diversos, su rechazo Cataluña –que ha argumentado su oposición con base en la imposibilidad de acceder al convenio entidades integradas

en su propia red de intervención en el mercado de empleo y, en consecuencia, por la desatención presunta a las peculiaridades del mercado catalán de empleo–, País Vasco y Andalucía²⁶.

Las comunidades autónomas que participan de esta decisión podrán suscribir un convenio de colaboración que les permitirá la firma de un acuerdo conjunto con las agencias de colocación que cumplan los requisitos estipulados en el pliego de condiciones administrativas de 5 de agosto y que encuentra su apoyo jurídico en la ya referida modificación de la Ley de Contratos del Sector Público por el RDL 4/2013 –hoy Ley 11/2013 de 25 de julio–. El BOE de 13 de agosto publicó, en la perdida sección de «Anuncios», la *Resolución de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal por la que se anuncia licitación de un acuerdo marco para la selección de agencias de colocación para la colaboración con los Servicios Públicos de Empleo en la inserción en el mercado laboral de personas desempleadas*. La fecha límite de presentación de ofertas fue el pasado viernes día 30 de agosto. Los requisitos que se pedían para el contratista fueron: contar con la acreditación como agencia de colocación y disponer de solvencia económica y financiera y solvencia técnica y profesional. Días antes se publicó el llamado *Pliego de cláusulas administrativas, particulares y condiciones técnicas para la celebración, por procedimiento abierto, de un acuerdo marco con agencias de colocación para la colaboración con los servicios públicos de empleo en la inserción en el mercado laboral de las personas desempleadas*» de 5 de agosto²⁷.

Precios máximos a ofertar (cláusula 7 del Pliego)

Edad del desempleado en años	Precios máximos en euros, con IVA, según tiempo en desempleo			
	De 3 a 6 meses	De 6 meses a 1 año	De 1 a 2 años	Más de 2 años
25 y menos	300,00	575,00	1.100,00	1.850,00
26 a 29	300,00	575,00	1.100,00	1.850,00
30 a 44	305,00	625,00	1.250,00	2.300,00
45 a 54	350,00	725,00	1.850,00	3.000,00
55 o más	600,00	1.275,00	3.000,00	3.000,00

En el caso de las condiciones económicas, el acuerdo marco establece un listado de precios máximos, recogidos en la cláusula 7. Estos no son los precios definitivos. Las agencias que desean participar en el acuerdo marco están obligadas a ofertar un porcentaje de reducción de licitación. Es

²⁶ <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/08/23/economia/1377261269.html?a=91664db8673e13c8291f4edbafa624fe&t=1377276148&numero=>. La versión oficial, que no coincide estrictamente con lo publicado en periódicos:

http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/_2013/refc20130802.htm#IntermediacionLaboral

²⁷ Disponible en: https://sede.sepe.gob.es/es/portaltrabaja/resources/sede/licitaciones/convocatorias/recursos/pdf/PCAP_17_13.pdf

decir, que si una agencia ofrece un porcentaje de reducción del 20%, podrá cobrar como máximo el 80% de los precios que figuran en el cuadro en cualquier contrato futuro. La parte económica tiene una ponderación del 60% en la valoración total de las ofertas y las agencias que ofertan un porcentaje de reducción mayor tendrán una nota más alta. El restante 40% se basa en una valoración cualitativa de la solvencia económica y técnica de las agencias, donde esta última queda acreditada si la agencia aporta evidencia de haber generado negocios relacionados con la inserción laboral por valor de al menos 500.000 euros en los tres años anteriores. Sobre el proceso de licitación a nivel autonómico y el reparto de fondos entre autonomías sabemos mucho menos. El acuerdo marco establece únicamente que los futuros contratos se deben «adjudicar a las proposiciones económicamente más ventajosas, evaluando la mejor combinación posible de calidad y precio para cada contrato».

En un informe al respecto relativamente reciente²⁸ se concluye que:

«... la apertura de un mercado de colaboración público privada en España para la atención personalizada de demandantes de empleo, ofrece muchas oportunidades pero también riesgos²⁹. La competencia entre operadores privados y entre estos y los públicos, aportará sin duda niveles de eficiencia y de transparencia al sistema de empleo hasta ahora impensables. Pero, en particular en el actual contexto del mercado de trabajo y de la situación económica de España, será muy difícil que el nuevo modelo arroje resultados tangibles y satisfactorios en términos de empleo a corto plazo; sin embargo es fácil que los problemas afloren... y con ellos el riesgo de encallamiento social prematuro de todo el proyecto de modernización del servicio público de empleo. Por eso es tan importante que el regulador logre manejar tanta experiencia acumulada en otros países como le sea posible, de tal forma que pueda tomar decisiones acertadas de forma rápida e inteligente» –pág. 30–.

Desde luego las opciones hasta ahora seguidas por los diferentes reales decretos-leyes que inciden en este tema no responden a esos estándares mínimos de «inteligencia reguladora». Basta recordar la cláusula 5, letra e) del Pliego de 5 de agosto analizado. En ella se fija el citado «incentivo por la resolución de irregularidades» en la percepción de las prestaciones sociales por de-

²⁸ Vid. Fundación Élogos: «Reflexiones sobre el marco de colaboración público-privada en España en el ámbito del empleo». Disponible en: http://www.elogos.es/Documents/estudios/reflexiones_colaboracion.pdf

²⁹ La existencia de importantes riesgos es aceptada incluso por los economistas favorables a la implantación de este tipo de medidas. Así: «La cooperación público-privada en la reinserción de los parados es un asunto delicado y las críticas apuntan sobre todo al riesgo de que las agencias puedan dedicar sus esfuerzos solo a los casos fáciles, dejando los casos más difíciles a su suerte; algo que se conoce como «cherry picking». Los autores del acuerdo marco son conscientes de este riesgo, pues las tarifas máximas son crecientes en la edad de la persona y la duración del paro. Además, las agencias solo cobrarán por colocaciones de, como mínimo, seis meses y con un máximo de dos contratos de trabajo, y se deja cierto margen para pagar algo más por las colocaciones por periodos más largos. Con esto se puede evitar que las agencias roten a los parados a fin de conseguir varios pagos por el mismo puesto de trabajo, y si es necesario se puede cambiar los parámetros a la vista de los resultados obtenidos». Vid. el comentario de BENTON-LILA, S. y JANSEN, M.: «Cooperación público-privada en la reinserción de los parados». Disponible en: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=31290>.

empleo. Este incentivo se concreta en el 15% del pago de lo que recibiría por la inserción aunque esta no se consiga si se comunica una irregularidad que termine en sanción.

Más bien, el tipo de cambios que se nos viene proponiendo evidencia claramente cómo, sobre todo mediando la recurrente excusa de la crisis, el Estado está delegando una función de servicio público en los sujetos proveedores comerciales o mercantiles, pagándoles por el número de desempleados a los que se asignan trabajos o por la reducción constatada en el número de solicitantes de subsidio. La comercialización o re-mercantilización de lo que fue, es, y no puede dejar de ser en el plano jurídico, un servicio público tiene múltiples derivas erráticas tanto en el plano de la ética social como del orden jurídico constitucional, porque «despersonaliza» el servicio público para convertirlo en «una pura transacción mercantil», pues «el intermediario» no deja de ser una empresa y en una economía de mercado su subsistencia pasa por ser rentable –beneficio–. Aunque suele presentarse como una alternativa útil a ese factor de exclusión social que es la continua vivencia en el desempleo, siendo avalado tanto por cierto sector de opinión jurídica como, sobre todo, económica, contribuye realmente al incremento de una creciente franja social que ve desaparecer los elementos del Estado del Bienestar, como forma ese expansivo colectivo que se da en llamar el «precariado»³⁰.

4.3. AL MENOS UNA BUENA NOTICIA: LA PRÓRROGA AUTOMÁTICA DEL PLAN PREPARA

No en el RDL 11/2013, pero sí en el verano, se ha producido una novedad ya anunciada en materia de protección social. En efecto, en el mes de agosto se ha producido la prórroga automáti-

³⁰ Vid. STANDING, G.: *El precariado. Una nueva clase social*, Editorial Pasado & Presente, abril 2013. Para la crítica jurídica de estos mecanismos de colaboración público-privada vid. el atinado y contundente artículo periodístico de NEGUERUELA, E.: «Colaboración público-privada en empleo: parados en venta y sancionadores a comisión». En <http://www.nuevatribuna.es/articulo/economia-social/colaboracion-publico-privada-en-empleo-parados-en-venta-y-sancionadores-a-comision/20130623131033093925.html>. También críticos, pero por motivos diversos, basados en la pretendida poca valentía de estas medidas a la hora de afrontar la mutación del modelo público en otro privado, el análisis de los economistas liberales de FEDEA, BENTOLILA, S. y JANSEN, M.: «Cooperación público-privada en la reinserción de los parados», disponible en <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=31290>: «Sin embargo, el fallo más grande es la absoluta falta de ambición. El AM previó la irrisoria cifra de 66 millones de euros para cuatro años (conviene recordar que eso era en el borrador de marzo, ahora serán 200 millones para dos años, prorrogables por otros dos, lo que sumaría al menos 400 millones, esto es, más de seis veces lo previsto originariamente). Con una remuneración media a las agencias de 1.500 euros por parado, estaríamos hablando de poco más de ¡10 mil parados al año! En el Reino Unido el sistema se autofinancia –el ahorro en prestaciones es mayor que el pago a las agencias–. Desde esta perspectiva, no se entiende un límite tan estricto durante un periodo tan largo. El Estado español gasta actualmente más de 30 mil millones de euros en prestaciones por desempleo. Incluso en caso de que la cooperación público-privada no consiguiera reducir el gasto total en prestaciones y remuneraciones para las agencias, todavía habría ganancias por el aumento del número de empleados. Además, es claro que el sistema público no cuenta con los recursos humanos necesarios ni los incentivos adecuados para ofrecer servicios individualizados de calidad a todos los parados. El uso de las agencias de colocación permitiría un rápido aumento de los recursos disponibles y un grado de especialización que actualmente no existe y que podría ser muy fructífero. Pero la reforma no debería quedarse ahí. El siguiente paso debería ser una profunda modernización de los propios servicios públicos de empleo».

ca del célebre, aunque lamentablemente inefectivo, Plan PREPARA. En este sentido, se recordará lo previsto en el RDL 1/2013. De interés es, pues, la referencia a la *Resolución de 1 de agosto de 2013, del Servicio Público de Empleo Estatal –BOE 16 de agosto–*, por la que se determina la forma y plazos de presentación de solicitudes y de tramitación de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero. Tras las dos prórrogas expresas de la regulación prevista en el RDL 1/2011 y el cambio parcial operado, en sentido restrictivo, por el RDL 23/2012, finalmente el RDL 1/2013 regulará la prórroga automática del programa «siempre que la tasa de desempleo sea superior al 20 por ciento según la última Encuesta de Población Activa publicada con anterioridad a la fecha de la prórroga». Desafortunadamente, no porque tenga que ser un hecho fatal sino por la marcada incompetencia de quienes gobiernan la economía, esa cifra dista muchísimo de reducirse en España, por lo que asistiremos a prórrogas nuevas, salvo que nos sorprendan con una petición nueva de recorte al respecto.

De acuerdo con el artículo único, apartado 13 del Real Decreto-ley 23/2012, de 24 de agosto, corresponde al SPEE desarrollar el procedimiento de concesión y pago de las ayudas de acompañamiento incluidas en el mencionado programa. Asimismo la disposición final cuarta del Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, faculta a la persona titular de la Dirección General del SPEE, en el ámbito de sus competencias, para dictar cuantas resoluciones sean precisas para el desarrollo de esta norma.

En uso de esa habilitación legal, la referida resolución tiene por objeto determinar la forma y plazos de presentación de las solicitudes, así como la tramitación y pago de las ayudas económicas de acompañamiento incluidas en el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo prorrogado por el Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero, en los términos regulados en el Real Decreto-ley 23/2012, de 24 de agosto.

5. LAS MODIFICACIONES EN MATERIA LABORAL: LAS NUEVAS REGLAS DE «SEGURIDAD» PARA LA CONSULTA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE FLEXIBILIDAD NEGOCIADA

5.1. LAS RE-REFORMAS ORIENTADAS A «EMBOZAR» EL «MOLESTO» PERIODO DE CONSULTAS: LAS «NUEVAS» REGLAS DE CONSTITUCIÓN Y FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN NEGOCIADORA

El eje del nuevo modelo de gestión de las medidas colectivas de flexibilidad, interna y externa, si bien las que más complejidad están generando son las de despido colectivo, reside en el proceso de negociación de buena fe que actúa como presupuesto necesario, si bien no vinculante, para su adopción por parte del empresario. El periodo de consultas, y la creación de la «comisión negociadora» al efecto, se convierten en el eje principal de toda la trama, de ahí que sobre él

se concentre tanto el marco regulador como la actividad de control judicial. La doctrina judicial viene enfatizando que tal periodo no es visto como un mero trámite formal o de procedimiento sino como expresión de un genuino proceso de negociación colectiva. Si bien la formulación es análoga en todos los procedimientos de gestión flexible, como se decía, queda claro que las referencias a los de flexibilidad interna no constituyen el argumento principal de los cambios, pese a que el legislador trata de crear la apariencia de que poner más interés en los mismos supone el efectivo cambio de la cultura empresarial de ajuste, tradicionalmente basada en los despidos –reducción de plantillas– en detrimento de las modificaciones en las condiciones de trabajo. Por eso, si bien el RDL 11/2013 introduce los cambios en cualesquiera de los procedimientos previstos legalmente a tal fin, como advierte el preámbulo –punto II, pág. 56.596–, lo determinante de la reforma han sido las quejas y conflictos suscitados en la gestión de estos procedimientos de consulta en los despidos colectivos.

Por más que pudiera quererlo el Gobierno-legislador, el periodo de consultas no es disponible para él, porque constituye el centro de gravedad de esta modalidad de despido por estricto imperativo de trasposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 1998/59/CE, del Consejo. La jurisprudencia comunitaria ha evidenciado que no estamos ante un mero trámite procedimental, una traba formal sustitutiva de la ausencia de trámites de tipo administrativo, sino que tiene una función sustancial en todos sus términos y presupuestos: su finalidad es asegurar la información, la consulta y la participación de los trabajadores –SSTJUE de 27 de enero de 2005 y 16 de julio de 2009–. Según esta normativa comunitaria, eso es así porque los representantes de los trabajadores se hallarían en la mejor situación para alcanzar el objetivo social perseguido por la Ley al establecer tal presupuesto-límite de la decisión.

En efecto, tal finalidad no es otra que la de promover la formulación-negociación de propuestas constructivas sobre las posibilidades de evitar o de reducir las decisiones de ajuste, en especial cuando se trata de medidas tan traumáticas para los trabajadores, y para toda la sociedad, como los despidos colectivos³¹. Desde esta perspectiva, la propia doctrina judicial ha tenido ocasión, quizás incurriendo en un cierto exceso de valoración jurisdiccional, pues se sitúa más en el

³¹ Como explica la STSJ de Aragón 711/2012, de 18 de diciembre, sobre la importancia de este periodo de negociación puede servir de ejemplo la STS de 16 de noviembre de 2012, rec. núm. 236/2011, la cual, aunque referida a la exigencia de buena fe en el procedimiento del artículo 41 del ET para la modificación sustancial de condiciones de trabajo, resulta, por su identidad de razón, perfectamente extrapolable en sus argumentaciones al supuesto del periodo de consultas en caso de despidos colectivos. La citada sentencia pone de relieve *«la trascendencia que el Legislador quiere dar al periodo de consultas previo a la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, configurándolo no como un mero trámite preceptivo, sino como una verdadera negociación colectiva, entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como sobre las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores de dicha decisión empresarial, negociación que debe llevarse a cabo por ambas partes de buena fe»*. Insiste esta resolución, en que la empresa está obligada *«no solo a exponer la características concretas de las modificaciones que pretende introducir, su necesidad y justificación, sino que también, en el marco de la obligación de negociar de buena fe, debe facilitar de manera efectiva a los representantes legales de los trabajadores la información y documentación necesaria»*.

terreno de la política del derecho, de afirmar que cuando media un acuerdo colectivo en este procedimiento «se trata de una extinción contractual ontológicamente distinta de aquella que se realiza unilateralmente por el empresario» –STSJ de Aragón 287/2013, de 11 de junio de 2013–³².

Por eso, ni tan siquiera bastará con la consecución de un acuerdo para la legitimación de la medida, aunque su existencia haga presumir la concurrencia de causas, sino que también ha de atenderse a la regularidad del procedimiento mismo, por más que la doctrina judicial más reciente de la Audiencia Nacional y en cierto modo la jurisprudencia del TS se orienten ahora en la línea de valorar más la existencia de un acuerdo válido y eficaz que la formalidad del procedimiento para llegar a tal acuerdo, según se verá. Sea como fuere, lo cierto es que al legislador le han preocupado mucho las disfunciones que los grandes bufetes de abogados han puesto de relieve en el desenvolvimiento práctico de esta materia, por lo que ha considerado de especial interés, en aras de la seguridad jurídica tan proclamada como ausente, precisar más, haciendo más intervencionista la regulación legal, las reglas que han de ordenar tanto los sujetos legitimados como la composición y funcionamiento de la comisión negociadora. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que cuanto más ágil sea el procedimiento y más confianza dé a los empresarios el seguimiento del mismo, se facilitará el objetivo de la flexibilidad, sea interna –la devaluación o degradación de condiciones de trabajo, sobre todo de salarios, tan auspiciada por todos cuanto ausente como regla general de nuestra práctica, salvo por la vía de la elevada moderación-reducción salarial vía convenio–, como los despidos.

La práctica está evidenciando que son otras las vías principalmente seguidas para la rebaja de salarios con simultánea subida de la jornada laboral en nuestro país. Así, los convenios registrados hasta julio dieron fe de que prácticamente un tercio de los trabajadores –671.739 trabajadores: 28% de los 2,4 millones– incluidos en su ámbito de cobertura aceptaron congelarse el sueldo este año. La estadística refleja que en el conjunto de los 904 convenios depositados, el alza salarial apenas llega al 0,65%, casi un tercio de lo que reflejaban los pactos colectivos en julio del año pasado (1,6%). En consecuencia, la congelación salarial es una práctica creciente, que va mucho más allá de lo asumido por el sector público. Los datos más recientes evidencian que las bajadas de salarios se están generalizando, aunque no en la magnitud que receta el FMI y vocifera el comisario europeo de economía, una propuesta que concitó el rechazo unánime de partidos políticos y agentes sociales. Y ello pese a las alertas de la OIT, sobre los riesgos de prolongar la devaluación salarial. Los ajustes laborales han contribuido a recomponer los excedentes empresariales, que según el último informe del servicio de estudios del BBVA se encuentran en niveles «históricamente elevados»³³, algo que le hace ser optimista sobre un próximo aumento de la inversión, paso previo a la recuperación en el empleo. Si bien este no es una consecuencia más o menos automática del crecimiento, pues a menudo esa mejora de la productividad no queda trasladada al empleo, ni siquiera a la inversión. En cualquier caso, no se garantiza legalmente esa conexión entre favor por la flexibilidad interna y la garantía o continuidad del empleo.

³² Referencia para su localización en repertorio oficial: Roj: STSJ AR 833/2013.

³³ Vid. para los datos, desagregados de forma detallada, la información completa aparecida en el artículo divulgativo que se publica en: http://economia.elpais.com/economia/2013/08/08/actualidad/1375991239_529382.html

A pesar de las evidencias científicas que hay sobre esta situación, y la constatación del elevado coste social y económico que tiene ese modelo de regulación-gestión laboral, la ley laboral, en vez de corregir la dirección constatado el error, lo que hace es perseverar en el mismo exigiendo todavía «más madera» para incendiar las naves, el motor de la economía, de modo que se intensifique la devaluación salarial –que en términos jurídicos es degradación personal, laboral y social–, así como los despidos, avanzando en reformas fallidas y que, en consecuencia, solo puede acarrear más crisis, desempleo y necesidades de reforma. Todo en un bucle sin fin, y todo porque quienes nos gobiernan no conocen la palabra fracaso y la corrección de errores. Precisamente, se recordaba recientemente cómo en uno de los programas televisivos de *Ilustres ignorantes* se trató de las bondades que tiene reconocer el fracaso³⁴. Ese término, y el verbo fracasar, no existe para la Comisión al enjuiciar el resultado.

Tampoco el legislador español reconoce errores y sus continuas reformas se dirigen en una misma y única dirección. En este ámbito, se evidencia un claro disgusto legislativo por la creciente judicialización de este tipo de situaciones, cuando lo que se pretendía era lo opuesto, que la negociación de buena fe, por tanto sin muchas ataduras ni exigencias, resolviera pronto el problema y permitiera a la empresa competir bajo las nuevas condiciones laborales. Incluso algunos pronunciamientos judiciales ven con recelo la impugnación de los acuerdos colectivos en este tipo de situaciones, reclamaciones que, por cierto, no solo provienen de los sindicatos minoritarios, cuando se alcanza acuerdo por los mayoritarios, sino también por la autoridad laboral a través de una creciente presentación de demandas de oficio ex artículo 148 de la LRJS para evitar que esos acuerdos solo busquen desplazar los costes al erario público, sobre todo a través del cobro de prestaciones por desempleo³⁵. De ahí que se enfatice por algún Tribunal que la estimación de la demanda «*supondría dejar sin efecto la voluntad de los trabajadores, expresada a través de sus representantes legales y sindicales, y con ella el citado compromiso de mantenimiento de empleo, en perjuicio de la mayoría de los trabajadores*» –STSJ de Aragón 287/2013, FJ 2.º³⁶.

³⁴ *Ilustres ignorantes* es el título de un programa televisivo repleto de ingenio, inteligencia y humor. Eso sí, en canal de pago. Vid. <http://canalplus.es/ilustres-ignorantes/programas-completos/temporada-12-13/?id=1047598&media=AF942768&cc=PLTVPR>

³⁵ En todo caso, existe una importante conexión entre el control de legalidad de este procedimiento y la lucha contra el fraude social, por lo que enlazaría con las modificaciones legales analizadas en el apartado anterior. En este sentido, también en este ámbito hallaremos una intensa actividad de control público de la legitimidad de los acuerdos colectivos adoptados en este procedimiento de regulación de empleo, a fin de evitar que se produzcan ciertos pagos indebidos de prestaciones por desempleo. De ahí que la entidad gestora de las prestaciones por desempleo emita cada vez más informes en los que, por lo general atendiendo a lo puesto en evidencia, con mayor o menor claridad, por el Informe de la ITSS, solicita, o recomienda, a la autoridad laboral que impugne los acuerdos por posible fraude a la Seguridad Social. La actividad jurisdiccional cada vez conoce de más situaciones de este tipo. En unos casos resueltos a favor de la legitimidad de los acuerdos –ejemplo: STJS de Galicia, 5989/2012, de 11 de diciembre (Roj: STSJ GAL 10260/2012); SSTSJ de la Comunidad Valenciana, 767/2013 y 1074/2013, esta última por razones de forma (caducidad de la acción)–, y en otros se declara, en cambio, su carácter fraudulento –ejemplo: STS de la Comunidad Valenciana, 1280/2013, de 28 de mayo–. Una clave para tal apreciación es, como siempre, el informe de la ITSS.

³⁶ Este acuerdo se suscribió por los *comités inter-centros de SODEMASA y SIRASA* y por los sindicatos mayoritarios: UGT y OSTA. En cambio, fue rechazado por CC.OO., minoritaria en estas empresas. «Dicho acuerdo conllevó contraprestaciones para ambas partes. Una de las más importantes consiste en el compromiso empresarial de no tramitar

Es manifiesto que así se crea un «prejuicio favorable» por parte del Tribunal hacia este tipo de acuerdos, máxime cuando incorporan garantías de empleo para la mayoría, incluidos los «trabajadores supervivientes» y un trato favorable a los afectados por el procedimiento de regulación de empleo³⁷.

En suma, parece haber un interés concurrente aquí entre la autoridad reguladora y la autoridad aplicativa para que se desjudicialicen al máximo estos conflictos, en especial evitando que las tensiones entre los diferentes sujetos representativos compliquen el proceso y dilaten su gestión, en detrimento de los intereses de gestión flexible empresarial. De ahí que no le haya importado al legislador hacer algunas modificaciones relevantes en la ordenación de los sujetos legitimados y comisión negociadora, como se decía, aunque ello suponga un cierto riesgo de des-sindicalización y alteración de reglas clásicas al respecto en nuestro Derecho, como han criticado los sindicatos mayoritarios. A este respecto, una primera y muy relevante novedad del texto legal, aunque no es ninguna novedad jurídica en sentido estricto, es la exigencia de que el periodo de consultas sea unitario, por empresa, y no diversificado por centros de trabajo afectados por la regulación de empleo, sea suspensiva, sea de reducción o sea extintiva. Conforme a la regulación legal, el periodo de consultas se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Asimismo, y como segunda novedad relevante respecto de la composición, la comisión negociadora estará integrada por un máximo de 13 miembros en representación de cada una de las partes.

Estas dos novedades se recogen en todos los procedimientos de gestión empresarial de la flexibilidad interna que requiere esta dimensión negociadora, de ahí que se modifiquen, en un mismo sentido literal y de fondo, los artículos 40.2 –movilidad geográfica–, 41.4 –las modificaciones sustanciales–, 47.5 –suspensión de contratos por causas empresariales–, 51.2 –despidos colectivos– y 82.3 del ET –inaplicación de convenios colectivos–. El artículo 27 del Reglamento asume, de este modo, nueva redacción, a fin de zanjar definitivamente esta tensión entre la norma

durante dos años ningún procedimiento de despido colectivo y, si fuera necesario realizar algún despido individual durante estos dos años, se convocará la comisión de seguimiento creada en dicho acuerdo para estudiar la reubicación del trabajador, garantizando en todo caso el abono de la indemnización superior a la legal fijada en dicho acuerdo».

³⁷ Un compromiso de continuidad que se produce en un tipo peculiar de la regulación de los ERE como es la del sector público. Una vez más se confirma cómo decisiones del más alto nivel político inciden en la pérdida de empleos en empresas públicas, como efecto grave de las medidas normativas relativas a la estabilidad presupuestaria y de reducción del déficit público. Precisamente, según se argumenta en el FJ 3.º de la STSJ de Aragón, 287/2013: «En el escrito de demanda se alega que, al tratarse de un despido colectivo de una Administración pública regulado por la disposición adicional vigésima del ET, los trámites a seguir tenían que haber sido los previstos en los arts. 35 y ss. del RD 1483/2012, de 29 de octubre. Sin embargo, tanto la disposición adicional vigésima, párrafo segundo, del ET (que regula la "aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público"), como el art. 35 RD 1483/2012 (relativo al "procedimiento de despido colectivo aplicable en las Administraciones Públicas a que se refiere el párrafo segundo de la disp. adic. vigésima ET") mencionan "los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público". Y este precepto legal define qué se entiende por Administración pública a efectos de dicha ley, excluyendo expresamente a "las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales"».

reglamentaria –que legitimaba la diversidad por centros– y la «norma judicial» –que exige la gestión unitaria por empresa: SAN 90/2012, de 25 de junio; incluso por grupo de empresas si existe una vinculación relevante laboralmente, supuesto no recogido por el legislador: SAN 91/2012, de 26 de julio–, de modo que ahora la consulta se llevará a cabo:

«en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes» –art. 27.1–.

La anterior redacción del artículo 27.2 del Reglamento –el Gobierno ha alterado, de forma caprichosa, la numeración, de modo que lo que antes iba en el apartado 1 ahora va en el 2, y viceversa–³⁸ permitía la opción al empresario, abriendo por tanto más posibilidades si no al fraude sí al uso oportunista: «2. Cuando el procedimiento afecte a varios centros de trabajo deberá concretarse si la negociación se realiza globalmente para la totalidad de los centros de trabajo de la empresa o de manera diferenciada por centros de trabajo».

Como tercera novedad, ahora respecto del funcionamiento de la comisión negociadora, se exige que quede constituida en todo caso «con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas». Como puede verse, aquí, tras el objetivo de mejorar la agilidad del procedimiento y mejorar la seguridad jurídica sobre la constitución de la Comisión negociadora, está el fin de dar la mayor celeridad posible a la decisión, de modo que defectos formales menores no supongan ni retrasos ni causa luego para la nulidad judicial. Esta exigencia de celeridad ya está en la versión originaria, que prevé que la falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

Que la comisión negociadora se constituya previamente busca resolver buena parte de los múltiples problemas suscitados en la práctica sobre el inicio del periodo de consultas, su desarrollo y los plazos para adoptar decisiones por parte empresarial. Es honesto reseñar que, en este caso, la redacción normativa resulta técnicamente mucho más correcta que la vigente con anterioridad («En todos los casos, la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo»). Según el texto modificado, la dirección deberá comunicar «de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento...»³⁹.

³⁸ El actual –y no modificado– artículo 27.2 del Reglamento prevé que la comisión negociadora de los procedimientos en representación de los trabajadores fije, de forma obligatoria, en su acta de constitución que se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones.

³⁹ Previéndose un plazo máximo de 7 días para la constitución de la comisión desde la fecha de la comunicación, ampliable a 15 días cuando alguno de los centros afectados no cuente con representantes legales y deba decidir si otorga su representación a una comisión *ad hoc*, a los representantes de los otros centros, o simplemente no toma ninguna decisión al respecto y se inhibe (por las razones que fuere, que pueden ser muchas y variadas) del proceso negociador.

Como cuarta novedad, se especifica también cómo ha de conformarse la mayoría. Así, se dice que el acuerdo *«requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados»*⁴⁰. Se incorpora de este modo la adaptación de la regla ya prevista de la mayoría a la opción de negociación conjunta inter-centros. Es importante esta previsión si se tiene en cuenta que, hoy como ayer, solo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que haya sido adoptado por los sujetos legitimados para la consulta y en los términos del artículo 26 del Reglamento, modificado también al efecto para hacerlo coherente con el actual artículo 41.4 del ET.

5.2. EL DESPLAZAMIENTO DEL MODELO DE PROPORCIONALIDAD REPRESENTATIVA SINDICAL POR EL DEL «NÚMERO DE TRABAJADORES»: ¿A QUIÉN BENEFICIA?

Dentro de esta materia de los sujetos legitimados y reglas de composición de la comisión negociadora hay que destacar de modo singular la modificación del artículo 41.4 del ET, que resulta aplicable al conjunto de procedimientos de medidas colectivas de flexibilidad, interna y externa⁴¹. Así, reiterando la redacción anterior, prevé que la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponda, manteniendo su preferencia legal introducida desde la reforma de 2010, a «las secciones sindicales», siempre que estas así lo acuerden y que, como es natural, *«tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados»*.

En defecto de esta interlocución preferente, que se convierte en obligada en todo caso de existir tales secciones y darse el acuerdo mayoritario, se lleva a cabo una reordenación de la regulación de los procedimientos subsidiarios que, como es sabido, se concretaba básicamente en la Ley (no así en el reglamento de desarrollo anterior a la reforma que comentamos) en el nombramiento de una «comisión *ad hoc*». Ahora se diferencia entre dos supuestos, atendiendo a que afecte a un único centro de trabajo o a varios. Así:

⁴⁰ En paralelo se modifica, por la disposición final cuarta del RDL 11/2013, el artículo 28 del RD 1483/2012, Reglamento regulador de estos procedimientos. En su apartado 1, se especifica que los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados, para lo cual, y aquí está la novedad, que trata de introducir seguridad jurídica o una mejora técnica claramente, «se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes».

⁴¹ En coherencia con esta modificación se da nueva redacción al artículo 26 del Reglamento: «Estarán legitimados para intervenir como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas a que se refiere este Reglamento los sujetos indicados en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el orden y condiciones señalados en el mismo».

- a) Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal.

En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos 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 estos democráticamente, o
- A una comisión de igual número de componentes 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.

Aquí no hay ninguna novedad respecto de la regulación precedente.

- b) Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo. En este caso se distinguen, a su vez, tres supuestos:

- Que exista comité inter-centros. En este caso negociará tal órgano representativo, pero «siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación».
- Que no exista tal órgano conjunto. En estos casos, si todos los centros afectados cuentan con representantes legales, la comisión estará integrada por estos. En cambio, si unos sí tienen y otros no, la comisión estará integrada solo por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente –comisión híbrida o mixta– en proporción al número de trabajadores que representen.

En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión del párrafo a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, *en proporción al número de trabajadores que representen*⁴².

⁴² Recuérdese que, respecto a la composición de la comisión negociadora y la ponderación del voto de sus miembros, es reiterada la doctrina judicial según la cual se aceptan «las comisiones híbridas» o «mixtas», es decir, integradas por representantes legales y otros designados *ad hoc*. Así se afirma en la SAN 78/2013, de 22 de abril (Roj: SAN 1672/2013). La condición de legitimidad de tal alternativa de representación «sea negociada y se asegure la ponderación de voto para garantizar que se cumple con la exigencia, contenida en el art. 28.1 del Reglamento, según la

- Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a), en proporción al número de trabajadores que representen.

En todos los supuestos, como ya se dijo, el número de integrantes de la comisión no puede ser de más de 13. Si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas el número inicial de representantes fuese superior a 13, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de 13, *en proporción al número de trabajadores que representen*. Aquí aparece uno de los aspectos más criticados por los sindicatos de la re-reforma parcial, en la medida en que para ellos se ha producido una profunda alteración de la regla básica asentada en nuestro Derecho en orden a la representatividad, pues esta no debe fijarse atendiendo al número concreto de trabajadores, criterio más próximo al concepto civilista de representación voluntaria, sino al de representatividad sindical. Recuérdese la redacción del artículo 63 del ET sobre el referido comité inter-centros, en el que se dispone que en su constitución:

«se guardará la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente.»

¿Por qué se cambia ahora ese criterio y a quién beneficia?

Desde luego a los sindicatos más representativos no. De ahí que se haya puesto de relieve que, atendiendo al tejido empresarial español, basado en pequeñas empresas, puede conllevar que los representantes no sindicalizados desplacen a los sindicales en las negociaciones de medidas de flexibilidad tanto internas como externas. Este riesgo o peligro de desplazamiento del modelo constitucional y legal de preferencia sindical a otro de protagonismo no sindical sería la razón por la cual tal regulación puede vulnerar la libertad sindical (art. 28.1 CE).

5.3. LAS REFORMAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN NEGOCIADA DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN SITUACIONES CONCURSALES

De coherencia reguladora es la reforma operada en los apartados 2 y 6 del artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. En el apartado 2, se remite al procedimiento de designación de la comisión negociadora previsto en el artículo 41.4 del ET, a fin de uniformar esa regulación

cual los acuerdos en el periodo de consultas requerirán la conformidad de la mayoría de los miembros de la comisión negociadora que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados». En el mismo sentido la SAN 150/2013, de 30 de julio que, además, concluyó, con todo sentido común pese a la petición de nulidad de la parte sindical, que no tiene sentido declarar nulo un procedimiento por una inadecuada ponderación de votos que no tuvieron ocasión de ejercitarse, por la sencilla razón de que no hubo acuerdo.

con la sustantiva. Nada de nuevo hay más en ello, por lo que, hoy como ayer, si no se ha designado la representación específica prevista en la norma sustantiva, será el juez de lo mercantil el que designe los integrantes de la comisión, que tendrá un máximo de tres miembros, pertenecientes en todo caso a los sindicatos más representativos y representativos del sector al que la empresa pertenezca. En el apartado 6 se recoge lo referente a la posibilidad de que afecte a varios centros de trabajo y, en consecuencia, la fijación de las reglas de representación y mayorías en tal caso.

5.4. REFORMAS ESTRUCTIVAMENTE EXIGIDAS POR LA COHERENCIA ENTRE LA NORMA SUSTANTIVA Y LAS NORMAS SANCIONADORAS

Como ya se anticipó, el RDL modifica (art. 8) el TRLISOS en aquello que respecta a las infracciones graves en materia de Seguridad Social «de los empresarios, trabajadores por cuenta propia y asimilados» (art. 22), incluyendo como tal infracción el incumplimiento de la obligación de comunicar a la entidad gestora de la prestación por desempleo, «con carácter previo a su efectividad», las medidas de despido colectivo o de suspensión o reducción de jornada, en la forma y con el contenido establecido reglamentariamente.

Dicha infracción se añade a la ya existente relativa a la no comunicación, con antelación a que se produzcan, «de las variaciones que se originen sobre el calendario inicialmente dispuesto, en relación con la concreción e individualización por trabajador de los días de suspensión o reducción de jornada, así como en este último caso el horario de trabajo afectado por la reducción». Este cambio normativo se vincula a la puesta en marcha del sistema de comunicación electrónica de datos previsto en la Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo. Con ella se pretende evitar la situación de que sea más favorable para el infractor no realizar ninguna comunicación, incumpliendo sus obligaciones de forma absoluta, que incumplir parcialmente al no comunicar las variaciones, ya que de darse esa situación se atentaría, según el preámbulo, al «principio de proporcionalidad», además de poder atentar «al derecho de los trabajadores, al sistema de protección social y a la libre competencia...».

5.5. LOS CAMBIOS ORIENTADOS A REDUCIR EL PRETENDIDO FORMALISMO DE LA INFORMACIÓN EXIGIBLE Y, SOBRE TODO, DE LA APLICACIÓN JURISDICCIONAL: CREENCIA INTERESADA VERSUS RAZÓN PRÁCTICA

5.5.1. La ansiada búsqueda de una regulación contraria al formalismo: la evolución judicial hacia el antiformalismo

En el imaginario colectivo de un buen número de empresarios españoles forjado al calor de una reforma netamente liberalizadora ocupó un lugar particularmente arraigado la convicción de que el procedimiento de consulta era un puro trámite legal, de ahí que la clásica exigencia, propia de un procedimiento administrativo que ahora se arrumbaría, de presentar una larga e intensa serie de documentos justificativos de la situación económica empresarial debía entenderse

de una manera altamente informal, flexible. Sin embargo, el énfasis puesto por la doctrina judicial primero, y luego por el propio TS en su primera sentencia al respecto –STS, Sala 4.ª, de 20 de marzo de 2013, que confirmó la nulidad del ERE por insuficiencia documental– llevará a una profunda crítica por el pretendido formalismo extremo del nuevo procedimiento de regulación de empleo, sintiéndose en gran medida la expectativa liberalizadora defraudada. Pues bien, haciéndose eco de esta queja empresarial, junto a la reforma equivalente al resto de decisiones de gestión flexible, relativa al modo de constitución, reglas de composición y en parte funcionamiento de la comisión representativa y negociadora, el segundo aspecto que se busca re-reformar de una manera relevante del régimen de despido colectivo es ese *pretendido celo normativo y judicial documentalista o formalista del trámite de consultas-negociación y sus exigencias informativas*.

Una vez más la pura creencia ideológicamente interesada se impone a la ciencia, a la constatación racional sobre valores y prácticas. Y digo creencia más que razón porque, sin perjuicio de dar mayores referencias sobre la verdadera experiencia judicial, donde veremos posiciones que moderan el formalismo de una manera notable, la posición crítica, doctrinal, empresarial y gubernamental, infravalora de forma deliberada la propia evolución, en tiempo récord, de la doctrina del TS. Si, como se acaba de decir, su primera sentencia evidencia un marcado formalismo en el entendimiento de los requisitos legales, aunque justificado por su alta función sustantiva –garantía de derechos fundamentales de carácter colectivo–, la segunda ya pone de manifiesto claramente, aunque se presente como continuista respecto de la primera, esa evolución moderadora o limitadora del formalismo documental. En este sentido, rotunda se muestra su afirmación de que:

«... no toda ausencia documental por fuerza ha de llevar a la declaración de nulidad, sino que de tan drástica consecuencia han de excluirse –razonablemente– aquellos documentos que se revelen «intrascendentes» a todos los efectos que la norma persigue [proporcionar información que consienta una adecuada negociación en orden a la consecución de un posible acuerdo sobre los despidos y/o medidas paliativas...]; con lo que no hacemos sino seguir el criterio que el legislador expresamente adopta en materia de procedimiento administrativo... e incluso en la normativa procesal...» –STS, Sala 4.ª, de 27 de mayo de 2013, FJ 5.º, punto 1, párrafo 2.º–.

En otros términos más directos, el TS pone también el principio de razonabilidad, en otros ámbitos tan temido por los defensores de posiciones liberalizadoras empresariales, al servicio de los intereses de los empresarios, como no podía ser de otro modo en un modelo de justicia social transaccional ex artículo 1.1 de la CE, al tiempo que expresa claramente su voluntad de no rebelarse en absoluto contra el criterio legislativo orientado con carácter general hacia el antiformalismo. Ciertamente, como suele suceder con los pronunciamientos judiciales, una marcada regla de flexibilidad documental, como es este caso, abre interrogantes nuevos y nos genera, cómo no, inquietudes, porque la pretensión de política judicial del derecho dirigida a una relativización de la exigencia documental, eliminando el rigor de todo aquello que no sirva para el fin fundamental, dar información adecuada –en tiempo y forma útiles–, significa dar un mayor espacio de decisión al juez. Este ahora tendrá que discernir, entre los enumerados en las normas –legal y reglamentaria–, que «no tienen valor "ad solemnitatem"...», según el TS, cuáles son «trascendentes» y

cuáles no a efectos de anulabilidad del procedimiento por ausencia de documentación o irregularidades formales, diferenciando cuáles frustran el fin de la norma y cuáles no.

Una posición que, por cierto, es la propia de la jurisprudencia relativa a la nulidad formal invalidante, de modo que solo es nulo lo que invalida el conocimiento efectivo no cualquier irregularidad formal. Pero el Gobierno, revestido de potestad legislativa, no ha querido dejar tanto margen cuando, precisamente, lo que quiere, con carácter general, es reducir al máximo la acción del juez en el control del despido decidido por el empresario y negociado efectivamente, esto es, de buena fe, con los representantes de los trabajadores, alcancen o no un acuerdo colectivo⁴³. Desde esta perspectiva de intento de ajuste del formalismo procedimental precedente, cabe llamar la atención sobre tres aspectos novedosos que vamos a desarrollar en sendos apartados.

En primer lugar, destaca la adición de dos nuevos aspectos documentales a integrar en la comunicación que ha de formular el empresario a la autoridad laboral relativa al inicio del procedimiento. En aras de la referida seguridad jurídica, más para el empleador con vista a evitar que se abran vías para la declaración futura de nulidad de lo tramitado, paradójicamente, hallamos como novedad el que se adicione requisitos formales. Como es sabido, el comentado periodo de consultas-negociación colectiva de buena fe se abre con la comunicación del empresario a los representantes de los trabajadores, así como también a la autoridad laboral –art. 51.2 ET–. Se trata de un requisito formal que merece una especial regulación normativa, legal y reglamentaria, a fin de dar seguridad jurídica a todo el procedimiento, y por supuesto a los negociadores y a la autoridad laboral vigilante o garante de la efectividad del procedimiento.

De ahí que se exijan una serie de elementos que han de concurrir para que esa comunicación formalizada sea válida y surta efectos, pues de otro modo pendería una eventual sanción de nulidad sobre el entero procedimiento, como así ha venido sucediendo en el año largo de aplicación de la reforma, de modo que un buen número de las sentencias que han condenado a la nulidad lo ha sido, sobre todo en los primeros meses, por defectos de forma. Así, se añaden –también en el art. 3, apdo. 1 del Reglamento (RD 1483/2012, de 29 de octubre), modificado a través de la disp. final cuarta RDL 11/2013, relativo a la documentación común para todo despido colectivo–:

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

⁴³ Precisamente, otro ejemplo de flexibilidad en el entendimiento de las exigencias documentales se da en aquella doctrina judicial que parece avalar determinadas irregularidades formales si consta que los representantes de los trabajadores ya disponían de una «correcta información... adquirida de forma directa por su propia actividad laboral de la adecuación de la medida adoptada a la situación empresarial, como de la justificación ulterior de la contratación posterior efectuada...» –STSJ de la Comunidad Valenciana, 767/2013, de 27 de marzo–. Resulta más que evidente que por esta vía quedaría desvirtuado el objetivo de lograr una tramitación del procedimiento de ERE en la que queden efectivamente garantizados los derechos de los trabajadores.

- Una letra g): *«Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de esta en los plazos legales».*

Es una clara mejora técnica de la seguridad jurídica en torno al momento de inicio del procedimiento y también respecto de quienes integran la comisión negociadora laboral. Sabido es que una de las quejas empresariales más oídas es la del exceso de documentación exigida y el enorme rigor formalista de los jueces en su requerimiento. La reforma trata de hacerse eco de esta queja-reivindicación y da una nueva redacción literal a la norma legal, a fin de clarificar este requisito. No obstante, como se verá, se trata, de nuevo, más de un gesto cara a la galería empresarial que una corrección sustancial, porque el resultado, en una versión y otra, es análogo, remitiendo en última instancia al reglamento que, claro está, también se ha reformado a tal fin para dar pábulo a esa exigencia empresarial. Al respecto, se recordará que la versión originaria de la reforma remitía en blanco a la norma reglamentaria la documentación exigida: *«La referida comunicación deberá ir acompañada de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior. La comunicación a los representantes legales de los trabajadores y a la autoridad laboral deberá ir acompañada de toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo en los términos que reglamentariamente se determinen».*

La nueva redacción precisa algo más, de modo que, tal comunicación a representantes legales y autoridad laboral deberá ir acompañada de: *«... una memoria explicativa de las causas del despido colectivo y de los restantes aspectos señalados en el párrafo anterior, así como de la documentación contable y fiscal y los informes técnicos, todo ello en los términos que reglamentariamente se establezcan».*

5.5.2. La liberación de los grupos multinacionales de la obligación de presentar cuentas consolidadas: una extraña forma de incentivar su establecimiento en España

En segundo lugar, y también como novedad en materia documental, destaca el favor hacia los grupos multinacionales. Un cambio que ha sido muy criticado sindicalmente.

En este sentido, una aparentemente leve modificación en la letra, pero de muy significativos efectos en la realidad, es la que tiene lugar en el artículo 4.5 del RD 1483/2012, a cuyo tenor se eximirá a los grupos transnacionales del deber de documentar la situación socio-económica del todo o del conjunto de la organización más allá de las fronteras nacionales. El nuevo tenor dice que: *«5. Cuando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular*

cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento..., deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento».

Por tanto, la obligación de formular cuentas consolidadas se acota en el escenario de las sociedades dominantes con domicilio social en España, por lo que se aplica un principio de estricta territorialidad que está poco acorde con el desbordamiento del mismo por la realidad de los grupos transnacionales. La eliminación de esta obligación de entregar la documentación de todas las empresas del grupo que desaparece cuando la sociedad dominante no se encuentre en España puede incluso suscitar serias dudas de inconstitucionalidad ex artículo 14 en relación con el artículo 38 de la CE, pues se establece una diferencia de trato entre empresas atendiendo al territorio.

A este respecto, conviene advertir:

- a) La reforma legal no hace, esto es honesto que se reconozca, sino convertir en «palabra de Ley» lo que ha sido «palabra de juez», pues en el plano de la práctica judicial se había asumido tal restricción, con lo que se suma a las inercias y a las obsolescencias que al respecto viene arrastrando la jurisprudencia española desde hace varias décadas y que convendría ya, de forma necesaria y urgente, revisar. Un intento que ha quedado apenas apuntado en la STS, Sala 4.^a, de 27 de mayo de 2013, donde se rectifica la posición en torno al concepto jurídico de grupo, asumiendo el mercantil, pero no se le da, inexplicablemente a mi entender, efecto práctico alguno, como sí harán, según luego se dirá, algunas recientes decisiones de los TSJ.
- b) El criterio de territorialidad no es irrazonable, si bien sí resulta inconveniente hoy por ser una constante las reestructuraciones de grupo decididas fuera de la sede territorial donde está arraigada la empresa que directamente la experimenta.

La inoportunidad de esta medida puede comprobarse apenas se tenga en cuenta que, pese al deliberado silencio legislativo y su intención de dejar al margen de un mayor control de sus decisiones a los grupos multinacionales, estos son hoy los verdaderos protagonistas de las relaciones laborales globalizadas de nuestros días. Precisamente, están siendo las compañías multinacionales las que, aprovechando la extremadamente feroz competencia internacional en su seno por la adjudicación de grandes contratos, más se están aprovechando para lograr devaluaciones de las condiciones de trabajo —en especial salariales— de sus plantillas, lo que, paradójicamente, ha sido saludado positivamente y como un efecto exitoso de la reforma laboral por el presidente del Gobierno. Son muchos los casos en la realidad más actual que podrían mencionarse, pero especialmente señero es el caso de Alstom.

Una semana antes de que se fuera de vacaciones, la plantilla de Alstom conoció las intenciones del grupo de no fabricar, en su planta de Santa Perpètua de Mogoda, los trenes que circu-

larán en Riad (Arabia Saudí), un contrato de 1.200 millones de euros. El motivo no es otro que la negativa de la plantilla, de momento, a rebajarse salarios y subir horas de trabajo, como le reclamó la dirección de la compañía para ganar competitividad y asegurarse nueva carga de trabajo. A día de hoy no es ninguna experiencia aislada, sino que la propuesta de nuevos encargos –producción– condicionados a renunciaciones laborales –devaluación laboral– es ya una práctica extendida al calor de la crisis entre las multinacionales para asegurarse mejores precios entre sus proveedores, por lo que desplazan el riesgo de mercado a los trabajadores, con la consiguiente quiebra de una de las dos notas más características del contrato laboral: la pretendida ajenidad en los riesgos de la empresa. El contraste entre la realidad y la visión que de la norma tiene la jurisprudencia es radical si se tiene en cuenta el rechazo reciente del TS a la posición aperturista mostrada por la Audiencia Nacional, de modo que, a diferencia de esta, la Sala Social del TS considera ilegítima la modificación salarial del 10% del salario. A menudo, esta transacción, que se hace pasar como una nueva forma de contrato o de acuerdo colectivo, llamado de «competitividad a cambio de empleo», deviene en auténtico chantaje laboral. Así, según han publicado los sindicatos más representativos, si la plantilla no acepta una reducción del sueldo de alrededor del 30% quedarán, en el caso de la empresa referida, en el limbo casi un 25% de la plantilla –140 de los 670 empleados– que trabaja en la planta.

La automoción es el principal sector donde se dan este tipo de presiones⁴⁴, pero no es el único, también ocurre en otros sectores.

De esta manera, lo que podría funcionar como un auténtico «mercado interno de trabajo», en el que la complejidad organizativa en el plano transnacional de las empresas puede funcionar como fuente de mayores oportunidades de promoción profesional y económica para los trabajadores, se degrada a un lugar de pujas perfectamente orquestado por la matriz entre las diversas plantas del grupo multinacional, tenga o no su sede en un Estado miembro de la Unión Europea, para ver quién se lleva «el gato al agua» y se queda con la fabricación de nuevos productos que aseguran, durante un tiempo, claro, para nada de por vida, la continuidad del volumen de empleo.

En este permisivo contexto socio-económico y normativo para las multinacionales, se ha puesto de manifiesto, en sugerente artículo periodístico, cómo son en gran medida también las grandes empresas multinacionales –Vodafone, Pfizer, Cap Gemini o UPS–⁴⁵, las que han ido más allá de esa «flexibilidad interna negociada» –más bien impuesta bajo presión de la matriz a los representantes legales de los trabajadores por la amenaza cierta del despido– realizando despidos colectivos durante la crisis. Y, paradójicamente, en vez de corregirse tales prácticas, someténdolas al mismo ordenamiento que los grupos no multinacionales, ahora esa política se verá

⁴⁴ Vid. MOLINA HERMOSILLA, O.: «Las garantías del derecho al empleo. A propósito del caso Nissan», *RTSS. CEF*, núm. 360, marzo 2013. Fuera del sector automovilístico se han destacado casos como los de Brose, en Santa Margarida i els Monjos, donde la plantilla se congeló el salario hasta 2015 para asumir un nuevo pedido, que evitaba el despido de 63 personas, o Continental. Estos y otros casos pueden verse sintetizados en el artículo periodístico: http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/08/21/catalunya/1377113937_408706.html

⁴⁵ Vid. RAMÍREZ, B. publicado en el diario digital *Infolibre*.

premiada mediante la exención de dar cuenta de los resultados de su matriz. Una salvedad que puede beneficiar a muchas de ellas, por cuanto sus resultados mundiales suelen ser millonarios, pero sus negocios en España, todavía en recesión, les proporcionan un intenso caldo de cultivo para el reajuste de plantillas, con lo que se impide cualquier «responsabilidad social del conjunto», según exigiría un principio de adecuación o reparto social solidario del reajuste, de modo que si comunes son los beneficios también deberían serlo las pérdidas. En estos días se han conocido nuevas situaciones de este tipo, como el ERE ya presentado para la base aérea de Morón de la Frontera por la empresa Vinnell-Brown & Root Spain que, según la disposición transitoria segunda, no se vería aceptado por esta liberalización, aunque está por ver cuál será la aplicación real.

5.5.3. Nuevas precisiones sobre la comunicación a la autoridad laboral

Otra novedad, igualmente ligada a la mayor seguridad jurídica del procedimiento, en esta ocasión ya en su fase final, cuando se ha terminado el periodo de consultas, bien con el acuerdo, hipótesis normal y más frecuente en la práctica, o sin acuerdo. Conforme al texto anterior, transcurrido el periodo de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Esta comunicación consistirá, si se alcanza acuerdo, en el traslado de una «copia íntegra» del mismo, en caso contrario, le remitirá –también a los representantes de los trabajadores– «la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo», por cuanto en el nuevo modelo regulador la decisión última es solo suya, sin que medie la necesidad de autorización administrativa y sin perjuicio del control judicial. Hasta aquí ninguna novedad.

La novedad se halla en la previsión de lo que sucede si el empresario no comunica en un determinado plazo tal decisión: «Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre el despido colectivo, se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo en los términos que reglamentariamente se establezcan». Se trata con ello, como se decía, de dar certeza jurídica, y en lo posible mayor agilidad o celeridad, al procedimiento, de modo que haya una fecha cierta a partir de la cual fijar el efecto de caducidad del procedimiento. No obstante, esa voluntad de clarificación jurídica se ve traicionada por la remisión en blanco a la norma reglamentaria para determinar el modo –los términos– en que se ha de entender producida la caducidad.

Estrictamente la misma lógica de búsqueda de claridad técnica, por tanto sin que haya una innovación jurídica real –derecho legal nuevo–, hallamos en la modificación del apartado 4 del artículo 51 del ET relativo al momento *ad quo* para la notificación del despido individual por el empleador que ha iniciado el procedimiento de despido colectivo. Ahora se especifica que «4. Alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores, el empresario podrá notificar los despidos individualmente a los trabajadores afectados, lo que deberá realizar conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de esta Ley. En todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido».

La novedad en la redacción está en que ese momento inicial para la comunicación del despido colectivo en su incidencia individual puede ser el de la terminación del acuerdo, y no ya solo, como sucedía antes, la comunicación de la decisión a los representantes legales.

En todo caso, no cambia ni el procedimiento –según el art. 53.1 ET– ni el periodo mínimo que se otorga de garantía para esta notificación individual: transcurso de un mínimo de 30 días entre la fecha de la comunicación de la apertura de las consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido.

La precisión hecha respecto del acuerdo da a entender que de nuevo emerge al primer plano la recurrente preocupación por evitar la «inseguridad jurídica» producida en varios conflictos previos respecto de cuándo debía entenderse iniciado el plazo para la notificación individual de los despidos, de tal manera que (y siempre con el respeto de los 30 días citados en el precepto) el Gobierno-legislador acepta expresamente que el acuerdo en la comisión negociadora, debidamente documentado en el acta de la reunión, que ve ratificada su centralidad, permite comunicar las extinciones individuales, en cuanto que se ha producido un acuerdo colectivo sobre el ERE. La decisión empresarial sobre el despido colectivo debe comunicarse tanto a la representación de los trabajadores como a la autoridad laboral «en el plazo de quince días desde la fecha de celebración de la última reunión celebrada en el periodo de consultas», ya que en caso de no hacerlo «se producirá la caducidad del procedimiento de despido colectivo en los términos que reglamentariamente se establezcan» (párrafo añadido en el apdo. 2 del art. 51 ET).

En relación con la comunicación a la autoridad laboral de la apertura de las consultas han de tenerse en cuenta también las modificaciones introducidas en la norma reglamentaria y no ya solo por razones de coherencia con la regulación legal, sino también a otros efectos. Entre las reformas de coherencia, están las del apartado 2 del artículo 6 del Reglamento. La versión precedente y ahora modificada preveía la obligación del empleador de ofrecer información sobre la representación laboral con la que negocia también «en el supuesto de ser varios los centros de trabajo afectados», permitiendo, como se dijo, que la negociación se realizara bien «a nivel global o diferenciada por centros de trabajo». Pues bien, queda claro ahora que con la reforma legal estas previsiones quedan desajustadas u obsoletas y deben ser cambiadas.

La redacción ahora es la siguiente –también aparece en su art. 19.2–:

«2. Asimismo deberá remitir la información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión mencionada en el artículo 27.»

De coherencia también debe tildarse la reforma del artículo 17.2 del Reglamento –iniciación del procedimiento–, pues trata de precisar más y mejor el contenido que ha de tener la comunicación del inicio del periodo de consultas, a fin de asegurar que discurra de manera ágil y

cierta, evitando, o reduciendo, el riesgo de sanción judicial de nulidad, hasta ahora de una cierta frecuencia en la práctica, si bien cada vez menos ante el rápido aprendizaje al que se han visto sometidos los empresarios, sobre todos quienes le asesoran –mediando elevadas tarifas, todo sea dicho–. Conforme a los artículos 51.2 del ET y 17.1 del Reglamento, el procedimiento se iniciará por escrito, mediante la comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el empresario a los representantes legales –y copia a la autoridad laboral– con el contenido especificado en los artículos 17.2 y 18 del Reglamento. Pues bien, el apartado 2 del artículo 17 ha incorporado los nuevos requisitos previstos, en los mismos términos que la modificación citada del artículo 6.2 del Reglamento.

En cuanto a aspectos no vinculados al sentido general de la reforma legal, pero sí en el marco de la ansiada agilidad del procedimiento, de interés resulta el reforzamiento de la dimensión informática de las diversas comunicaciones a la autoridad laboral, en el marco de la tan prometida como frustrante, más de una vez, «administración electrónica». A tal fin, los apartados 1 y 2 del artículo 6 del Reglamento sobre este tipo de procedimientos de despido –comunicación a la autoridad laboral del inicio del periodo de consultas– establece la regla no de obligatoriedad sino de preferencia del soporte informático.

En cambio, hay aspectos críticos que no se han revisado, como el Informe de la ITSS, que también había sido objeto de crítica por la excesiva influencia que estaba teniendo en las decisiones judiciales. Es evidente que el legislador ha pensado que es mejor mantener ese papel de su «policía laboral», entre otras cosas porque le está permitiendo poder presentar un creciente número de procedimientos de oficio para impugnar acuerdos de regulación de empleo que se estiman lesivos para el interés general, por entender que no concurre en modo alguno la causa y, en consecuencia, no tendrían más sentido que permitir el cobro de las prestaciones por desempleo.

5.6. LAS NOVEDADES EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO: EL ACOSO, PERO TODAVÍA NO DERRIBO, DE LA NULIDAD DEL DESPIDO

5.6.1. Los cambios en aras de una menor posibilidad de impugnación: la precisión del periodo de caducidad de la acción de despido

Pero es manifiesto que, como ya se ha venido apuntando a lo largo de este estudio de la re-reforma, todas esas novedades en relación con los diversos temas de procedimiento vistos no tienen sentido en sí mismos, sino tan solo porque son otros tantos puentes abiertos a una mayor intervención judicial en el despido colectivo que empresarios y Gobierno no quieren, siendo su reducción la demanda más importante en esta materia. De ahí que donde la crítica resultaba mayor y las expectativas de cambio más elevadas era en lo relativo a la calificación judicial del actuar empresarial, porque a través de lecturas expansivas de los requisitos legales los jueces habrían ampliado hasta el paroxismo la sanción de nulidad del despido, con lo que ello tiene de retraso

de la gestión e incremento de los costes. De ahí que se buscara una nueva reforma de la regulación procesal, con una muy marcada intención: la de recortar más el margen de decisión judicial, por cuanto los jueces se habrían rebelado en su mayoría contra la clara voluntad gubernamental-legislativa de acotar su intervención a un puro control de legalidad formal, identificando únicamente la existencia de causa sin más juicio de valoración.

El artículo 11 del RDL 11/2013 modifica por enésima vez el artículo 124 de la LRJS. Desde luego no todas las novedades al respecto tienen la misma intensidad y relevancia, pero sí que todas ellas tienen como punto en común ese intento de reducir la posibilidad de impugnación judicial de los despidos, sobre todo individuales, a fin de evitar, de una manera u otra, la intervención judicial, por tenerla como dilatoria y distorsionante. Así, por lo que hace a la primera novedad en el plano procesal, contenida en el apartado 3 del artículo 124 de la LRJS, hay que advertir que se trata de añadir un segundo párrafo en el que se establece el *efecto suspensivo de la caducidad por el hecho de interponer demanda el empresario respecto de los procedimientos individuales*. A tal fin, como es sabido, este apartado disponía, y dispone, pues no ha sido modificado en el párrafo primero, que:

«Cuando la decisión extintiva no se haya impugnado por los sujetos a los que se refiere el apartado 1 o por la Autoridad Laboral de acuerdo con el artículo 148 b) de esta Ley, una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores, el empresario, en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, podrá interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva. Estarán legitimados pasivamente los representantes legales de los trabajadores, y la sentencia que se dicte tendrá naturaleza declarativa y producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales en los términos del apartado 5 del artículo 160 de esta Ley.»

En ambos casos, la demanda deberá presentarse en el plazo de caducidad de 20 días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo. Pues bien, la novedad está, como apuntábamos, en que ahora se afirma aquel efecto suspensivo de la caducidad cuando antes aparecía en el apartado 6. Así, se deja claro que:

«La presentación de la demanda por el empresario suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual del despido.»

Precisamente, en la redacción anterior del apartado 6 del artículo 124 de la LRJS se preveía que:

«La presentación de la demanda por los representantes de los trabajadores o por el empresario suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual del despido.»

Sin embargo, en el actual texto del apartado 6, tras la reforma por el RDL 11/2013, desaparece este inciso, de modo que ahora solo la demanda empresarial tendría ese efecto suspensivo,

y no la de los representantes de los trabajadores, con lo que es evidente que aquí la finalidad es estrictamente de celeridad del procedimiento de despido. No es, pues, la mejora de la seguridad jurídica en general lo que late en el cambio, sino la celeridad para el empleador del procedimiento, con el consiguiente ahorro de costes.

La experiencia forense ofrece diversos casos en los que se alegaba caducidad de la acción, por ejemplo para evitar que la autoridad laboral lograra del juez social la anulación de un acuerdo extintivo al entender que concurría fraude a la Seguridad Social, por no existir en él ninguna causa económica u organizativa que lo avalara, sino la intención de desplazar el coste de la regulación de empleo, al menos en parte, a los poderes públicos. Por lo general, los jueces de lo social han sido benévolo a la hora de determinar el carácter temporáneo de la acción, en especial del procedimiento de oficio ex artículo 148 de la LRJS promovido por la autoridad laboral contra tales acuerdos⁴⁶. Así, el examen de la excepción de caducidad lleva a la Sala de lo Social del TSJ de Galicia a una interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 124.6 y 148.1 b) de la LRJS, de modo que el inicio del plazo de caducidad debe fijarse en la:

«fecha de comunicación a la Jefatura Territorial de la Consellería de Trabajo de la Xunta de Galicia, del Informe del Servicio Público de Empleo Estatal en el que se afirmaba que "... *el acuerdo adoptado por la empresa puede tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de los trabajadores afectados, y se interesaba la impugnación de dicho acuerdo ante la Jurisdicción Social correspondiente...*"».

Según el artículo 148.1 b) de la LRJS, ya referido, el proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia: b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando esta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del ET, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por inexistencia de la causa para la situación de desempleo.

⁴⁶ Es el caso, por ejemplo, de la citada STSJ de Galicia 5989/2012, de 11 de diciembre, que rechazó el argumento de la empresa y su Comité en torno a la excepción de caducidad de la acción por entender que la demanda había sido presentada fuera de plazo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124.6 de la LRJS, ya se tomara como día inicial del cómputo (a) la fecha de comunicación de los ERE a la Consellería de Trabajo de la Xunta, ya (b) la fecha de recepción del Informe de la Inspección de Trabajo, ya c) en el supuesto de que el cómputo se iniciase el día siguiente en que se dio traslado de aquellos informes de la Inspección al SPEE.

Para esta doctrina judicial:

«Es evidente que tratándose de una demanda de oficio el plazo no puede comenzar a contarse desde la fecha del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo, pues el art. 124. 6 LRJS se refiere en tal caso a los representantes legales o sindicales de los trabajadores, tal como se desprende también del art. 124.3 de la referida ley, cuando una vez *transcurrido el plazo de caducidad de 20 días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores*, legitima al empresario para que en el plazo de 20 días desde la finalización del anterior, pueda interponer demanda con la finalidad de que se declare ajustada a derecho su decisión extintiva. Por ello, tratándose en este caso de una demanda de oficio interpuesta por la Autoridad Laboral, el plazo debe comenzar a contarse desde el 15 de octubre de 2012, fecha en que recibió el Informe del SPEE interesando la presentación de la referida demanda de oficio por si *la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones de desempleo por parte de los trabajadores afectados*, tal como dispone el 148.1 b) de la LRJS, pues el Informe de la Inspección de Trabajo no permite en el presente supuesto el inicio del cómputo del plazo, desde el momento en que, a la vista de su contenido, la Autoridad Laboral dio traslado del mismo a las partes y a la Gestora de las prestaciones por desempleo para que informase sobre los acuerdos alcanzados entre la empresa y los representantes de los trabajadores.»

Para el TSJ de la Comunidad Valenciana –1074/2013– se plantean dos cuestiones, por un lado, la de determinar con carácter previo si nos encontramos ante una acción sujeta a plazo de caducidad y, la segunda, de estimar que efectivamente la acción ejercitada está sometida a un plazo de caducidad, la de fijar con arreglo a la legalidad vigente el momento en el que debe iniciarse el cómputo del dicho plazo. La primera de estas cuestiones ha sido tratada por la Sala en su Sentencia de 27 de marzo de 2013, dictada en el proceso de instancia 9/2013, según la cual:

«Entrando a analizar si la autoridad laboral tiene un plazo para formular demanda de oficio, y aunque pudiera plantearse la posibilidad de aplicar la figura de la caducidad, sin embargo, tal plazo de caducidad no se establece expresamente en la ley. No obstante, y siendo obvio que aunque la norma procesal no lo señale expresamente en relación con el procedimiento de oficio, habría que acudir a las pautas establecidas en la misma, en relación con el objeto del proceso, que en este concreto caso pretende anular un acuerdo dirigido a la reducción de jornada, por tiempo determinado de un grupo de trabajadora.

Sin embargo, a la vista de la escasa consistencia de las alegaciones de la parte a quien podría beneficiar la aplicación de tal figura procesal, no existen datos que permitan a esta Sala entender caducada la acción ejercitada, pues no consta un dato esencial cual es el de la efectiva notificación a la Abogacía de la Generalitat del auto núm.

85/2012 dictado por el Juzgado de lo Social núm. Seis, por lo que estimamos que no procede efectuar razonamiento alguno al respecto.»

En este caso se efectúa una interpretación muy estricta del apartado 2 del artículo 11 del citado real decreto («2. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del periodo de consultas, y quedará incorporado al procedimiento»), presumiendo que la autoridad laboral remitirá inmediatamente el expediente recibido a la ITSS, situación fáctica que no se produjo en este litigio, sin que se conozcan los motivos (más allá probablemente de que pudieran guardar relación con la fecha «navideña vacacional» en que se adoptó el acuerdo).

Siguiendo la argumentación sostenida en la referida sentencia, la STSJ de la Comunidad Valenciana 1074/2013, de 7 de mayo, entiende que:

«... aunque con carácter general la norma procesal no establece expresamente un plazo de caducidad para el procedimiento de oficio, lo cierto es que por su objeto y contenido el procedimiento de oficio previsto en el artículo 148 b) de la LRJS no puede desvincularse de las normas procesales y sustantivas que regulan la impugnación y efectos de las decisiones empresariales que constituyen el objeto de dicho proceso, el cual enlaza directamente con lo dispuesto en los artículos 47.5 y 51 del ET y de forma transversal con lo dispuesto en el artículo 124.7 y 138 de la LRJS. Por lo tanto en la medida que se está cuestionando la validez de los despidos derivados del acuerdo impugnado o las suspensiones o reducciones de jornadas pactadas en el mismo, serán de aplicación los plazos de caducidad previstos para la impugnación de tales decisiones empresariales».

La cuestión se centrará, pues, en determinar el momento en el que debe iniciarse el cómputo del plazo de caducidad, que tanto para la impugnación de los acuerdos alcanzados en materia de despido como para la modificación sustancial de condiciones laborales será de 20 días (arts. 124 y 138.1 LRJS). A falta de norma procesal expresa que especifique la forma de computar el plazo de caducidad establecido con carácter general para la acción ejercitada cuando la que ejercite dicha acción sea la autoridad laboral a través del proceso de oficio, «debemos remitirnos a las disposiciones reglamentarias que regulan la intervención de la misma en los nuevos expedientes de regulación de empleo».

El Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, pone ya de manifiesto en su exposición de motivos la necesidad de regular las actuaciones de la autoridad laboral y de la ITSS en el desarrollo del periodo de consultas que incluyen, no solo las de advertencia o recomendación, sino también las de mediación o asistencia que resulten convenientes para resolver los problemas planteados tanto en el despido colectivo como en las suspensiones de contratos y reducciones de jornada. En dicha exposición se constata, por un lado, la necesidad de reconducir la actuación de la autoridad laboral al nuevo proceso de introducido por la Ley

3/2012, de 6 de julio, que da nueva redacción a los artículos 51 y 47 del ET y, por otro, la necesidad de concentrar la intervención administrativa en la fase inicial o fase colectiva que finaliza con el acuerdo de las partes o a falta de este con la decisión extintiva o modificativa empresarial (arts. 51 y 47 ET y 6, 10, 11, 19, 21 y 22 RD 1483/2012), y que da paso a la fase individual en la que se comunica a cada trabajador las variaciones específicas de su contrato de trabajo.

Por lo tanto, la intervención administrativa no puede extenderse más allá del ámbito funcional del sistema de control articulado, debiendo en consecuencia adecuarse a los tiempos y formalidades reglamentarias establecidos para garantizar la eficacia de las medidas adoptadas, más aun cuando estas han sido consensuadas.

Por otro lado, de los preceptos mencionados se desprende sin lugar a dudas que la intervención tanto de la autoridad laboral como de la Inspección de Trabajo se materializa desde el inicio del periodo de consultas y se extiende a lo largo del mismo, velando por su efectividad y pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes, que no supondrán, en ningún caso, la paralización ni la suspensión del procedimiento. Los representantes de los trabajadores pueden dirigirse a la misma en cualquier fase del procedimiento admitiéndose igualmente su labor mediadora.

Una vez finalizado el periodo de consultas y desde la comunicación a la autoridad laboral del acuerdo o decisión empresarial, ya sea en materia de despidos, suspensión o reducción (arts. 11.2 y 22.2 RD 1483/2012) la Inspección de Trabajo tiene un plazo improrrogable de 15 días para emitir informe en el que entre otras cuestiones informará sobre el posible fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo adoptado en el periodo de consultas (arts. 51 y 47 del ET)⁴⁷. En todo caso, se le pide una actuación pro-activa o diligente. Las irregularidades apuntadas en el Informe de la Inspección eran ya conocidas por la Administración desde la primera comunicación efectuada por la empresa el 26 de diciembre de 2013, sin que tal como consta en el relato fáctico nada se objetara por parte de la actuante, que permitió la continuación del periodo de consultas iniciado en los términos que ahora pretende impugnar, por lo que en este caso concreto y de entrar a valorar las alegaciones recogidas en el escrito de demanda no podríamos sino rechazar la pretensión de quien pudiendo intervenir de forma directa para subsanar cualquier defecto apreciado en el proceso de negociación, no lo hizo, postulando extemporáneamente la

⁴⁷ La conclusión de esta doctrina judicial es que: «... este término improrrogable debe ser el momento del inicio del cómputo del plazo de caducidad del proceso de oficio para el control de la legalidad del acuerdo extintivo o modificativo en cuanto que por un lado supone el fin del proceso cuya fiscalización se pretende y por otro lado determina el final de la intervención administrativa y el inicio de la fase individual cuya legalidad ya no es objeto de dicha intervención tal y como ya sucedía en el sistema anterior. Esta interpretación permite fijar de forma objetiva el "día a hoc", teniendo en cuenta que la Administración ha tomado conocimiento pleno del proceso cuya legalidad fiscaliza, y que la eficacia de los acuerdos alcanzados en materia de regulación de empleo y la finalidad perseguida con estas medidas justifican la necesidad de acotación temporal del proceso de control previo» –FJ 4.º–.

ineficacia del pacto alcanzado en la negociación colectiva empresarial, habiendo incumplido su cometido previo de intervención y control de la legalidad.

5.6.2. El gusto por el estéril nominalismo legislativo: ¿incluir el adverbio «únicamente» en el texto legal reducirá la función judicial a pura «boca de la Ley»?

Con ser la novedad anterior importante, resulta de alcance menor si se la compara con la pretensión que encierra, otra cosa es que parece abocada al fracaso, la segunda innovación, inicialmente más nominalista que sustantiva, que presenta la re-reforma y que se centra en los *efectos de la sentencia, sobre todo en lo que concierne a la declaración de nulidad*, que es la más temida en el ámbito empresarial, pues supone volver al principio del procedimiento y eso eleva notablemente los costes de este despido, como se ha dicho anteriormente. Aunque el resto de las calificaciones –ajustada a derecho y no ajustada a derecho la decisión de despido colectivo–⁴⁸ no son ningún dechado de claridad legal y han sido objeto de múltiples y atinadas críticas doctrinales, e implícitamente judiciales, el legislador solo se centra en el supuesto que más preocupa a los empresarios, el de nulidad, que constituye hasta ahora casi el 50% de las decisiones judiciales revisoras de la decisión empresarial.

Según la regulación precedente, la sentencia declarará nula la decisión extintiva si:

- El empresario no ha realizado el periodo de consultas.
- O no ha entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del ET.

⁴⁸ La STSJ de Aragón 650/2012, de 14 de noviembre, aunque enjuicia un despido objetivo, interpreta el citado precepto legal, al que se remite el artículo 52 c) del ET, argumentando que «la mejor doctrina científica sostiene que la nueva regulación de las causas de estos despidos busca una mayor objetividad en el funcionamiento de los despidos económicos, así como promover una mayor seguridad en las previsiones empresariales sobre su calificación, con una voluntad de simplificación y objetivación. La comparación de la regulación legal de las causas económicas con la preexistente (la anterior al RDL 3/2012, de 10 de febrero) revela que han desaparecido 1) la referencia a la necesidad de que las pérdidas o la disminución de ingresos afecten a la viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el volumen de empleo; 2) la mención a que la empresa tenga que acreditar los resultados alegados, la cual resultaba innecesaria, pues en todo caso incumbe a la empresa probar estos hechos; y 3) la atribución a la empresa de la justificación de que de estos resultados negativos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado». Aunque reconoce la vigencia del «principio de proporcionalidad», por cuanto no basta con cualquier disminución de ingresos para promover un despido sino que ha de guardar conexión entre la entidad de aquella y el número de despidos a realizar. Para esa misma conexión en los despidos por causas organizativas *vid.* STSJ de Aragón 101/2013, de 27 de febrero, y también la STSJ de Aragón 287/2013, de 11 de junio, según la cual las decisiones de reorganización empresarial son suficientes para provocar esos efectos: «La reorganización empresarial como consecuencia de esta fusión ocasionó un exceso de plantilla, habiéndose producido cambios en el modo de organizar la producción subsumibles en el art. 51.1 del ET, concurriendo asimismo causas organizativas que justifican estos despidos colectivos, por lo que procede desestimar la demanda de despido colectivo, declarando ajustado a derecho el despido colectivo acordado por la empresa SARGA».

- O no ha respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 del ET.
- O no ha obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista.
- O si se ha efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas. Solo en este supuesto, agregaba el texto, el efecto previsto sería «el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo», de conformidad con lo previsto en el artículo 123.2 y 3 de la LRJS.

La práctica judicial habría revelado una extremada frecuencia en la invocación de todas estas causas de nulidad, por lo general de forma simultánea, e incluyendo a menudo, como cláusula de estilo, también la invocación de los derechos fundamentales⁴⁹. Pues bien, conforme a la nueva redacción, la sentencia declarará nula la decisión de despido *«únicamente cuando el empresario»*:

- No haya realizado el periodo de consultas 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 del concurso, en los términos legales.
- Así como cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas –en este caso se prevé igualmente el efecto de la reincorporación inmediata–.

Como puede apreciarse, no hay ningún cambio en el listado de supuestos, pues el catálogo es exactamente el mismo. La diferencia solo reside en la incorporación de una clara partícula adver-

⁴⁹ De interés destacar el supuesto conocido por la varias veces citada STSJ de Aragón, 287/2013, de 11 de junio. La Sala reconoce que el informe de la ITSS sostiene que resulta discriminatoria la distinción entre los «directivos» y los «departamentos de producción» en la aplicación de los criterios de selección porque no se trata de personal de alta dirección. Y respecto del personal de producción, al optar la empresa preferentemente por la disminución de carga de trabajo en cada línea de actividad, dicho informe sostiene que ello ha dado lugar a discriminaciones de los trabajadores –FJ 10.º–. Partiendo de la conocida distinción entre el «principio de igualdad», que tendría un alcance jurídico más limitado en aras de la defensa del principio de libertad individual de decisión y gobierno de la propia esfera de intereses, y el «principio de no discriminación», que tendría un carácter más intenso, restrictivo de la libertad de decisión por cuanto nadie puede quedar al margen de él, en el supuesto de autos llega a la conclusión de que no puede invocarse el principio cualificado de no discriminación porque no concurre ninguno de los factores de discriminación citados (sexo, raza, pertenencia a un sindicato...). En todo caso podría invocarse el principio general de igualdad en relación con la selección de los trabajadores cuyos contratos se extinguen. Pero aquí concurriría el límite de la autonomía, por cuanto no solo el empresario creó, sin que fuese obligatorio, una comisión mixta con la representación laboral para seleccionar a los trabajadores afectados por el ERE, sino que el sindicato impugnante «tuvo la oportunidad de participar en una comisión mixta constituida para precisar qué trabajadores serían despedidos, renunciando voluntariamente a intervenir en su designación. Y sin embargo, no está de acuerdo con su resultado, impugnándolo judicialmente» –FJ 10.º–.

bial expresiva del deseo del legislador, pero es solo eso, puro deseo, de que esta declaración sea restrictiva. De nuevo incurre el legislador en un exceso de nominalismo, atribuyéndole un poder taumatúrgico a las palabras legales que no tiene, pues por mucho que se empeñe en incluir que «únicamente» se dará en esos supuestos, los supuestos son hoy y ayer los mismos, por lo que los jueces seguirán actuando del mismo modo. Otra cosa es fijar el efecto que puede tener en la calificación de nulidad por no respetar el principio de buena fe, si se tiene en cuenta que la Ley 3/2012 ya eliminó la nulidad en los casos de abuso o fraude, y que, pese a eso, cuando se produce una situación fraudulenta o contraria a la buena fe los Tribunales siguen atribuyéndole el efecto de la nulidad.

Antes de entrar a analizar el alcance concreto de tan enigmática como ingenua fórmula legal, conviene poner de relieve, como ya se anticipó, que este cambio responde a las críticas evidenciadas por el sector doctrinal, minoritario científicamente pero influyente políticamente, favorable a la lectura empresarial de la reforma, sin atender a análisis serio de la práctica. En ella encontramos numerosos y crecientes pronunciamientos donde los Tribunales muestran, sobre todo la Audiencia Nacional, un margen de flexibilidad interpretativa muy importante al valorar algunos incumplimientos formales, relativizando su alcance, en la línea que parece haber marcado la STS de 27 de mayo de 2013. Así ha sucedido, por citar de nuevo ejemplos recientes, con requisitos como la aportación de las cuentas consolidadas, que no se hace desde el inicio del periodo de consultas sino al día siguiente, afirmando como una doctrina general que «no cabe reprochar sin más el que la documentación se aportara tras finalizar cada reunión, porque existieron reuniones posteriores en la que fue posible el debate sobre las mismas» (SSAN de 20 de mayo de 2013, proc. 108/2013 y 154/2013, de 30 de julio, proc. 212/2013). O también se acepta la no nulidad de irregularidades en la fijación de los criterios sobre el valor del voto de los miembros de la comisión negociadora («híbrida»: representantes unitarios y otros designados *ad hoc*), en cuanto que votaron a favor del acuerdo la mayoría de los representantes legitimados para negociar –SAN 150/2013, de 24 de julio– (Roj: SAN 3545/2013).

Además, la Sala Social de la Audiencia Nacional ha criticado el «olvido» de la empresa en su comunicación a los trabajadores sin representantes, al omitir la posibilidad de disponer de una comisión *ad hoc* sindicalizada, planteando la hipótesis de que pudiera provocar la nulidad de la decisión empresarial por haber actuado de mala fe, si bien, tiende a concluir que no tiene tal magnitud como para viciar el acto informativo empresarial –SSAN 106/2012, de 28 de septiembre y 154/2013, de 30 de julio–. Considera que la irregularidad no es susceptible de viciar el periodo de consultas, tanto a partir de las decisiones adoptadas por los trabajadores en cuanto a la designación de sus representantes como por el hecho de que hubiera representantes sindicales en la mesa e impidiendo de tal forma que se vulnerara, por vía indirecta, el derecho de libertad sindical. La Sala «afea» la acción omisiva empresarial, por no ser acorde a derecho, pero descarta que tuviera la suficiente gravedad para declarar su nulidad. Asimismo, la Sala de la Audiencia Nacional, con argumentaciones a menudo criticables –por ejemplo en el supuesto de la SAN 150/2013, de 30 de julio–, dudosas en todo caso, ha cargado sobre la representación laboral una obligación formal adicional a la prevista en la legislación, pues le requiere que *proteste de una forma clara y contundente* la existencia de ciertas irregularidades documentales si quieren que pueda declararse en su momento la nulidad formal –ejemplo: presentación de documentos económicos avanzada la negociación...–.

Una clara flexibilización documental también hallaremos en la STJS de Aragón 287/2013. A juicio de este Tribunal: «... la nulidad del despido colectivo no puede depender del cumplimiento de una pretensión exorbitante de la contraparte. Y la existencia de irregularidades concretas en la prolija documentación aportada por la empresa no conlleva, por sí sola, la nulidad del despido, siempre que se haya cumplido la finalidad de proporcionar la información necesaria para abordar con mínimas garantías el periodo de consultas y de conocer documentalmente la situación real de la empresa sobre la que se justifican los despidos» –FJ 9.º⁵⁰. El antiformalismo también se ha defendido judicialmente cuando se trata de una empresa de menores dimensiones –STSJ de Cataluña 27/2013, de 3 de junio–.

Es evidente que el legislador tiene en su punto de mira esta cuestión, con lo que ahora llovería sobre mojado. Recuérdate que la Ley quiso, respecto del RDL, desterrar la posibilidad de que los jueces acudieran a cláusulas generales, como la prohibición de abuso de derecho o la de fraude de Ley, para ampliar el catálogo de supuestos de despido colectivo calificables como nulos. La relativa rebeldía o la indiferencia judicial ante tal cambio legislativo respecto de la redacción del RDL 3/2012 llevaría ahora a una nueva de vuelta de tuerca al respecto. De ahí que ahora se incluya el adverbio «únicamente», que debería ser interpretado en el sentido de que todo lo que no sean los supuestos contemplados quedarían fuera de la calificación de nulidad. Una vez más emerge la tensión entre «la Ley» y el «Derecho», en la medida en que la sanción para los casos de fraude es la nulidad, y la nulidad por contrariedad de la buena fe suele apreciarse en relación con la efectividad del periodo de consultas.

Por lo tanto, hay que ir más allá de la letra de la Ley para comprender el sentido, y por tanto el alcance de la reforma, que si se mira de forma superficial, puramente literal, carecería de sentido, parecería un puro nominalismo legislativo. Y no lo es porque, una vez más, la re-reforma solo se entiende teniendo presente la jurisprudencia y la doctrina judicial recaída en la materia y que evidencia cómo la calificación de nulidad no se produce solo si no hay procedimiento de consultas o no se entrega de forma íntegra la documentación.

⁵⁰ Por su parte la STSJ de Aragón 287/2013, de 11 de junio, afirma que: «La pluralidad de irregularidades documentales denunciadas por la parte demandante carecen de virtualidad como para llegar a la conclusión de que esta prolija documental no ha cumplido las finalidades legales. En la documentación entregada por la empresa sí que consta la clasificación profesional de los trabajadores. Lo que sucede es que el art. 12 del Convenio Colectivo de SIRASA (BOA de 28-09-2009) establecía cuatro grupos profesionales, razón por la cual los trabajadores provenientes de esta empresa están identificados por su grupo profesional, sin que ello determine la nulidad del despido. La citada documentación informa prolijamente de la actividad empresarial de SARGA; los extensos manuales de funciones de SIRASA y SODEMASA no adolecen de irregularidades relevantes... En definitiva, la empresa entregó a los representantes de los trabajadores la documentación prevista en los arts. 51.2 ET y 3 a 5 del Real Decreto 1483/2012, lo que les permitió disponer de la información necesaria para realizar el periodo de consultas y conocer cumplidamente la situación de la empresa, como así ha sido reconocido por los sindicatos mayoritarios en esta empresa, lo que obliga a rechazar esta causa de nulidad del despido» –FJ 9.º–.

En efecto, la nulidad también se proclama si ese procedimiento no se lleva a cabo de buena fe o la documentación no es la adecuada para garantizar el derecho a la negociación informada, o si concurren situaciones de fraude de Ley en relación con estos y otros temas⁵¹. Ciertamente, es posible que en ocasiones los Tribunales hayan filtrado un control típico de oportunidad empresarial mediante la exigencia de una determinada estrategia de negociación en el periodo de consultas, de modo que de no darse se vulneraría la buena fe. En este sentido, un buen número de impugnaciones colectivas derivan de la estrategia de la parte demandante de alegar mala fe negociadora por parte empresarial, basando tal tesis en que tenía una decisión ya previamente tomada, de modo que luego utilizaría toda clase de técnicas o subterfugios para dar «apariencia de negociación a una decisión previamente adoptada». Así, por ejemplo, en el despido colectivo conocido por la *SAN 150/2013, de 30 de julio*, el sindicato impugnante reprochaba una estrategia empresarial de sobreactuación, por cuanto incluiría un número superior de extinciones contractuales para aparentar durante el periodo de consultas que la reducción era consecuencia del proceso negociador. La Sala, sin embargo, entiende que, de existir una estrategia de la empresa en esta línea no puede considerarse, por sí solo, algo contrario a derecho ya que la negociación del periodo de consultas está condicionada por los más diversos factores y las estrategias negociadoras forman parte del proceso.

Para la doctrina judicial, la mera fachada o apariencia de negociación (falta de buena fe negociadora) deberá probarse de forma clara y fehaciente por quien la alega, de modo que no cabe confundir oportunidad con oportunismo empresarial. De ahí que la Sala no aprecie la mala fe empresarial ni posición inmovilista de la misma, ya que las propuestas iniciales se acompañaron de informes técnicos que justifican la razón de ser de las extinciones. En suma, los Tribunales también han cuidado de diferenciar, lo hayan conseguido o no en todos los casos, entre el plano de las estrategias negociadoras de cada parte en el que los Tribunales no podrán pronunciarse y el de las pruebas claras de una actuación vulneradora de la buena fe. Recuérdese que la exigencia de buena fe es predicable de la actuación de ambas partes, y así lo ha recogido de forma expresa la Audiencia Nacional en varias de sus sentencias.

Clara en este sentido de no interferir en las decisiones de estrategia negociadora y preservar siempre el ámbito de decisión económico-jurídica de la empresa –en este caso era de un ayuntamiento–, la STSJ de Murcia 617/2013, de 10 de junio, para la cual no debe ser la justicia la que sustituya una decisión que:

«... corresponde a las facultades de gestión y dirección de quien asume la condición de empresario.»

⁵¹ Así ha sucedido en relación con la identificación correcta del «verdadero empleador», por ejemplo. La hipótesis más general se ha dado en el marco de los grupos de empresas. Pero ha habido otras situaciones en el más amplio contexto socio-económico y jurídico-político de la «descentralización productiva». En este sentido, de interés la referencia a la *STSJ de Cataluña 31/2013, de 19 de junio*. En ella se examina la existencia o no de una cesión ilegal de mano de obra, apareciendo como empresario de los trabajadores quien no ostenta realmente la condición de tal, y sus efectos sobre la declaración de nulidad del despido colectivo efectuado por el empresario formal. La relación mercantil en este caso se organizaba a través de la configuración de DELPHI como única cliente de la empresa de servicios.

Por su parte, la Audiencia Nacional *también habría revisado parcialmente su criterio en torno a cómo entender la existencia del periodo de consultas*, de modo que habría relajado en buena medida su criterio formalista para orientarse por una senda más resultadista, de forma que, en síntesis, nos viene a decir que «bueno será lo que bien acaba», esto es, que el periodo será válido en todo caso si logra un acuerdo. Partiendo de que «no corresponde a esta Sala suplantar el papel de los negociadores...», insiste después en que de lo que se trata es de que «el periodo de consultas cumpla sus fines y no de aquietarse ante defectos subsanables que permitan sustentar posteriormente la pretensión de nulidad». En conclusión, el poco relieve dado por los negociadores de la parte trabajadora que dieron a la omisión de determinados documentos por la parte empresarial lleva a entender que «la omisión de la información requerida perdió gravedad y significación al no discutirse los datos vinculados a la misma» –SAN 141/2013, de 8 de julio–. Por lo tanto, una vez más, la posición del Tribunal no es unívoca, ni en un sentido ni en otro, dando unas de cal y otras de arena, pero en general sí puede verse una evolución favorable a la comprensión de las causas empresariales y a la relativización del rigor del procedimiento, siempre que la utilidad básica o elemental de este se garantice, que es lo que exige la normativa comunitaria y ahora confirma el TS.

Asimismo, la existencia de *fraude legal* en la delimitación del ámbito organizativo en torno al cual fijar la concurrencia de causa económica y/u organizativa, también incidirá de una forma clara en los requisitos legales. Así, como evidencia la STSJ de Cataluña 31/2013, de 19 de junio, la existencia de un prestamismo laboral prohibido por el ET –ocurriría lo mismo si se tratara de otra situación de integración organizativa lícita, como el caso de los grupos– ha de llevar a la calificación de nulidad del ERE por incumplimiento de los requisitos legales, es decir, de la documentación que la empresa (real) queda obligada a presentar según el artículo 51.2 del ET, ya que no se dispuso en ningún momento de la información que hubiera podido permitir un auténtico, y no meramente formal y ficticio, periodo de consultas. Por tanto, el recurso amplio a estas cláusulas generales del ordenamiento jurídico, inexcusables en cualquier Derecho que se tenga por coherente y razonable, no es artificial ni se hace sobre al vacío, sino obligado.

En el caso concreto de la sentencia, se produce un pronunciamiento sobre la conformidad a derecho del ERE en relación con «*la totalidad de las empresas implicadas en el fraude porque el despido ha de proyectarse también en relación a la empleadora real que, como se ha dicho, no es otra que DELPHI*». Como con gran fortuna presupone esta decisión judicial, la licitud jurídica de la descentralización productiva no está en juego, por cuanto es aceptada por la normativa y los Tribunales. Lo que se pone en cuestión es el modo de llevarla a cabo, pues no admite un uso incondicional, ya que no puede llevarse a cabo en fraude de ley (art. 6.4 Código Civil) y «*tener dimensión de lícita acumulación de fuerza productiva y no de simple teatralización para cerceñar legítimos derechos y expectativas de los trabajadores adscritos al proceso productivo*»⁵².

⁵² «Tal ámbito relacional evidencia, a juicio de la Sala, la existencia de un fraude de Ley, porque falta en MOMAYCA, SL una posición empresarial real dotada de sus propios medios materiales y humanos, organizados para la producción de bienes o servicios de forma autónoma e independiente». Fue creada *ad hoc*, no tenía voluntad ni proyección de ofrecer servicios en el mercado más allá de los concertados con DELPHI, carecía de verdadero patrimonio, se

En suma, seguir el procedimiento no puede ser una mera escenificación teatral, a fin de dar cumplimiento aparente a los requisitos de procedimiento legal, sino que tiene que dar garantía de efectividad en la observancia de los fines a los que sirve, que son sustantivos:

«Se impone por el legislador, como garantía de razonabilidad y justicia de la medida extintiva colectiva, la atención de exigencia formal y material constitutiva que se concreta en la necesidad de dar traslado a la representación legal de los trabajadores afectados de la documentación necesaria y suficiente para acreditar de forma objetiva y contablemente constatable las causas que dan lugar a su solicitud y que los resultados de la empresa informan materialmente de una situación económica negativa que pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo y que justifique que de los mismos se deduce lo razonable de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado» –STSJ de Cataluña 31/2013, de 19 de junio, FJ 5.º–.

No ha sido infrecuente el que se conozcan situaciones en las que aparecen también otras formas de complejidad empresarial, como la sucesión de empresas ex artículo 44 del ET. Por lo general, los demandantes han intentado acreditar que existían estas situaciones, a fin de aferrar adecuadamente al sujeto titular de la organización, que puede condicionar claramente, como sucede cuando media un sujeto empresarial público, mientras que los Tribunales han mostrado una visión más restrictiva al respecto, negando tal sucesión⁵³. U otras formas que implican plu-

desconoce incluso el título por el que ocupaba el centro de trabajo, empleando para el desarrollo de la actividad productiva, salvo elementos marginales, materia prima, utillajes y herramientas de DELPHI, que era la encargada de su mantenimiento, reparación y sustitución y que, en simple acto de disposición unilateral, que no contó con oposición de la empleadora formal, las retiró del centro de trabajo sin reservarlas a la garantía de los derechos de los trabajadores de la contrata... (...). En recensión puede concluir esta Sala que la relación entre ambas sociedades se teatralizó con la finalidad torticera de que DELPHI, receptora y beneficiaria real de la prestación de servicios, pudiese eludir la responsabilidad que pudiera dimanarse de la adjetivización de empleadora real y material –FJ 4.º–. La sentencia, además, es sugerente porque formula una reflexión sobre una de las codemandadas de la que se predicaba su condición de empresa sucesora de la actividad productiva de la demandada, respondiendo el Tribunal negativamente a esa petición, pero porque es la empresa DELPHI la que mantiene también la condición de empleador real también para los trabajadores de esta última empresa. Por lo tanto, abre la puerta a otro litigio análogo para los trabajadores de tal empresa, por una situación análoga a la que ha sido conocida en la sentencia.

⁵³ Vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 19 de junio de 2013, dictada en el procedimiento de única instancia 10/2013, seguido sobre despido colectivo. En este caso concreto, se trata de una escuela municipal de música, que a partir de 1997 el ayuntamiento decide que dicha prestación no se lleve a cabo de forma directa, de tal manera que a partir del curso 1997-98 y hasta el 2012-2013 (curso en el que la plantilla de la empresa era de 26 trabajadores, de los que 23 eran profesores) la prestación de tales servicios se ha llevado en cabo por la empresa privada demandada, que participó desde aquella fecha en los concursos de adjudicación convocados por el ayuntamiento. Dicha entidad fue constituida en julio de 1997 por dos socios que habían prestado con anterioridad sus servicios como trabajadores para la escuela municipal, y tenía por finalidad la enseñanza de música, actuaciones musicales y venta de instrumentos musicales, si bien, tal como se recoge en el hecho probado segundo, *«prácticamente ha tenido como única finalidad la de licitar en los concursos públicos convocados por el Ayuntamiento de Valladolid para la concesión*

ralidad organizativa en el plano económico y jurídico, pero una cierta unidad en el plano de la dirección global del negocio, como sucedería con los sistemas de franquicias, que son una moderna y muy extendida forma de descentralización productiva, aunque no haya dado lugar todavía a una elaborada regulación jurídico-laboral, ni legal ni judicial, a diferencia de lo sucedido en otros casos, como los grupos de empresas⁵⁴. La Audiencia Nacional ha aceptado también que la externalización de actividades configure una causa lícita de despido colectivo de modo que se puede optar por «... la externalización de los servicios de limpieza y mantenimiento para conseguir un ahorro que compense las citadas pérdidas y caída de ventas y de ocupación» –SAN 145/2013, de 15 de julio, FJ 12.º–.

Vemos, por tanto, una y otra vez, cuando se desciende al análisis detenido y serio del conjunto de los pronunciamientos judiciales, que la doctrina judicial ha aceptado este catálogo de causas de nulidad, sin una formal ampliación, por lo que se descarta, sea una rebeldía en el plano de política del derecho sea una intervención protectora desmesurada. En realidad, por lo común, lo que hacen es dar sentido a la regulación, para no dejarla en puro formalismo, de ahí que asegure la dimensión efectiva de los dos requisitos básicos del procedimiento legal, la concurrencia de una negociación de buena fe y la aportación de una documentación útil para aquella⁵⁵. Pero

de la gestión y explotación de la referida Escuela Musical». La entidad empresarial, ante la situación creada por la importante disminución de alumnos y la caída de ingresos, presentó solicitud de resolución de contrato al amparo del artículo 223 de la Ley de contratos del sector público, cesando en su actividad el 31 de marzo, con entrega de las llaves del local donde desarrollaba su actividad el 1 de abril al ayuntamiento. De ahí que la demanda alegara que se había producido una sucesión de empresa, ya que la entidad demandada había revertido al ayuntamiento, en virtud de la resolución del contrato, «un conjunto de elementos materiales y personales susceptibles de explotación». La Sala desacredita esta posición y defiende que no hay sucesión de empresa, ni estatutaria, ni convencional, ni administrativa.

⁵⁴ De interés el caso conocido por la *STSJ de Aragón 24/2013, de 14 de enero*. Junto a otras causas de nulidad, y de forma subsidiaria, de inadecuación a Derecho, del ERE, se alegaba la constatación de una voluntad empresarial de continuar la actividad pero modificándola «a través de un sistema de franquicias». Para esta sentencia, que desmota una a una todas las críticas de la parte demandada –inexistencia de periodo efectivo de consultas, inadecuada documentación, existencia de grupo de empresas...–, respecto a la hipótesis de la modificación de la actividad mediante la puesta en marcha de franquicias, sería una cuestión solo de estrategia organizativa empresarial y, en consecuencia, no correspondería a los tribunales «tratar de hallar otras soluciones organizativas que estimemos más adecuadas, sustituyendo la misión que la Ley y la realidad económica encomiendan al empresario». Ilustre ejemplo del máximo respeto a la libertad de empresa y al principio de oportunidad que de ella deriva en la gestión de la actividad empresarial.

⁵⁵ La reciente STS de 20 de marzo de 2013, rec. núm. 81/2012, explica que «la principal finalidad del precepto (el art. 51.2 ET) es la de que los representantes de los trabajadores tengan una información suficientemente expresiva para conocer las causas de los despidos y poder afrontar el periodo de consultas adecuadamente. En este sentido se orienta el artículo 2.3 de la Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, para que ese periodo de consultas a que se refiere el artículo 2.1, se proyecte, tal y como expresa el artículo 2.2 y como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos».

no por ello la lectura es siempre favorable a las pretensiones laborales, pues a menudo sucede lo contrario, aunque se silencie por la crítica mediática y el *lobby* empresarial.

Así, hay un buen número de decisiones judiciales que han aceptado una posición «rígida e inflexible» por parte de la empresa en el proceso negociador, siempre que haya causa para ello. Una situación que se produciría cuando el ERE responde «a la crítica situación a que ha llevado a la empresa demandada el impago por el Ayuntamiento del complemento o subsidio a que creía tener derecho, complemento o subsidio imprescindible para poder seguir pagando los salarios...» –STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 19 de junio de 2013–. Como no faltan las que, incluso después de haber acreditado que no existe grupo de empresas en el caso, evidencian que, de haberse acreditado, tampoco sería determinante de la nulidad del ERE si se demostrase fehacientemente la causa económica y/u organizativa –STSJ de Cataluña 3728/2013, de 28 de mayo–. Lo que debe ser criticable por la referida incidencia en todos los planos de la existencia o no de un marco organizativo diverso. En otros casos se abre vía una doctrina judicial más exigente con las formas organizativas de la actividad económica, de modo que se responsabilice al conjunto, en contraprestación con el beneficio que recibe del todo –STSJ del País Vasco 1053/2013, de 4 de junio–⁵⁶.

En la misma dirección de tutela de las razones empresariales, las hay que desmontan todos los argumentos de crítica formal por parte de la demanda sindical y admiten también, en el plano de la gestión empresarial, la posibilidad de descuelgue salarial, sin que ello suponga fraude alguno, con lo que esta técnica de control de la legitimidad de decisiones de autonomía empresarial o de libertad de empresa reduce su efecto práctico. Pues:

«Nada más lejos de la realidad y del derecho; el descuelgue en la negociación de un ERE o despido colectivo es precisamente la alternativa legal para evitar o reducir los despidos, de tal forma que se sacrifican salarios a cambio de los puestos de trabajo» –STSJ de Canarias, de 10 de julio de 2013, dictada en el procedimiento de despido colectivo 24/2012, aunque luego declarara no ajustado a derecho el ERE por no concurrir la causa–⁵⁷.

⁵⁶ La Sala Social del TSJ del País Vasco no solo anula el ERE por falta de buena fe negociadora en el periodo de consultas, sino que critica severamente la actuación empresarial de no aportar ninguna medida que pudiera evitar o reducir los despidos propuestos, y no considera como tal la hipótesis de poder constituir los trabajadores afectados que lo desearan una empresa de economía social, tanto ante la falta de concreción en su planteamiento como por el hecho de que no cree que pueda tratarse de una auténtica medida social de acompañamiento cuando «como en el caso, la empresa ha pretendido que los trabajadores renuncien a las indemnizaciones a las que legal y convencionalmente tienen derecho», llegando a calificar la actuación empresarial de «mera argucia» o «aparición de medida social de acompañamiento», dando así formal pero no real cumplimiento a lo obligado por la normativa vigente.

⁵⁷ «Estima la Sala que el panorama económico final de la empresa es sensiblemente distinto al que está en la base del despido colectivo, de tal forma que ha desaparecido el substrato del mismo al haber variado sensiblemente la decisión de la Comunidad que afectaba al contrato de prestación de servicios, y por tanto al no existir el que llamamos panorama primero que era el que pretendía justificar los ceses no cabe hablar de la existencia de la verdadera causa justificada económica-productiva, pues la disminución mínima de ingresos no justifica los despidos, y la modificación del precio final y los cambios del 29-10-2012 nada tienen que ver con las razones alegadas en la memoria para justificar los despidos al haber sido modificado sensiblemente el panorama económico por esta Addenda de

Es verdad que en ocasiones hallamos decisiones judiciales más valientes que van más allá de la norma y de la práctica judicial asentada. A diferencia de la mayor parte de la doctrina judicial en la materia –especialmente la sentada por la Audiencia Nacional, que ha resucitado la errónea distinción entre grupo laboral y grupo mercantil (*vid.* por todas SSAN 33/2013, de 25 de febrero, y 141/2013, de 8 de julio)⁵⁸, la Sala del País Vasco entiende que la responsabilidad ha de ser solidaria de la empresa que despidió y de la empresa dominante del grupo, aunque estemos en presencia solo de un grupo mercantil y no laboral añadiendo que «una respuesta distinta resultaría contraria a la lógica jurídica y social, pues la solidaridad en la condena constituye una garantía añadida para las personas trabajadoras afectadas...». Se hace una apuesta aquí, pues, por la estabilidad en el empleo, en la interpretación que del derecho al trabajo contenido en el artículo 35 de la CE ha hecho el Tribunal Constitucional –SSTC 22/1981 y 192/2003–. Se trataría de evitar:

«... consecuencias indeseadas y contrarias a la lógica, cual la de que los efectos de una declaración judicial favorable a la pretensión de la parte trabajadora deviniera ineficaz incluso aunque la empresa económicamente dominante del grupo tuviera una situación saneada.»

El grupo aparece así como un mercado interno de trabajo a todos los efectos, aunque no haya habido una concreta movilidad intra-grupo de los trabajadores. Ahora bien, se trata en todo caso de posiciones aisladas, porque la pétreca jurisprudencia se mueve en sentido bien diferente, como resume la STS, Sala 4.^a, de 27 de mayo de 2013. Una posición claramente favorable a la libertad de organización empresarial.

Finalmente, conviene recordar que, cualquiera que sea el sentido de la reforma en el plano práctico, conforme a la disposición transitoria tercera del RDL 11/2013, esta previsión será de aplicación solo para los despidos colectivos cuya impugnación se inicie a partir de la entrada en vigor del RDL, por lo tanto, no afectará a los ya iniciados y pendientes de sentencia.

5.6.3. Novedades en materia de coordinación entre la dimensión colectiva y la individual: entre el «miedo a lo individual» y el imperativo de racionalidad socioeconómica

Finalmente, se modifica el apartado 13 del artículo 124 de la LRJS, relativo a la regulación de los *procedimientos de impugnación individual de los despidos colectivos*. Ahora se distinguen dos supuestos básicamente:

29-10-2012, por lo que hay que afirmar que no existe causa económica ni productiva que justifique la extinción de contratos que se pretende.»

⁵⁸ Una distinción que, no de forma clara, matiza la STS, Sala 4.^a, de 27 de mayo de 2013, que propone, evidenciando expresamente que «rectifica criterio», aunque sin consecuencias prácticas claras ahora, una equiparación entre los conceptos de grupo a efectos mercantiles y a efectos laborales.

- a) El despido colectivo no ha sido impugnado a través del procedimiento colectivo. En tal caso serán de aplicación al proceso individual las siguientes reglas específicas:
- 1.^a El plazo para la impugnación dará comienzo una vez transcurrido el plazo de caducidad –20 días– para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores. Ahora desaparece la posibilidad del efecto suspensivo por una posterior impugnación por parte de los representantes legales de los trabajadores, que sí preveía la regulación precedente.
 - 2.^a Cuando el objeto procesal sean las preferencias atribuidas a determinados trabajadores, estos también deberán ser demandados. Desaparece del texto legal, pues, la previsión de que en tales casos también deban ser demandados los representantes de los trabajadores cuando la medida contara con la conformidad de aquellos, siempre que no se impugnara la decisión extintiva por los representantes de los trabajadores no firmantes del acuerdo.
 - 3.^a El despido será nulo, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 de la LRJS, «únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas 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, o cuando no se hubiese obtenido la autorización judicial del juez del concurso, en los supuestos en que esté legalmente prevista»⁵⁹.

Ninguna novedad hallamos, salvo la inclusión del adverbio únicamente, que tiene el sentido ya analizado al comentar la reforma del apartado 11 del artículo 124 de la LRJS.

⁵⁹ Por citar algunas sentencias recientes en tal sentido, merece la pena reseñar la *SAN 148/2013, de 22 de julio* (Roj: SAN 3544/2013). El punto nodal de esta sentencia reside en la legitimidad de los criterios de selección de los trabajadores afectados en el ERE. Tales criterios no habían sido fijados por la empresa en su inicio por desear establecerlos durante el periodo de consultas con la parte social, aunque finalmente no se concretaron. Una trabajadora afectada por el ERE impugna la decisión porque, hallándose en situación jurídica de reducción de jornada, y embarazada en la fecha del despido, considera que su despido tiene que ver con el embarazo, no con razones objetivas. Pues bien, la Sala, al entender que no ha acreditado la empresa en el acto del juicio el carácter razonable y proporcionado de la medida, esto es, no se vincula a la «pérdida de virtualidad económica de su puesto de trabajo», estima la demanda y se declara la nulidad de la decisión empresarial (que había recibido el visto bueno de la autoridad administrativa laboral) por discriminación por razón de sexo. En la *SAN 150/2013, de 24 de julio* (Roj: SNA 3545/2013), se conoce de un ERE en el que concurría la existencia de contratos de dos directivos con cláusulas indemnizatorias mejores que las fijadas en la normativa legal, pactadas con la anterior dirección de la empresa. La nueva dirección, que presenta el ERE, les pide que renuncien a dichas cláusulas como contrapartida de su no inclusión en el ERE y garantizándoles durante un año las mismas condiciones económicas. Los directivos no aceptan tal petición y son incorporados a los afectados por las extinciones contractuales. Para la Sala dicha inclusión vulneró el *derecho a la indemnidad* garantizado por el artículo 24.1 de la Constitución, «puesto que se ha probado de modo directo, que no se les incluyó porque sus contratos hubieran devenido inútiles para la empresa, ni tampoco por su coste excesivo, sino que se les incluyó, porque se negaron a renunciar a las cláusulas referidas en el hecho probado tercero, que constituían una garantía para su defensa frente a medidas extintivas empresariales».

- 4.^a 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 periodo de consultas. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia. Ninguna novedad tampoco encontramos aquí.
- b) El despido ha sido impugnado de forma colectiva, bien por la representación laboral bien por el empresario.
- 1.^a El plazo de caducidad para la impugnación comenzará a computar desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo, o, en su caso, desde la conciliación judicial.
 - 2.^a La sentencia firme *–o el acuerdo de conciliación judicial–* tendrá eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso regulado en los apartados anteriores.
 - 3.^a 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 periodo de consultas.

Lo más destacado de esta nueva redacción es la equiparación entre la sentencia firme y el acuerdo de conciliación judicial a efectos de cosa juzgada, siguiendo la equiparación de títulos asumida por la LRJS con carácter general. La pretensión es convertir en excepcional la impugnación individual, a fin de centrar todo el proceso en la decisión colectiva. La idea última es que la sentencia firme o, en su caso, el acuerdo alcanzado en conciliación judicial entre representantes legales de los trabajadores y la empresa, ponga el punto final a las reclamaciones jurídicas sobre las condiciones del despido por razones atinentes a la empresa, colectivo por definición. De ahí que se reconozca expresamente a la sentencia firme o al acuerdo de conciliación judicial del proceso colectivo la eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales y, al tiempo, se establezca que el plazo de caducidad para la impugnación individual comenzará a computar desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo o, en su caso, desde la conciliación judicial. Se ha visto en esta novedad un efecto de gran importancia, a dar a la conciliación judicial el carácter de «cosa juzgada» que ya se reconocía a las sentencias, pues puede tener influencia decisiva en las impugnaciones individuales, al extenderse este efecto.

En todo caso, el objetivo principal es agilizar el proceso y evitar que las impugnaciones individuales paralicen el pago de las indemnizaciones tras los eventuales acuerdos colectivos. En suma, dado que las demandas presentadas por los representantes laborales afectan sustancialmente (así sucede en la gran mayoría de las más de 150 sentencias dictadas al respecto) tanto a cuestiones de

forma como de fondo, se restringirá considerablemente el posible contenido de la acción individual. Esta se limitará, por lo general, a los efectos específicos en cada caso: el incumplimiento de las reglas de preferencia y el impago injustificado de la indemnización por despido. Quedará solo como supletorio el conocimiento de aquello que no haya sido abordado en la demanda colectiva, ya que inevitablemente la excepción procesal de cosa juzgada será alegada por la parte empresarial demanda.

A diferencia del intento del legislador de limitar la declaración de nulidad de un ERE, que seguramente está abocado al fracaso, sí cabe augurar más éxito a esta limitación de la acción individual, pues son ahora muchas más las dificultades para que una demanda individual pueda tener un contenido que permita conocer a los Tribunales de cuestiones relacionadas con todo el despido colectivo. No obstante, parece evidente que la realidad siempre desborda a la norma, al menos a su texto, como ha quedado comprobado con esta mini-reforma laboral de adición a la macro-reforma de 2012, y que conoceremos muchas situaciones en los que se seguirán planteando cuestiones colectivas a propósito de acciones individuales. Veremos, pues, hasta qué punto la acción judicial en defensa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva vuelve a ser un factor distorsionador para la voluntad legal de reducir esos espacios que tanto distorsionan, a su juicio, la buena gestión empresarial en este tipo de decisiones.

5.6.4. La corrección legislativa de una jurisprudencia errada: el carácter declarativo de la sentencia condenatoria a la nulidad del despido

En este mismo ámbito de mejora de la coordinación entre la regulación de la vertiente colectiva del despido y su proyección individual, pero exigida de un especial comentario, sin ninguna duda hay que poner de relieve que la principal novedad reguladora está no en el artículo 124 de la LRJS, sino en la modificación del artículo 247.2 del mismo texto legal. A través de esta modificación toma cuerpo una regla de sentido común que, sin embargo, había sido desoída en la práctica judicial seguida hasta ahora: *el inexorable efecto ejecutivo de la sentencia declarativa de la nulidad del despido* colectivo por cuanto toda nulidad implica una sanción y toda sanción es una condena, por tanto susceptible de ejecución inmediata:

«2. La modalidad de ejecución de sentencias firmes... será aplicable a los restantes títulos ejecutivos, judiciales o extrajudiciales... estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual en los términos del apartado 3 del artículo 160, así como a las sentencias firmes u otros títulos ejecutivos sobre movilidad geográfica, modificaciones sustanciales... suspensión... y en los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula.»

Se trata de una regla de coherencia reguladora que hace más ágil el procedimiento para el empleador, pero también lo configura con mayor justicia para los trabajadores. Estos, en la actual práctica, más resistencia mental de los jueces —o quizás autodefensa de los órganos judiciales colegiales o Tribunales respecto de los unipersonales— que exigencia legal, se había visto incom-

previsiblemente negada. Por eso, a mi entender, esta posición legal correctora de la judicial debe valorarse de modo extremadamente positivo, evidenciando que esta técnica legislativa puede ser útil cuando responde a valores sustanciales, no a intereses particulares.

Mucho se había debatido acerca de esta cuestión, en los siguientes términos, tal y como resume la bien fundada, pero errática, posición del TSJ del País Vasco, recogiendo el sentir mayoritario, luego plasmado en la también, aquí errada, STS de 20 de marzo de 2013:

- a) En momentos de despidos colectivos cuya tramitación se había iniciado durante la vigencia de la normativa resultante del RDL 3/2012, se razonó que esta norma dio una nueva redacción al artículo 124 de la LRJS, de modo que su apartado 9 contenía la previsión de declaración de nulidad de los despidos colectivos realizados con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, entre otras causas, pero que no contemplaba para la declaración de nulidad del despido colectivo concreto efecto alguno, a diferencia de la actual y vigente redacción del citado artículo 124.9 de la LRJS, que, a partir de la Ley 3/2012 anuda a la declaración de nulidad del despido colectivo los tradicionales efectos de readmisión de las personas trabajadoras afectadas por la decisión empresarial y el abono de los salarios de tramitación –SSTSJ del País Vasco de 4 de septiembre, 9 de octubre y 11 de diciembre de 2012, Demandas 6/12, 13/12 y 19/12; STS de 20 de marzo de 2013, R. Cas. 81/12–.
- b) Bajo la vigencia de la regulación derivada de la Ley 3/2012, se ha razonado también que dado que el artículo 124.11 de la LRJS ahora sí prevé que a la declaración de nulidad de la sentencia se anudará la declaración del derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo en los términos de los artículos 2 y 3 del artículo 123 de la misma Ley. En este sentido, no habría problema alguno en incorporar tal declaración, pero los problemas surgirían a la hora de ejecutar esta declaración⁶⁰.

Todo este debate pierde ahora buena parte de su interés ante el reconocimiento legal del carácter directamente ejecutivo de las sentencias de despido colectivo. Si bien va en una análoga línea de reducir el tiempo de gestión de la decisión extintiva, pues de esa constricción temporal se derivará también una reducción de los costes, ya se ha dicho que, a mi juicio, merece valoración muy positiva. Siempre con el debido respeto a la labor de los Tribunales, ha de ponerse de relieve que la lectura de la reforma realizada en este punto fue equivocada a todas luces y no podía ser asumida

⁶⁰ Así, procede traer a colación la STSJ del País Vasco de 26 de marzo de 2013 –Demanda 31/12–, en la que se declaró la nulidad del despido colectivo y el derecho de los trabajadores a su reincorporación a su puesto de trabajo, si bien ya se aludía a sus efectos meramente declarativos, lo que ha sido ratificado en Providencia de 14 de mayo de 2013 en la que se ha negado la ejecución provisional solicitada por el sindicato demandante (aunque la sentencia era ya firme), todo ello sin perjuicio de los procesos individuales que se tramiten. Y todo ello, entiendo, de manera incoherente con la nueva LRJS, aunque en la sentencia se hagan constar todos los datos que permitieran individualizar esos efectos de condena.

jurídica ni socialmente, ni por razones de mera técnica ni menos de política jurídica, pues en juego estaba nada menos que el derecho a la tutela judicial efectiva, aquí postergado en aras de una autoprotección de los jueces de ámbito superior, de modo que el trabajo de ejecución se desplazaba a los unipersonales. Pero actuando así no solo se vaciaba la protección dada por las leyes, incluida la LRJS, sino que se creaban adicionales daños a los derechos e intereses de los trabajadores.

Una vez más, los Tribunales hacían gala de sus resistencias ancestrales a ciertos cambios legislativos, pues de todos es conocida la gran pugna entre los Tribunales sociales ordinarios y el TCO en torno a la ejecución de sentencias que no sean estrictamente condenatorias, evidenciando una y otra vez el carácter excepcional de la ejecución de sentencias colectivas, incluso contra el criterio constitucional y ahora el legal –STS, Sala 4.^a, de 28 de mayo de 2002–. En suma, aquí el legislador enmienda un enorme error jurisprudencial. Ahora cabe esperar que esas resistencias judiciales al cambio no reduzcan a la mínima expresión el sentido de la reforma y, al contrario, se conviertan en los principales sujetos colaboradores para con el texto legal, por cuanto responden al valor superior de la temprana y efectiva justicia.

6. REFLEXIÓN FINAL: ¿SOSTENELLA Y NO ENMENDALLA PARA QUÉ?

Apenas se produce una reforma laboral, ya se anuncia otra. Muy pronto la novedad del RDL 11/2013 será desplazada por el próximo que ya se prepara. Pero ¿qué sentido tiene? Se dice que el fin buscado es dar más seguridad jurídica en la aplicación de la norma, evitando conflictos judiciales que retrasan y distorsionan el actuar empresarial, con daños económicos y sociales. Sin embargo, las reformas que se proponen ni responden a ese objetivo ni están en condiciones de realizarlo.

Ciertamente, lo que puede ser una buena noticia para el sector empresarial y para los bufetes que defienden sus intereses, pronto puede tornarse nuevo nubarrón, porque ahora el TS traslada una carga adicional a los Tribunales para dilucidar qué aporta la nueva regulación respecto del Derecho, no ya de la Ley, precedente. Por lo que se abre una nueva espita a la diversidad de enjuiciamientos, cuando el objetivo era cerrar el horizonte hermenéutico a tales efectos. La reforma propuesta con el RDL 11/2013 apunta en esa dirección clarificadora, pero ya hemos visto que difícilmente es de entidad suficiente para lograr ese objetivo. Así, no queda desactivada la solución judicial del conflicto de intereses, ni menos están en condiciones de cambiar los criterios judiciales en el control jurídico de las causas de los despidos, que continuarán siendo más o menos los mismos con técnicas de legitimidad ordinamental, no solo legal, de razonabilidad, funcionalidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

Tampoco hay nada en la nueva reforma que favorezca la transición, que brilla por su ausencia, de un sistema laboral concentrado en despidos hacia otro marcado por la flexibilidad interna. Pero, pese a lo que pudiera pensarse, las escasas comunicaciones entre la previa adopción de alternativas a los despidos y la calificación jurídica de los mismos no han sido ampliadas por el reajuste normativo parcial, ni aquí la jurisprudencia dominante permite una evolución previsible, por cuanto se resiste igualmente a establecer una jerarquización entre las dos vertientes de

la flexibilidad, como se ha indicado. El despido colectivo continúa sin ser formalmente la última ratio de las medidas empresariales de ajuste laboral, aunque en ocasiones materialmente los jueces, sobre todo la Audiencia Nacional, reintroduzcan este enfoque cuando entran en las controversias de intereses durante las consultas sindicales.

Queda claro, en suma, que otorgaría mayor seguridad jurídica al sistema reconocer, por vía legal o por vía jurisprudencial, el principio de favor hacia la medida de flexibilidad interna respecto de la de flexibilidad externa, a cambio, eso sí, para asegurar el carácter transaccional, de una definitiva consolidación del modelo de control judicial basado en el principio de legalidad, sin que se filtren, de un modo u otro, valoraciones de oportunidad. Sin embargo, una vez más, el legislador, a través de una reforma precipitada y de parte, por lo tanto sesgada, no consigue ni una cosa ni la otra, con lo que seguirá dejando insatisfechos a los dos sujetos de la relación laboral, los empresarios y los trabajadores. Aspectos fundamentales hoy en la regulación de empleo por razones económicas y empresariales, como el papel que ha de otorgarse a los grupos de empresas, no ya los «patológicos» sino también a los «fisiológicos» o jurídico-mercantiles, según una distinción, tan obsoleta como estéril, desempolvada por la Audiencia Nacional, siguen quedando en el más oscuro de los silencios, avalando intereses favorables a las empresas pero contrarios a la sociedad. En tanto, el desempleo galopa.