

EL «NUEVO» PROCEDIMIENTO DE «REGULACIÓN DE EMPLEO»: ¿UNA VUELTA DE TUERCA MÁS EN LA LIBERALIZACIÓN DEL DESPIDO?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Extracto:

LA reforma laboral llevada a cabo por la Ley 35/2010 incidió en una notable flexibilización del despido colectivo, en especial a través del intento de superación de la llamada «incertidumbre aplicativa», tanto administrativa como sobre todo judicial. El objetivo era crear un marco regulador que infunda más confianza a los empresarios para acudir a este mecanismo de reestructuración empresarial, reduciendo la discrecionalidad existente al respecto, tanto en sede administrativa como judicial. A cambio, el empresario debía comprometerse a tomarse en serio los «planes de acompañamiento social», a fin de que las decisiones de reajuste no supusieran una despreocupación extrema por la suerte de los trabajadores afectados, sino que se crearan programas específicos orientados a la mejora de la empleabilidad de aquellos.

Este cambio de modelo regulador tenía que articularse, en el plano práctico, a través de un procedimiento de regulación de empleo adecuado a los nuevos requerimientos, de ahí el mandato legal para reformar en profundidad la regulación reglamentaria precedente. Precisamente ese es el objetivo del Real Decreto 801/2011, que aquí se comenta. Sin embargo, sorprendentemente, el Gobierno quiso aprovechar esta habilitación reglamentaria para modular el alcance de la reforma, de modo que por la vía del incremento de las exigencias documentales, sobre todo para los casos novedosos de regulación de empleo ante situaciones de pérdidas estimadas o eventuales, no actuales, se redujeran las facultades abiertas al empresario para una gestión preventiva del riesgo de pérdida de competitividad, especialmente intenso en situaciones de crisis e incertidumbre de mercados. Sin embargo, el dictamen del Consejo de Estado fue muy crítico contra esta opción, evidenciando reparos sustanciales en ese y otros puntos que obligó a una revisión en profundidad del reglamento proyectado.

La versión definitiva ha recogido buena parte de las sugerencias del Consejo de Estado, pero no todas. Al tiempo, el Consejo de Estado ha mostrado un exceso de celo en el control de este instrumento regulador, yendo más allá de su función consultiva para mostrarse como una suerte de legislador negativo y positivo. El resultado es una regulación en la que se nota claramente la pugna entre dos concepciones diferentes del procedimiento de regulación de empleo y del despido colectivo. De ahí que se planteen importantes problemas teóricos y prácticos. En este trabajo se da cuenta de todo este proceso, se identifican las principales novedades de la regulación, se evidencian los problemas aplicativos más relevantes y se atisban algunas soluciones para los operadores jurídicos.

Palabras clave: despidos colectivos, reestructuración de empresas, procedimientos de regulación de empleo y planes sociales.

THE NEW EMPLOYMENT REGULATION PROCEDURE. GIVING ANOTHER TURN TO THE MASS DISMISSAL LIBERALIZATION?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Abstract:

THE labour reform carried out by the Law 35/2010 influenced to a significant relaxation of dismissal liberalization, especially through the attempt to overcome the «uncertainties applicable», both administrative and judicial especially. The goal was to create a regulatory framework that instills more confidence to employers to resort to this mechanism of corporate restructuring, reducing the discretion available on the subject, both in administrative and judicial levels. In return, the employer must commit to take seriously the «social support schemes», so that decisions of readjustment would not impose by extreme disregard for the fate of the workers affected, but creating specific programs to improve employability of those.

This change in regulatory model had to be articulated in practical terms, through a redundancy procedure appropriate to the new requirements, hence the legal order for fundamental reform of previous statutory regulation. That is precisely the goal of Royal Decree 801/2011, here says. However, surprisingly, the government wanted to take the opportunity this regulatory clearance to modulate the scope of the reform, so that by way of increased documentary requirements, especially in situations of redundancy of losses estimated or possible, not current, it reduced the faculties open to the employer to proactive management of risk of loss in competitiveness, particularly in situations of intense crisis and uncertainty in markets. However, the opinion of the Council of State was very critical against this option, showing that substantial repairs in this and other issues that forced a far-reaching reform of regulations designed.

The final version has collected many of the suggestions from the Council of State, but not all. At the time, the Council of State has shown an excess of zeal in the control of the regulatory instrument, going beyond its advisory function to display as a kind of negative and positive legislator. The result is a regulation in that it shows clearly the struggle between two different conceptions of the regulatory process for employment and collective dismissal. Hence, there are important theoretical and practical problems. This paper gives an account of this process, identifying the main new regulation problems and detects some solutions to legal operators.

Keywords: collective dismissal, companies restructuring, employment regulation procedures and social plans.

Sumario

1. Introito: «Para vosotros las leyes, a mí dejadme los reglamentos».
2. Una visión panorámica de las principales novedades del nuevo reglamento: «quiero, pero... no puedo», o «¿quizás sí?».
3. Aspectos de delimitación general: ¿más allá de un «simple» procedimiento administrativo especial de autorización?
 - 3.1. El «objeto» del procedimiento: ¿nada más que una secuencia ordenada de actos administrativos dirigidos a una autorización para despedir?
 - 3.2. La delimitación de la autoridad laboral competente y sus «puntos de conexión»: las reglas de clarificación de supuestos específicos «litigiosos».
 - 3.3. Los sujetos legitimados para intervenir en los procedimientos de regulación de empleo: una reforma de adaptación a los cambios legales.
4. El procedimiento administrativo de regulación «extintiva» de empleo: puntos críticos.
 - 4.1. Iniciación y documentación de los despidos colectivos: una clave de bóveda de la nueva regulación.
 - 4.2. La justificación de las causas económicas: las tribulaciones para moderar la reforma legal relativa a la «previsión de pérdidas».
 - 4.3. La documentación de la situación económica negativa en los supuestos de «grupos de empresas»: ¿extendiendo las soluciones o los problemas?
 - 4.4. La documentación común: la apertura a la transparencia y la protección frente a riesgos de discriminación.
 - 4.5. El periodo de consultas: la regulación de los acuerdos en las «comisiones negociadoras» y la búsqueda de alternativas en caso de bloqueos.
 - 4.6. Los tiempos y trámites de ordenación del procedimiento de regulación de empleo: una gestión ágil pero suficientemente informada técnicamente.
 - 4.7. La finalización de procedimiento: de la discrecionalidad administrativa al carácter reglado de su resolución.
 - 4.8. La enésima llamada a la «administración electrónica»: la gestión informática de los ERE.
5. Algo más que despidos colectivos: las especialidades del ERE suspensivo o de reducción de jornada.
6. Eficacia, sentido y contenido del plan social: mucho más que un mero documento.
7. Normalizando la anomalía: los «ERE» en empresas con beneficios.
8. Reflexión final.

1. INTROITO: «PARA VOSOTROS LAS LEYES, A MÍ DEJADME LOS REGLAMENTOS»

Aunque en el discurso oficial de las reformas laborales 2010-2011 ocupa el centro la «flexibilidad interna», auténtica «fórmula mágica» –o «magistral»– recetada para todo mal, la verdad es que en la práctica el debate está protagonizado por los cambios en la «flexibilidad externa de salida», y más concretamente en la regulación de los «despidos económicos» –objetivos y colectivos– a fin de facilitarlos. Sin ninguna duda podemos decir, más ahora que la reforma laboral se ha revelado un completo fracaso en orden a sus objetivos de creación de empleo, ni tan siquiera temporal cuanto menos estable, que los aspectos más llamativos de la reforma se han centrado en la extinción del contrato de trabajo en general, y por causas económico-empresariales en particular. No menos cierto es que ambas ambiciones, la de mejorar la flexibilidad interna de las empresas y la de facilitar las decisiones de reestructuración de empleo, encuentran un importante punto de conexión en un instrumento célebre en estos años: los «procedimientos de regulación de empleo» [«expedientes de regulación de empleo» (ERE)]. En este sentido, no por casualidad una de las vías principalmente requeridas para promover la flexibilidad interna en las empresas, desarraigada casi por completo de nuestra cultura empresarial mayoritaria a diferencia de otras europeas (el mal llamado «modelo alemán»), como es la «reducción de la jornada laboral» a cambio de excluir el despido, al menos en primera instancia, se reconduce formalmente a un «procedimiento de regulación suspensiva de empleo» –«expediente de regulación temporal de empleo» (ERTE)–, según prevé el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con el artículo 51 del mismo texto legal.

En suma, diferentes modificaciones del ET introducidas por la reforma laboral de 2010 impedían la vigencia de una parte significativa de la regulación de los ERE, al tiempo que los nuevos fines de política del derecho incorporados en la regulación estatutaria de estas instituciones forzaban a corregir interpretaciones y aplicaciones tradicionales de otra parte de dicha regulación por parte de las autoridades laborales competentes en la materia. De ahí que la Ley 35/2010, en especial su disposición final tercera, punto 4, exigiera del Gobierno un nuevo esfuerzo reformador, de manera que modificara, para antes de 31 de diciembre de 2010, el Real Decreto 43/1996, por el que se aprobaba el «Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos». Un mandato que acaba de cumplir el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, derogando a partir de su entrada en vigor, el 15 de junio de 2011, el anterior real decreto regulador.

Dejando a un lado el cumplimiento más que tardío del mandato legal, pues como el propio Consejo de Estado ha recordado, en su sustancioso Dictamen 389/2011, de 14 de abril, el plazo legal no tiene efecto preclusivo, por lo que el Gobierno mantiene intacta su habilitación reguladora cualquiera

que sea el periodo en que la lleve a cabo, lo que habría que preguntarse es si, al menos, es correcto –en el plano técnico– y útil –en el plano de política del derecho– para las funciones que se le asignaban. A este respecto, y si bien una norma reglamentaria, por sus evidentes limitaciones ante la reserva de ley formal que domina en el ámbito de las relaciones laborales, no suele suscitar excesivo interés para los analistas, menos para el «gran público», a través de los diversos medios de comunicación, este es una excepción, al menos en cierto modo, como muestra el que haya generado noticias en los diarios económicos, y también en los de alcance general, de mayor impacto en España.¹ La razón de este interés reside en el intento de instrumentación de esta norma de rango inferior para resolver, o al menos mitigar, la tensión con los sindicatos generada por la reforma legal –norma superior– en relación con las causas del despido económico.

Los avezados lectores pensarán, y no les faltaría razón si las normas obedecieran a una estricta lógica, pero ya sabemos que eso escasa vez sucede en la práctica –esta evidencia un condicionamiento extremo del instrumento técnico al servicio del fin político, aun con pérdida radical de coherencia jurídica–, qué tiene que ver una norma reguladora de cuestiones de «procedimiento» –la forma de tramitación de una solicitud empresarial de autorización administrativa– con otra reguladora de cuestiones de tipo «sustancial» –la causalidad del despido económico–. Sea como fuere en el plano de la lógica y/o de la técnica jurídica, lo cierto es que el Gobierno sí pensó que la conexión era muy estrecha, y que a través de ella podría conseguir una cierta corrección del alcance de la reforma laboral, para hacerla más digerible por parte de los sindicatos, con los que se decía habría alcanzado un acuerdo para moderar reglamentariamente el alcance liberalizador de la reforma legal. Como era de esperar, el Consejo de Estado objetó gravemente tal dislate y movió a una corrección del proyecto originario.

Es difícil no recordar ante este intento la sentencia lapidaria del Sr. Álvaro de Figueroa y Torres, más conocido como «Conde de Romanones». A este, tres veces presidente bajo el reinado de Alfonso XIII y reflejado en «Luces de Bohemia» como cacique y hombre rico, se le imputa aquello de: «a mí dejadme los reglamentos».

Pero también hay que destacar que esta iniciativa reglamentaria ha dado lugar a uno de los dictámenes más «intervencionistas» que se le recuerda en esta materia al Consejo de Estado que, a mi juicio, ha ido más allá de sus funciones consultivas, para convertirse tanto en un «legislador reglamentario negativo», vetando de raíz lo que el Gobierno no puede hacer, pese a ser materia de interpretación, cuanto en un «legislador reglamentario positivo», diciéndole al Gobierno lo que sí puede regular y cómo para ser correcto. De este modo, ha convertido su dictamen en una suerte de «sentencia interpretativa», diciéndole, de modo imperativo a menudo, al Gobierno lo que sí es legal, interpretado a su modo, y lo que no lo es, interpretado conforme a su visión jurídica, claro está. Volvemos de inmediato sobre esta interesante cuestión.

Pero este no era –ni es– el único punto de novedad de esta reforma reglamentaria, clara exigencia o secuela de la reforma laboral de 2010. Otros aspectos, que van, a mi juicio, más allá del

¹ Vid. *Expansión* de 18 de mayo de 2011: <http://www.expansion.com/2011/05/18/economia/1305673680.html>. Este diario económico incorporó un artículo con el siguiente titular: «El Consejo de Estado desautoriza a Trabajo y apoya a CEOE en el despido».

plano del procedimiento, suscitan interés de esta norma. Así sucede, por ejemplo, con una tema tan relevante como el relativo al reforzamiento del llamado «plan de acompañamiento social» o «plan social» que, a mi juicio, no representa un «documento» más a añadir a la larga lista de los que se deben presentar para cumplir con los requerimientos de tipo administrativo por parte del empresario, sino que, en realidad, constituye, o bien podría llegar a ofrecer, una visión diferente, un nuevo concepto, más equilibrado socialmente, del entero «procedimiento de regulación de empleo». O una cuestión tan importante hoy como la relevancia de la integración de una empresa en crisis dentro de un *grupo de empresas* más amplio, tanto a los efectos de identificar la causa extintiva, o que abre la vía a la reestructuración empresarial, cuanto a los de diseñar el plan social. Este aspecto, objeto de importantes litigios judiciales, recibe una regulación novedosa, y sin duda problemática, y en todo caso discutible, en el nuevo reglamento.

De ahí que, por estas y otras razones, esta regulación reglamentaria se haya hecho acreedora o merecedora de un análisis relativamente detenido, identificando sus principales novedades y dando cuenta de los problemas interpretativos básicos, a fin de proponer, en lo posible, soluciones interpretativas. Este análisis es el que se pretende ofrecer a continuación.

2. UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES DEL NUEVO REGLAMENTO: «QUIERO, PERO... NO PUEDO», O «¿QUIZÁS SÍ?»

El carácter extremadamente pretencioso de la nueva regulación reglamentaria que comentamos aflora con toda nitidez en el real decreto «proyectado», en el que, entre otros aspectos, se refleja la referida iniciativa de contener la dimensión liberal de la reforma del mercado de trabajo en materia de despidos económicos a través de la creación de nuevos requisitos de procedimiento que dificultaran la prueba de la causa empresarial del despido. Así, frente a las reformas sustantivas orientadas a facilitar el seguimiento de este procedimiento, a fin de lograr un adecuado «ajuste causal» en nuestro mercado de trabajo, emparejando correctamente situaciones reales y medidas empresariales, el Gobierno habría pretendido, sobre todo en relación con el aspecto más conflictivo, el relativo a las «pérdidas estimadas», introducir una mayor rigidez para el recurso a este procedimiento, reduciendo, como le reprochará el Consejo de Estado, la flexibilidad buscada deliberadamente por la reforma. Pero el interés va más allá.

En efecto, la incisiva –y en este punto correcta, pero no en otros– intervención correctora del Consejo de Estado ha moderado significativamente esa inicial ambición reguladora, pero en modo alguno la ha cegado. Buena prueba del notable impacto de política jurídica que suscita el nuevo reglamento de los ERE es que un mismo texto ha suscitado valoraciones muy diferentes por parte de los interlocutores sociales, al tiempo que ha promovido la intervención de una gran cantidad de actores institucionales –autoridades competentes en el plano autonómico, dado que se trata de una materia de ejecución laboral, diversos departamentos ministeriales, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), el Servicio de Empleo Público Estatal–, cuyas observaciones, algunas muy críticas, han quedado reflejadas en el trámite para el informe del Consejo de Estado. En este sentido, si los sindicatos le han reprochado al texto, incluso en la versión más dura –*hard*– proyectada, que refuer-

za las modificaciones liberalizadoras introducidas en la regulación del despido colectivo, al exigir una documentación «insuficiente», la patronal, la CEOE, centró su crítica en lo contrario, al considerar que los requisitos documentales constituían una auténtica «extralimitación del poder reglamentario», en el plano técnico, al resultar *ultra vires*, y en el de política jurídica, al neutralizar en la práctica administrativa la reforma en este punto, con evidente «retroceso de la misma».

Asimismo, hay que tener en cuenta, como ya se anunció, la diversidad de aspectos nuevos en esta regulación que tienen cabida en la norma reglamentaria. La exposición de motivos explica que el objetivo no es solo dar cumplimiento al escueto mandato legislativo de «adaptar» la regulación reglamentaria a la legal, sino también incluir la experiencia aplicativa adquirida durante los 15 años de vigencia de la anterior.

La consecuencia habría sido no una norma de reforma sino la aprobación de una nueva regulación «completa y total» –con un adjetivo ya hubiera sido suficiente para expresar su finalidad totalizadora– del «procedimiento administrativo de regulación de empleo». Ahora bien, ¿una nueva regulación reglamentaria, más allá de la simple adaptación, equivale a un nuevo procedimiento de regulación de empleo? Antes de responder a esta cuestión cabría preguntarse si hay margen para una renovación de tal magnitud en el marco regulador actual y si es necesario o, cuando menos, oportuno en el actual contexto socioeconómico, una revisión en profundidad de esta técnica jurídica de gestión de los procesos de reestructuración de empleo.

Por supuesto que no pretendemos aquí entrar en una consideración de este calado, cuya responsabilidad no recaería tan solo en la fuente normativa sino también en la ordenación que los actores hagan del procedimiento. Aquí bastará con poner de relieve la oportunidad, sino la necesidad, de adecuar la imagen clásica de nuestros «ERE», ligada más a la negociación de las consecuencias sociales de decisiones previamente tomadas empresarialmente y a una intervención administrativa más disuasoria de conductas arbitrarias que promotora de un proceso de reestructuración participada y negociada de la empresa, a la promovida por la Comisión Europea, que exige un enfoque basado en procesos socialmente negociados y administrativamente asistidos de «gestión socialmente inteligente» de los cambios. En consecuencia, todo el procedimiento de regulación de empleo, y no ya solo los «planes sociales», se orientarían en función de su comprensión como un útil o como un instrumento de organización y gestión del empleo a las situaciones críticas y de cambio que puedan producirse en cada momento, incluso de modo anticipado y con la mayor participación social e institucional posible, dadas las diversas dimensiones que, en el plano social, económico, cultural, territorial, institucional, tienen los despidos de carácter colectivo. Un rastreo detenido de algunas novedades de la regulación, sobre todo del «plan social», como luego se dirá, permite atisbar algún giro en esa dirección. Sin embargo, conviene no hacerse falsas ilusiones, en la medida en que ha podido mucho más la «conservación del modelo» que su «renovación», pese a lo que podía atisbarse en la llamada de la Ley 35/2010 a una reforma que pusiera el acento en los «planes sociales» y, por tanto, en los instrumentos de gestión equilibrada y efectiva de los procesos, no en la continuidad de dispositivos orientados a garantizar un enfoque exclusiva o principalmente de la tutela de los trabajadores –compensación económica de la pérdida, que se ve casi irremediable, de puestos de trabajo–.²

² Vid. LANDA ZAPIRAIN, J.P.: «Consideraciones en torno al nuevo enfoque de la resolución "socialmente inteligente" de las reestructuraciones de empresas», *RL*, núm. 6, 2005.

La socialmente incomprensible, y económicamente irracional, experiencia del último *ERE presentado por Telefónica y autorizado*,³ instrumentado como una forma de satisfacer las ansias especuladoras de los mercados financieros, claves para la revalorización bursátil de la empresa y no como una vía racional de ajuste del empleo a la necesidad del mercado económico en que compite, no es sino la «punta de iceberg» de las contradicciones de la actual regulación normativa y del desfase del procedimiento de regulación de empleo en general para responder al referido enfoque comunitario. Por lo tanto, nuestra regulación actual, tras la reforma, dista mucho de responder a un «procedimiento de regulación socialmente inteligente del empleo». En este sentido, y sin perjuicio de las limitaciones ya referidas en el plano del rango normativo, ni el dato de buscar una denominación diferente, sustituyendo la vieja expresión «expediente» por la de «procedimiento», ni la apariencia de un «nuevo reglamento», no ya solo de un «reglamento reformado», lleva a ver en la nueva regulación una diferente configuración del procedimiento respecto del –fallido en gran parte– pasado. En todo caso, como el Consejo de Estado evidencia, por encima del intento de adoptar una nueva regulación y de ir más allá de las previsiones legales en ciertos puntos, no estaríamos sino ante una «reforma refundidora».

Pese a esta decepcionante observación, convendría no infravalorar el alcance de la reforma reglamentaria, como se indicó. Si nos situamos en un plano de análisis más netamente operativo, práctico incluso, debemos subrayar que la nueva regulación de los ERE introduce cuestiones de calado para un significativo número de aspectos, como ha tenido oportunidad de referir igualmente el fundado, pero a menudo también muy pretencioso, dictamen del Consejo de Estado y ha quedado plasmado, si bien con más matices, en el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio. A este respecto, conviene dejar de manifiesto la multiplicidad de objetivos perseguidos por la reforma, con impacto tanto jurídico, sobre todo, como económico, en este caso más limitado.

Entre esos objetivos o fines, que no deberían ser otros, como relata la memoria explicativa presentada por el Gobierno sobre el impacto de la nueva regulación reglamentaria, que trasladar y concretar los perseguidos por la Ley 35/2010, pues se trata de un «reglamento de ejecución», aunque sui géneris, están:

1. Reforzar la causalidad de los despidos económicos colectivos, de modo que se reconduzcan por esta vía todas las extinciones que respondan a razones de orden económico, organizativo, técnico o productivo. Como es sabido, en los dos últimos años, los empresarios habrían preferido acudir a la vía del despido improcedente, con reconocimiento de la ausencia de causa

³ El 14 de julio de 2011 el Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través de la Dirección General de Trabajo, ha autorizado, previo visto bueno de los sindicatos, hoy el nuevo ERE –el anterior fue entre 2003-2007 y se acogieron 13.870 personas, aunque estaba previsto para un máximo de 15.000–, por el que Telefónica despedirá hasta un máximo de 6.500 trabajadores –inicialmente se preveían 8.500, si bien en 5 años, y no en 3– en España *hasta 2013*. Esta medida se presentó como una de las claves fundamentales para el plan de desarrollo de la compañía a un selecto número de potenciales inversores en Londres. Pese a reconocer los beneficios de la empresa –cerró 2010 con 10.000 millones de euros de beneficios– e incluso dedicar una parte importante al pago de bonos y dividendos, se considera que es admisible legalmente. Para tratar de legitimar una decisión tan escandalosa socialmente, y en la frontera en el plano de la legalidad material, el ministerio ha destacado que será el primer ERE de una empresa con beneficios «que no va a ocasionar costes al sistema de protección por desempleo», ya que el operador destinará 350 millones de euros de sus propios fondos para reintegrar el coste de prestaciones por desempleo. Esta cantidad se abonará a un «fondo para políticas activas de empleo», en el marco de lo previsto en la Ley de Empleo tras la reforma por el Real Decreto-Ley 3/2011. Asimismo, y como veremos, se destaca su «plan social» que incorpora, entre otras medidas un «plan especial de recolocación», con algunas previsiones específicas de cierto interés. *Vid. El País*, 14 de julio de 2011, sección Economía.

- real, antes que acudir al «procedimiento de regulación de empleo», pese a tener, de inicio, un coste menor –20 días frente a los 45 días de salario por año de servicio–. El reglamento ofrecería, así, un instrumento más adecuado a los empresarios para solucionar sus dificultades y generarles confianza, con la consiguiente incidencia positiva, según evidencia ingenuamente la memoria de impacto del Gobierno para justificar la nueva regulación, en la «inversión y la creación de empleo». Es evidente que una mayor complicación –aumento– de las exigencias documentales a fin de hacer frente a las obligaciones probatorias, en los términos en que se recoge en los artículos 6 a 8 –el art. 9, relativo al plan social, tiene una dimensión especial, que va más allá de la documental–, lejos de responder a ese objetivo se movería en una dirección contraria. La intervención correctora del Consejo de Estado ha repuesto parcialmente la situación de ajuste ley-reglamento, si bien la lectura empresarial del reglamento será sin duda que continúa un exceso documental que hará difícil dar cumplimiento a ese objetivo legal.
2. Mejorar la seguridad jurídica de la regulación, en beneficio de todos los actores que intervienen en el procedimiento –empresarios, trabajadores, autoridades (no solo laborales, sino también judiciales)–, regulando con mucho más detalle un amplio número de aspectos que antes no se ordenaban expresamente –por ejemplo: identificación de la autoridad competente en situaciones específicas (pluralidad de centros afectados, el carácter supraterritorial de las situaciones, por afectar a diferentes comunidades autónomas, la vinculación causal en el ámbito de los grupos de empresas), las mayorías que se precisan para los acuerdos en los procesos de consultas a alcanzar con las «comisiones negociadoras»...–. De ahí que se incorporen las soluciones de experiencia de estos años y las alcanzadas en normas como los Estatutos de Autonomía y las leyes y reglamentos de transferencia y traspasos en materia de ejecución de la legislación laboral.
 3. La agilización del trámite administrativo en que se concreta el procedimiento de regulación de empleo, a fin de conseguir una aplicación rápida, que no vaya en detrimento ni de la flexibilidad para las empresas ni de la seguridad jurídica para los trabajadores. A tal fin no solo se reducirían los plazos, a veces de un modo difícilmente soluble en la práctica, sino incluso, se dice de modo expreso, las «cargas administrativas» para las empresas, concretadas particularmente en los costes derivados de las obligaciones de facilitar información justificativa de la situación alegada y exigida por la norma. Para el Gobierno con la normativa nueva se reducen tales cargas y, teniendo en cuenta el baremo del coste directo de las cargas que figura en la «Guía metodológica para la elaboración de la Memoria del análisis de impacto normativo», se calcula un impacto positivo de 500 euros por cada ERE de extinción y 1.000 euros por cada ERE de suspensión o reducción. Asimismo, se pone de relieve la facilitación de todo el procedimiento que puede derivar de la modalidad electrónica de tramitación del mismo, una vez se implante el «sistema electrónico» que dé soporte a esta modalidad, según la previsión de la disposición adicional única del Real Decreto 801/2011. El coste que generará este sistema se calcula en 80.000 euros, pero deberá ser soportado por la Administración General del Estado y por las comunidades autónomas.
 4. *Tomar en serio*, lo que hasta ahora no ha ocurrido, a través de un tratamiento «más completo» y también mucho más «efectivo», el «plan de acompañamiento social» –denominación literal– o, como entiendo más adecuado, «plan social de regulación de empleo». Con ello se

querría, según dice el propio Gobierno, «poner en valor su importancia en los procesos de reestructuración de empresas como elemento esencial para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores afectados y, por extensión, como instrumento que debe contribuir a evitar la expulsión indeseada y prematura de los trabajadores del mercado de trabajo». Si el primer objetivo, una regulación más detallada, se ha logrado claramente en la regulación dada por el artículo 9, el segundo, la toma en serio del instrumento a través de una clara mejora de su efectividad jurídica, es, como se verá, más dudosa. Tanto la debilidad de la regulación como la inercia práctica evidencian, y el «plan social» del ERE de Telefónica 2011-2013 es una vez más un ilustrativo ejemplo, que este instrumento sigue siendo secundario en el entero entramado del dispositivo administrativo de regulación de empleo, más orientado a «poner precio» a los despidos masivos que a procurar una adecuada reestructuración del empleo para una organización más eficiente, y por tanto productiva, de las empresas.

5. Modernizar la regulación de los procedimientos de regulación de empleo a través de la incorporación de las novedades en materia de suspensión del contrato de trabajo y, sobre todo, de reducción temporal de jornada, conforme a las especialidades previstas a tal fin en la regulación legislativa. Como ya se ha repetido hasta la saciedad, por enésima vez abriendo una brecha insalvable entre el discurso –favorable– y la práctica –resistente–, toda la regulación iría dirigida a promover el recurso a ajustes suspensivos y modificativos –reducción de jornada– en vez de extintivos para hacer frente a situaciones coyunturales de dificultad económico-organizativa. El procedimiento administrativo debería contribuir, pues, a reforzar estos mecanismos de «flexibilidad interna», sobre todo en las pymes, pues con ello sería posible cambiar sus preferencias por la contratación temporal por técnicas de gestión que fortalezcan su «capitalización en recursos humanos» –que si son humanos, insistimos, no serán «recursos»–, para lo cual precisan apostar por la continuidad, aún novada, de las relaciones y no por la extinción rápida. Para ello, el reglamento dedica mayor atención a regular las especialidades de estas modalidades específicas de procedimientos de regulación de empleo, los llamados «ERTE». No obstante, como algunos órganos autonómicos evidenciaron en sus informes, es claramente insuficiente el tratamiento que recibe este aspecto.

Como puede comprobarse, la diversidad y heterogeneidad de objetivos buscados por la nueva norma reglamentaria, da idea de su complejidad, y también de su más que extrema pretenciosidad. Otra cosa será la adecuación técnica y la credibilidad de sus objetivos en la práctica. En todo caso, una prueba adicional de esta trascendencia reguladora, más pretendida o querida –como le reprochará el Consejo de Estado, a su vez pretencioso contestador– que lograda, reside en la extraordinaria cantidad de informes previos al dictamen del Consejo de Estado. Como relata con cierto, pero no completo detalle, el Dictamen 389/2011, junto a las alegaciones de las organizaciones sociales, sindicales y empresariales, más representativas –CC.OO. y UGT; CEOE y CEPYME–, se han incorporado una infinidad de informes «técnico-políticos» de órganos públicos, estatales y autonómicos.⁴

⁴ Entre los de la Administración General del Estado: de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el Servicio Público de Empleo Estatal, el Ministerio de Economía y Hacienda, así como del Ministerio de Política Territorial y Administración Pública y la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Entre los autonómicos: Informe de la Consejería de Economía, Hacienda y Ocupación de la Generalidad de Valencia, que realiza diversas objeciones muy críticas a contenidos del reglamento que han perdurado tras el dictamen del Consejo de Estado; Consejería de Educación, Formación y Empleo de la Región de Murcia; la Autoridad Laboral de Galicia; la Consejería de Economía y Empleo de la

En la medida de lo posible y razonable en este espacio de análisis, daremos cuenta de algunas de las observaciones de tales organismos, por cuanto ayudarán bien a comprender el alcance y sentido de algunas reformas. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el texto final recoge una parte significativa de esas sugerencias a través del filtro que ha supuesto el referido intervencionismo corrector, e inductor, del Consejo de Estado, cuya impronta en el Real Decreto 801/2011 es manifiesta.

Sin perjuicio del comentario más detenido que merecerán de inmediato esos aspectos o puntos críticos del nuevo reglamento, cabe identificar como más relevantes los siguientes:

- a) La determinación de la **autoridad laboral competente** –art. 2–, distinguiendo con especial detalle los casos de competencia estatal, autonómica y compartida, de un lado, y de otra respecto del siempre difícil tema de la «pluralidad de centros de trabajo».
- b) La **vinculación de las causas** económicas entre distintos centros de trabajo de referencia –art. 1–, incluso en el marco de un «grupos de empresas» –art. 6.4–, lo que ha generado observaciones muy críticas al respecto por los problemas que puede generar en el conjunto del complejo económico.
- c) Concretar la **documentación** requerida –arts. 6 a 8– para tramitar el procedimiento según la causa motivadora, en particular respecto de las «fórmulas ciertas» para justificar la previsión de pérdidas –pérdidas estimadas, no actuales– que, como se ha dicho, es el aspecto que más polémica ha generado, por el referido intento gubernamental de modular o moderar el efecto liberalizador de la ley, al menos en potencia, a través del reglamento.
- d) El nuevo contenido y alcance del «plan de acompañamiento social» o «**plan social**» –arts. 9 y 18–, que aparece como una pieza esencial de todo el entramado, como nos evidencia el que a él refiera expresamente el mandato legal de modificación de la normativa sobre el procedimiento de regulación de empleo. Para unos esta nueva regulación da seriedad al instrumento de gestión equilibrada de la situación de crisis, mientras que para otros no será sino una fuente de nuevos litigios y de importantes incertidumbres.
- e) Mejor **separación y concreción de las distintas fases del procedimiento de regulación de empleo** –arts. 5 a 20–, de modo que se atienda con mayor precisión a las cuestiones relativas a la «iniciación», la «ordenación» y la «terminación» del procedimiento. Como parece lógico, la reordenación del periodo de consultas, y sobre todo en relación con la adopción de acuerdos por las «comisiones negociadoras», con los diferentes órganos de representación de los trabajadores, ocupa un lugar particular.
- f) El favor por los **instrumentos de mediación y el arbitraje**, en línea con la opción de política jurídica más general seguida en la reforma de facilitar estas vías, incluso en sustitución del «periodo de consultas».

Junta de Castilla y León, que sí emite una valoración positiva de la finalidad del proyecto y de su contenido, considerado, en términos generales, como correcto; el Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, especialmente crítico, como lo es la Comunidad Autónoma de Cataluña, que hasta llega a considerar la solución para los conflictos supraterritoriales como impeditiva, en la práctica, de las competencias autonómicas; el Departamento de Innovación, Empresa y Empleo del Gobierno de Navarra, que evidencia numerosas dudas sobre la regulación del plan social, entre otros aspectos.

- g) Fijación y desarrollo de las «especialidades» relativas a los **procedimientos de regulación «temporal» de empleo** –arts. 21 a 24–, basados más que en la suspensión en la reducción de jornada por causas objetivas.

Conforme a la previsión temporal de la disposición transitoria primera del Real Decreto 801/2011, este nuevo régimen será el aplicable a los ERE iniciados con posterioridad a su entrada en vigor, no a los ya iniciados antes de la misma, por lo que conviene dar a conocer los puntos clave de esta reforma. Nos centraremos, como es natural, en dar cuenta de las principales y más críticas novedades, sin aprovechar, en este espacio, para dar cuenta de todos y cada uno de los aspectos que integran este intrincado procedimiento, lo que debe quedar, en su caso, para un posterior estudio monográfico.

3. ASPECTOS DE DELIMITACIÓN GENERAL: ¿MÁS ALLÁ DE UN «SIMPLE» PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL DE AUTORIZACIÓN?

3.1. El «objeto» del procedimiento: ¿nada más que una secuencia ordenada de actos administrativos dirigidos a una autorización para despedir?

Aunque el reglamento regula dos tipos de procedimientos administrativos, el de «regulación de empleo» –título I– y el de «traslados colectivos» –título II–, realmente es en el primero donde se concentran las novedades, manteniéndose inmodificado el segundo. El procedimiento de regulación de empleo queda configurado a través de una serie de disposiciones generales, por medio de las cuales se intenta delimitar con cierta precisión su sentido socioeconómico, su contenido y los «sujetos» implicados –la autoridad laboral competente (art. 2) y los sujetos legitimados (arts. 4 y 10)–.

En principio, y como ya se ha anunciado, pese a la originaria ambición de la norma «proyectada», parece que la naturaleza jurídica del procedimiento nunca ha estado en cuestión, de modo que hoy, y mañana, como ayer, pareciera limitarse a ser nada más que un simple «procedimiento administrativo especial de autorización», por parte de un órgano administrativo, a un sujeto privado, uno o varios empleadores –en caso de ser, por ejemplo, un grupo empresarial el ámbito afectado–, para llevar a cabo un «despido colectivo». En suma, no sería sino un cauce formal para alcanzar una resolución de tipo administrativo favorable a la extinción de contratos por las causas del artículo 51 del ET y si se dan los umbrales numéricos previstos en él, conforme recuerda el artículo 1 del reglamento. La intervención administrativa autorizadora, sea como garantía del interés público –orden público laboral e interés general– sea como garantía de los derechos de los ciudadanos administrados –trabajadores en este caso–, estaría en el centro de todo el procedimiento.⁵

Pareciéndome correcta formalmente esta visión, lo que tiene importantes efectos prácticos, como el delimitar el marco de regulación supletoria del procedimiento, que es el relativo al Derecho Administrativo común, nunca he considerado ajustada esta visión reductora de lo que es y representa, tanto

⁵ En este sentido, MERCADER, J Y TOLOSA, C.: *Derecho Administrativo Laboral*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2004, pág. 333; y más particularmente BLASCO PELLICER, A.: *Los Expedientes de Regulación de Empleo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pág. 17.

normativa como socialmente, el «procedimiento de regulación de empleo», cuyo sentido y objeto desborda claramente la pretensión de una autorización administrativa para despedir, aun siendo central en el mismo este aspecto. Ya desde la propia denominación se pone en evidencia estos contrastes, pues el Gobierno sigue utilizando de modo indistinto la denominación de «expediente de regulación de empleo», que le da el nombre difundido socialmente, y también técnicamente, y el del «procedimiento de regulación de empleo». Aunque el Consejo de Estado ha advertido que ese uso indistinto no es adecuado, porque haría referencia a cuestiones diferentes –la referencia al procedimiento sería propia de todos los actos de tramitación de la solicitud y su resolución; la referencia al «expediente» se centraría en el «contenido», por lo que debería utilizarse para aludir a causas y efectos–, entiendo que la continuidad del predominio de la fórmula «expediente» aleja esta regulación de lo que «debería ser» en el marco del referido enfoque comunitario. A este respecto, no es ya solo que el procedimiento se ordene formalmente a otros fines –extinción de la personalidad jurídica empresarial, fuerza mayor, suspensión de contratos y reducción de jornada–, sino que es, sobre todo, el eje cardinal del modelo de «gestión socialmente inteligente» de las reestructuraciones de empresa en España.

En realidad, pese a la continuidad de la singularidad española de atribuir a la Administración un papel autorizador, lo que no se mantiene en el resto de países de la Unión Europea, la práctica ha venido evidenciando que a menudo la intervención pública actúa como una suerte de sujeto «cooperador necesario» con los actores laborales –los empresarios y representantes de los trabajadores–, en la búsqueda de soluciones negociadas al problema de «regulación de empleo», por tanto de «política de empleo», y no de «control del cumplimiento de la normativa laboral», que suscita una situación de dificultad económica de la empresa. Estamos, pues, en el ámbito de la gestión como procedimiento colectivo de adaptación del empleo –volumen y condiciones– a las nuevas circunstancias económico-organizativas de la empresa, y no ya solo ante una exigencia formal de tramitación para conseguir un único objetivo, el despido solicitado mediante la autorización del reajuste –reducción– de plantilla. Buena prueba de ello es que la práctica totalidad de los procedimientos acordados son autorizados, y que en gran medida el papel de las Administraciones públicas es aportar incentivos para tal acuerdo. En consecuencia, la opción española por el sistema de autorización previa, plenamente acorde con el marco comunitario fijado en la Directiva 98/59/CE, por ser más favorable al trabajador,⁶ ha ido evolucionando experimentalmente en una dirección diferente, que convendría normalizar a través de la regulación reglamentaria, pues la legislativa ya abre la vía plenamente para ello, más allá de las previsiones de situar en el centro el referido «plan social», como veremos.

La cuestión es, sin duda, de una gran amplitud y significativa complejidad, lo que exige un análisis más específico y directo. Sin embargo, la norma reglamentaria ha eludido este planteamiento, que diluye tan solo a través del nuevo contenido y la nueva relevancia que da al referido «plan social»; luego volveremos a hacer alguna indicación al respecto al analizarlo con cierto detalle. Por lo tanto, las novedades que vamos a encontrar en el artículo 1 del reglamento, relativo al «objeto y ámbito de aplicación» de procedimiento, no tienen más que una dimensión estrictamente de clarificación técnica a fin de introducir mayor certeza y adecuarse a las modificaciones legales. Así sucede, de un lado, a la hora de la «delimitación de los umbrales de trabajadores afectados», pues una vez recordados los criterios cuantitativos del artículo 51 del ET específica y aclara que:

⁶ No es momento de reeditar la vieja polémica al respecto. *Vid.* para una síntesis del debate tradicional en materia DESDENTADO AROCA, E.: «La intervención administrativa en los despidos colectivos: naturaleza y procedimiento», *RL*, tomo I, 1996.

- A los efectos del cómputo de plantilla de la empresa se incluirán todos los trabajadores que presten servicios en la misma en el día en que se inicie el ERE, sea cual sea la modalidad contractual utilizada.
- A los efectos del cómputo de extinciones relevantes para determinar el número, se tendrán en cuenta cualesquiera producidas en el periodo de referencia –90 días– por iniciativa del empresario en virtud de «otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos» de los que se recogen en el artículo 49.1 c) del ET, siempre que el número sea, al menos, de cinco.

En realidad, estas precisiones textuales formalmente novedosas no aportan nada nuevo sustancialmente porque recogen los criterios aceptados ya unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia, y ya estaban predeterminados en la ley. Lo que no hace, cuando realmente podría, es concretar el listado de las extinciones «no inherentes a la persona del trabajador», pues hay algunos casos dudosos –extinciones por mutuo acuerdo, las «bajas incentivadas» (prejubilaciones) y las extinciones por decisión del trabajador a resultas de modificaciones sustanciales o traslados–. En suma, lo que se hace es recibir en sede reglamentaria la previsión legal, lo que no es la mejor técnica legislativa. Una opción que se repite al precisar lo que se entiende por cada una de las causas motivadoras de la apertura del procedimiento, pues se reitera la previsión legal de forma textual, por lo que nada aporta al tema, ciertamente clave, de ejemplificar qué ha de entenderse por cada una de ellas, ayudando a concretar auténticos o genuinos «conceptos jurídicos indeterminados» cuya integración o delimitación exigen más de una formación económico-organizativa y contable que propiamente jurídica –o judicial, e incluso administrativa–.

Por tanto, la cuestión de dilucidar cuál es el margen aplicativo que queda ahora a la discrecionalidad de la autoridad laboral, máxima antes de la reforma de 1994, y más reducida tras estos cambios, diferenciando entre causas económicas y las demás –causas organizativas, técnicas y de producción–, solo tiene sentido en el análisis de la norma reglamentaria desde el punto de vista de la documentación exigida para probar tanto la «conurrencia de la causa» –juicio de realidad– cuanto «la razonabilidad de la medida» –juicio de proporcionalidad–. El problema de las dificultades para concretar las causas, que ha venido dando lugar a una jurisprudencia heterogénea, evolucionando en los últimos años hacia una mayor apertura y flexibilidad en su apreciación, seguirá en términos análogos a los que existían antes de la reforma de 2010 y desde luego con la vigencia de la anterior normativa reglamentaria.

No obstante, quizás no sea ocioso recordar que toda la regulación, sea legal sea reglamentaria, se orienta hacia la mejora de la operatividad de las medidas de regulación de empleo por circunstancias atinentes a la empresa. Así lo evidencia el Consejo de Estado, que pone de manifiesto al mismo tiempo, quizás con exceso respecto de lo que es su función consultiva, que la modificación más importante en este punto es la nueva definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, «más amplia y flexible respecto de la definición precedente, y respecto de su interpretación tanto en sede administrativa como judicial». Por lo tanto, el efecto deberá ser que:

«... se reduce, en consecuencia, el alcance del control sobre las decisiones del empresario, limitándolo a la realidad de la causa alegada y a la razonabilidad de la decisión extintiva».

De ahí que concluya que la reforma reglamentaria debe referirse ante todo a los cambios en el procedimiento que derivan de la Ley 35/2010, «más que a aquellas modificaciones sustantivas que se han introducido en el ET y que, como regulación de un contrato privado, como el contrato de trabajo, están insertas en una reserva de ley, cualificada por la remisión que el artículo 35 de la Constitución...; todo ello sin perjuicio de que esas modificaciones sustantivas puedan tener reflejo, lógicamente, en cuestiones procedimentales –por ejemplo, en materia de documentación requerida–». Como así ha sucedido y se verá de inmediato.

3.2. La delimitación de la autoridad laboral competente y sus «puntos de conexión»: las reglas de clarificación de supuestos específicos «litigiosos»

Como dejan claro los nuevos Estatutos de Autonomía, en el marco del reparto de competencias constitucional (art. 149.1. 7.^a CE), los procedimientos de regulación de empleo son materia de ejecución laboral y, por tanto, de competencia autonómica. Ahora bien, la experiencia evidencia una multiplicidad de situaciones que exigen una determinación más precisa de la denominada «autoridad laboral competente», que a menudo ocasiona, no obstante la rica práctica con que se cuenta en estos años, graves problemas jurídicos. El artículo 2 del reglamento aborda la determinación de la autoridad laboral competente para la resolución de los procedimientos de regulación de empleo. Se trata de un precepto que suscita dudas de distinto orden que pueden analizarse por separado, al hilo de sus diversos apartados –cuatro–, por lo que nos centraremos en cuatro aspectos básicos.

En primer lugar, y por lo que refiere a la regla general, la *competencia autonómica*, el apartado 1 del comentado precepto, que es una novedad técnica respecto del anterior y que, como se dijo, pretende reflejar «los puntos de conexión» ya fijados en las normas de transferencias y trasposos, determina la intervención autonómica cuando «el expediente de regulación de empleo afecte a trabajadores que desarrollen su actividad o que se encuentren adscritos a centros de trabajo ubicados en su totalidad dentro del territorio de la comunidad autónoma». Por tanto, el punto de conexión es el «lugar de ubicación de los centros de trabajo» en los que prestan sus servicios los trabajadores afectados por el ERE. La redacción final ha experimentado ciertos cambios respecto de la originaria, en el real decreto proyectado, y ello es consecuencia de los reparos, no sustanciales, realizados por el dictamen del Consejo de Estado, que criticaba el uso indistinto de diferentes fórmulas para determinar el punto de conexión y, por tanto, la falta de precisión. A su juicio, la fórmula más correcta es la que vincula los trabajadores al centro al que estén adscritos, siendo la radicación del centro en el territorio autonómico en su totalidad la que determina la competencia de la autoridad laboral autonómica, mientras que la radicación en otros lugares generará la competencia de otra autoridad laboral.

No pudiendo una norma estatal de desarrollo fijar los criterios organizativos que refieren a los concretos órganos que asumen la competencia de autorización, por ser una cuestión propia del poder de autogobierno, el apartado 2 del artículo 2 se limitará a definir los concretos órganos de la Administración General del Estado que asumen la cualidad de autoridad laboral competente a efectos de los ERE. A tal fin, se diferencia, según los casos, las atribuciones de la:

- *Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, bien directamente –ubicación de los centros de trabajo en el territorio de dos o más comunidades autónomas; supuestos especiales de empresas, bien avaladas o con créditos estatales, bien de titularidad estatal– bien por avocación –en supuestos especiales por su trascendencia social–.
- *Delegación* –o subdelegación si la autonomía es pluriprovincial– *de Gobierno* –ubicación en un ámbito provincial de los centros de trabajo competencia de la autoridad estatal–. Especial mención se hace a los supuestos de Ceuta y Melilla [art. 2.2 c)].

En la delimitación de la autoridad laboral estatal competente, la cuestión más problemática ha sido la relativa a los supuestos de «avocación» de competencias por la Dirección General de Trabajo. El Consejo de Estado reparó la regulación proyectada.

Las razones residen en el desajuste que, a su juicio, existía entre la regulación pretendida por el reglamento para el procedimiento especial y la fijada, con carácter general, para el procedimiento administrativo común. Estos reparos se repiten con cierta frecuencia en el dictamen del Consejo de Estado, de ahí que hayan promovido cambios de índole estrictamente técnica en el texto final, de manera que la regulación reglamentaria se ajuste con fidelidad a la regulación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –LRJPAC–, en relación con su artículo 14 (avocación de competencia) y 20.1 (remisión de las actuaciones, por parte del órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto al órgano que considere competente, si este pertenece a la misma Administración pública), que encontramos en los artículos 2.2 d) y 17.1 del reglamento, respectivamente.

Aunque el Gobierno ha tenido en cuenta esa reparación, y ha dado una redacción diferente al precepto –art. 2.2 d)– de la proyectada, a mi juicio el resultado final no responde estrictamente a la indicación del Consejo de Estado. Para este, siendo para un órgano irrenunciable la competencia atribuida, conforme al artículo 12 de la LRJPAC, solo será posible la avocación de sus competencias por un órgano superior, cuando se den las circunstancias previstas en la ley, de modo que de lo contrario no es posible, por más que lo prevea un reglamento y, de concurrir aquellas circunstancias legales, podrá tener lugar la avocación sin necesidad de que un reglamento así lo prevea, y aun «cuando no se diera el supuesto previsto en el artículo 2.2 d)». Ni la regulación reglamentaria puede excusar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 14.2 de la Ley 30/1992, que exige acuerdo motivado y notificado a los interesados con anterioridad a la resolución final que se dicte, ni excluye la impugnación prevista en ese mismo artículo de la ley. En definitiva, concluye el Consejo de Estado en su dictamen:

«si bien es razonable concluir que concurrirán "circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial" que hagan conveniente la avocación cuando el ERE pueda afectar a más de 200 trabajadores o la medida tenga especial trascendencia social, ni la avocación queda excluida en otros supuestos (por ejemplo, con menos de 200 trabajadores o en casos de especial trascendencia jurídica o económica), ni el supuesto previsto en el Proyecto excusa la exigencia de acuerdo motivado y notificado a los interesados anterior a la resolución final».

El Gobierno se ha dado por aludido, pero solo a medias, como decía.

La razón es que el texto final ha creado una fórmula mixta. De modo que, de una parte, inicia la redacción remitiendo a la previsión legislativa –art. 14 LRJPAC–, mantiene la regla especial, induciendo a cierta confusión, pues parece que, siempre en los términos de la regulación común en orden a la motivación, solo en caso de que el ERE afectara «a más de 200 trabajadores o la medida tenga especial trascendencia social», la dirección general «podrá avocar la competencia para tramitar y resolver el procedimiento». Según el Consejo de Estado, en tales casos se dará el presupuesto de la norma legal, pero también podría darse en otros, siempre que se motive de un modo adecuado.

Más conflicto resulta, por la objeción de las comunidades autónomas más celosas de su competencia en esta materia, la determinación del «punto de conexión» que permite fijar la autoridad laboral para supuestos de **«competencia compartida»**. Esta situación es la que se prevé, de forma también novedosa respecto del anterior reglamento, en el artículo 2.3 del Real Decreto 801/2011. Este apartado establece que cuando el ERE afecte a trabajadores que prestan sus servicios en centros de trabajo situados «en el territorio de dos o más comunidades autónomas, *pero el 85 por ciento, como mínimo, de plantilla* de la empresa radique en el ámbito territorial de una comunidad autónoma y existan trabajadores afectados en la misma», corresponderá:

- a) A la autoridad laboral autonómica la ordenación e instrucción del procedimiento hasta el momento de resolver, en que formulará una propuesta de resolución a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración.
- b) A esta autoridad laboral estatal la resolución, por tanto, del ERE.

De este modo, se introduciría una excepción a la regla general que atribuye la competencia estatal cuando los centros de trabajo o los trabajadores afectados radiquen en el territorio de dos o más comunidades autónomas. La previsión del artículo 2.3 ha de ponerse en conexión con los artículos 14.7 y 15.4 del reglamento. El primero de ellos se refiere al supuesto del artículo 2.3, cuando el periodo de consultas hubiera concluido con acuerdo, y establece que, en tal caso, la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración «podrá recabar informe de otras comunidades autónomas en cuyos territorios presten servicios los trabajadores afectados», dictando resolución, «cuyo contenido se limitará a aceptar o rechazar de plano la propuesta de resolución, debiendo especificarse en el segundo supuesto los motivos de rechazo». Una análoga previsión establece el artículo 15.4 para el caso de que el periodo de consultas concluya sin acuerdo.

Para justificar la solución adoptada, el Gobierno esgrime que la misma es acorde con los reales decretos de trasposos de funciones y servicios a las comunidades autónomas en materia de ERE. Alguna comunidad autónoma –Cataluña–, aun reconociendo que es la solución acogida en tales normas, ha objetado que el porcentaje del 85 por 100 supone que, con ello, se priva a la comunidad autónoma de la competencia sobre estos procedimientos en no pocos casos, proponiendo un criterio combinado de porcentaje de trabajadores afectados (55%) y porcentaje de plantilla (70%).

En relación con esta cuestión, el Consejo de Estado recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en diversas sentencias, de acuerdo con la cual la «supraterritorialidad» de una situación no configura por sí un título competencial ni desplaza la competencia de ejecución al Estado. Este traslado de la titularidad tan solo podría alcanzarse cuando la actividad pública que sobre él

se ejerza no pueda fraccionarse ni llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación y coordinación, o cuando sea necesario integrar intereses contrapuestos de varias comunidades autónomas (SSTC 194/2004, 223/2000 o 329/1993, entre otras muchas). A juicio del Consejo de Estado, en este supuesto «no es fácil fraccionar el ejercicio de las competencias de ejecución cuando un mismo ERE afecta a centros de trabajo y a trabajadores radicados (o que prestan sus servicios) en distintas comunidades autónomas, y ello por la evidente interdependencia entre la afectación de los trabajadores adscritos a unos y otros centros de trabajo, dentro de una misma empresa».

Sin embargo, sí exige mecanismos de cooperación y coordinación, que es la solución adoptada –y que ha conocido la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales–, con una intervención en el procedimiento de regulación de empleo por parte de las comunidades autónomas afectadas. Una intervención que se produce en todo caso (art. 12.4), pero con especial intensidad en el supuesto del artículo 2.3, en el que se atribuye al órgano autonómico la ordenación e instrucción del expediente; y con resolución por la Administración del Estado que, en el supuesto del artículo 2.3, se limitará a aceptar o rechazar de plano la propuesta formulada por la comunidad autónoma cuyo ámbito territorial resulte más intensamente afectado. El Consejo de Estado, pues, no objeta la solución propuesta y finalmente adoptada, sin perjuicio de reconocer, en el laxo campo de la política legislativa del derecho, por tanto *de lege ferenda*, la corrección de otros criterios más proporcionales y repartidos. Pero entiende que ni es exigible constitucionalmente, ni estarían exentos de problemas cuando haya, como es probable, una fuerte contraposición de intereses entre comunidades.

En efecto, recuerda el Consejo de Estado, conforme a una lección de experiencia, que en la resolución de estos expedientes es necesario integrar intereses contrapuestos de varias comunidades autónomas. Estas, legítimamente, tenderán a tratar de proteger a los trabajadores de su ámbito territorial con mayor intensidad que a los de la otra comunidad autónoma, ofreciendo incluso fórmulas que incentiven el que afecte más a otros centros que a los propios, como ocurre a menudo en el ámbito europeo y mundial, pues con frecuencia las empresas fomentan la competencia entre territorios. Esta contraposición resultará más difícil de articular cuando más distribuida esté la plantilla entre dos (o más) comunidades autónomas (esto es, cuanto más reducido sea el porcentaje de referencia), por lo que repara, en abstracto, la propuesta de la Comunidad de Cataluña.

No obstante, se llama la atención sobre la necesidad de que, en estos casos, se recabe el parecer de las comunidades autónomas afectadas. Así parece establecerlo el artículo 12.4 de acuerdo con el cual, en los casos de procedimientos de regulación de empleo con centros afectados en dos o más comunidades autónomas, «la autoridad laboral competente para *instruir* solicitará informe a las autoridades laborales de los territorios donde radican los centros de trabajo afectados». Sin embargo, los artículos 14.7 y 15.4 no exigen que se solicite ese informe pues, como se ha referido, tan solo tienen un carácter potestativo. Debemos hacer notar que la redacción final ha tenido en cuenta el criterio del Consejo de Estado, que entendía que era mejor que la solicitud de informe correspondiera, en el caso del artículo 12.4 del reglamento, a la autoridad laboral competente para «instruir» el procedimiento y no a la competente para «resolverlo», como sí preveía el real decreto proyectado, con lo que se resolvería en la práctica el referido desajuste entre unos preceptos y otros.⁷

⁷ De este modo, explica el dictamen del Consejo de Estado, desaparecería la discordancia del artículo 12.4 con los artículos 14.7 y 15.4 del proyecto, se aseguraría la petición de informe a las comunidades autónomas en las que radicarán los centros

Finalmente, y en este mismo ámbito de competencias compartidas, el Consejo de Estado ha conseguido introducir modificaciones en aras de una mayor agilización, pero también de una mayor intervención autonómica frente a la estatal, para el supuesto del artículo 12.6 del reglamento. Se trata de situaciones en las que la empresa tiene centros en distintas comunidades autónomas, pero solo afecta el ERE a los de una comunidad.

En este caso, se preveía el deber de recabar, por la autoridad laboral autonómica competente, «informe preceptivo de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración sobre las posibles repercusiones que el procedimiento incoado pueda provocar indirectamente en centros radicados fuera de la comunidad autónoma, quien a su vez podrá solicitarlo de las comunidades autónomas donde radiquen los restantes centros de trabajo» (informe que versará en exclusiva sobre dicho aspecto concreto y que no tendrá carácter vinculante). El Consejo de Estado sugirió, en cambio, «valorar la posibilidad de que en este caso los informes se soliciten directamente entre las comunidades autónomas afectadas, teniendo en cuenta también la celeridad que tanto la Ley 35/2010 como el reglamento proyectado quieren imprimir al procedimiento (de hecho, teniendo en cuenta los plazos de emisión de informes previstos en el art. 12.7, aunque breves, podría no haber tiempo suficiente para recabar los informes sucesivos que prevé el art. 12.6, al menos en los casos de empresas de menos de 50 trabajadores, en que el periodo de consultas tiene una duración máxima de 15 días: art. 51.4 del ET)». Pues bien, el Gobierno, de nuevo dócil con el Consejo de Estado, aceptó tal planteamiento e incorporó esa sugerencia, de ahí que el artículo 12.6 del reglamento remita a los informes de las comunidades autónomas afectadas, sin la mediación de la autoridad laboral estatal. Con lo que, de paso, se propicia relaciones bilaterales entre las comunidades autónomas, sin la «concepción radial» dominante hasta hace bien poco en este ámbito –y en los demás–.

El último grupo de supuestos ordenados por el reglamento de modo expreso, a diferencia del anterior, es el relativo a la autoridad laboral competente para los casos de «**pluralidad de centros de trabajo**» afectados. En relación con ello, dispone el apartado 4 del artículo 2 que, a efectos de lo establecido en ese artículo (y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 1.2), que cuando el procedimiento de regulación de empleo –la norma prefiere el uso, criticado por el Consejo de Estado, del término ERE–

«afecte a varios centros de trabajo, deberá justificarse la vinculación entre las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por fuerza mayor que den lugar al mismo y las medidas que vayan a adoptarse en todos los centros afectos a consecuencia de aquel».

El fin perseguido por el artículo 2.4 es que no resulten distorsionadas las reglas que fijan la autoridad laboral competente mediante la inclusión de centros de trabajo en el expediente que, en realidad, no se encuentran afectados por las causas del mismo. Por ello, para incluir varios centros de trabajo de una misma empresa dentro del mismo ERE se exige justificar la vinculación de causas y medidas en todos ellos.

de trabajo afectados (al cabo, competentes en materia de ejecución de la legislación laboral en su territorio) y se fortalecería la relevancia de tales informes autonómicos (puesto que ya no limitarían su virtualidad a la alternativa entre la aceptación y rechazo, por parte de la Dirección General de Trabajo, de una propuesta de resolución elaborada por otra comunidad autónoma sin haber recabado el parecer de aquellas), a lo que cabe añadir que los plazos para emitirlos serían algo más amplios (10 días para su emisión –art. 12.7–, frente a los 2 y 5 días que se prevén respectivamente en los artículos 14.7 y 15.4 para solicitarlos, emitirlos y dictar resolución).

En definitiva, se trata de evitar que se pueda preseleccionar artificiosamente el ámbito del procedimiento y con ello la autoridad laboral competente para resolver, por motivos ajenos a los indicados. Sin embargo, la previsión originaria fue objetada desde distintas perspectivas por distintos sujetos, de índole pública y social. Así, la ITSS advertía de los efectos negativos que puede tener desde el punto de vista de la agilización del procedimiento y la reducción de cargas en supuestos concretos, mientras que el escrito de UGT y CC.OO. criticaba una previsión análoga de una versión anterior, en cuanto situaba la causa en el centro de trabajo, opción seleccionada por la normativa comunitaria, y no en la empresa, que es la opción del sistema normativo español, avalada por el Tribunal Supremo –STS, 4.^a, de 18 de marzo de 2009–.⁸

El Consejo de Estado entendió que esta regla del artículo 2.4 no podía mantenerse en los términos «proyectados», en cuanto que exigía que, para que el procedimiento de regulación de empleo incluya más de un centro de trabajo, todos y cada uno de esos centros estuviesen «afectados por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por fuerza mayor y se justifique la vinculación de las causas y medidas que vayan a adoptarse». El Consejo de Estado entendió que, en realidad, en este tema no está en juego la cuestión del ámbito de referencia de la causa (empresa o centro de trabajo como punto de referencia a efectos de apreciar si existe o no «despido colectivo»), sino la diferente exigencia de que todos los centros incluidos en el ERE estén afectados por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por fuerza mayor, definidas por el Derecho español, y a las que no se refiere la citada Directiva 98/59/CE (que no exige la concurrencia de tales causas a efectos de la regulación que establece sobre despidos colectivos). De ahí que, a su juicio, no debería establecer la norma reglamentaria una regla rígida a tal fin, de modo que sería más adecuado a la lógica abierta y más flexible de la reforma el que quede en cada caso a una concreta decisión empresarial, siempre y cuando cuente con la debida justificación de las vinculaciones existentes.

Pues bien, el Gobierno ha sido receptivo a esa crítica y, si bien no ha derogado el apartado, sí ha cambiado los términos de su tenor literal, tratando de introducir esa mayor flexibilidad. No obstante el resultado sigue siendo ambiguo. Cierto que no será en modo alguno obligatorio introducir en el procedimiento la afectación de todos los centros de trabajo de una misma empresa si no existe una conexión cierta, justificada, sea en el plano causal sea en el plano de las medidas a adoptar –efectos–, pero no debe olvidarse que, según la jurisprudencia mayoritaria, la valoración de las causas exige tener en cuenta la situación global de la empresa, y que el plan social puede establecer obligaciones de recolocación, interna y externa, por lo que es difícil que se pueda plantear el procedimiento de regulación de empleo tan solo para un centro de trabajo dejando por completo al margen los demás. La ausencia de vinculación causal en su caso no puede ignorar la necesidad de una visión global, como una suerte de «mercado interno», de la empresa, a la hora de fijar un plan social de reestructuración.

⁸ El Consejo de Estado recuerda las dudas que ha suscitado, «desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea, el hecho de que el artículo 51.1 del ET tome como punto de referencia la "empresa" y no el centro de trabajo; en particular, en lo relativo a la fijación del número o porcentaje de trabajadores –"de la empresa" o "en las empresas", dice el ET– que han de resultar afectados para que la extinción de contratos se considere como "despido colectivo" (art. 51.1 del ET, letras a, b y c). Dudas que derivan de lo dispuesto en 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, cuyo artículo 1 a) define lo que ha de entenderse por "despidos colectivos", partiendo del número o porcentaje de trabajadores afectados en el "centro de trabajo"; en particular, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en Sentencia de 15 de febrero de 2007 (asunto Athinaiki Chartopoïa) sostiene que la definición de "centro de trabajo" (que no contiene la directiva citada) debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico comunitario».

Fuera del artículo 2, pero también como una cuestión de determinación de la autoridad laboral competente, si bien ahora en sentido negativo, ha de atenderse a la previsión del artículo 17 del reglamento, en el que se determina la actuación de la Administración en caso de que no concurren los requisitos para declararse competente la autoridad laboral. En tal caso, y pasado el trámite de la subsanación de eventuales deficiencias documentales, se declarará de forma motivada la improcedencia del procedimiento y el archivo de las actuaciones, conforme al artículo 20.1 de la LRJPAC. La novedad relevante aquí está en la previsión de los casos en que se declare una situación de concurso conforme al artículo 64.1 de la Ley Concursal durante la tramitación del ERE «administrativo», en cuyo caso la autoridad laboral procederá al archivo de las actuaciones y a dar traslado del mismo a los interesados y al juez del concurso.

3.3. Los sujetos legitimados para intervenir en los procedimientos de regulación de empleo: una reforma de adaptación a los cambios legales

Fijada la autoridad laboral competente a la que acudir, es necesario delimitar qué sujetos pueden acudir a ella solicitando la apertura y resolución del procedimiento. Es la cuestión de la legitimación, una materia no menos complicada que la anterior. Son diversas las razones que explican esta complejidad. En primer lugar, la propia complejidad del procedimiento, articulado en dos fases diferenciadas, con naturaleza y características distintas, por tanto con sujetos implicados diversos. En segundo lugar, por la propia confusión de la normativa legal y reglamentaria precedente, que no se resuelve con la nueva regulación.

Finalmente, incide en la complejidad de esta materia la propia concurrencia en el procedimiento de intereses muy diferentes. Así, está presente el empresarial, relativo a obtener la mayor adecuación posible de la decisión a sus necesidades de gestión eficiente y rentable, pero también el de los trabajadores en su conjunto, y el interés individual de cada trabajador, el de los representantes de los trabajadores, el interés general, el interés territorial del lugar en que está implantada la empresa...

A este respecto, la regulación ha venido fijando una diferencia entre la «condición de sujeto interesado» –art. 51.4 ET y art. 3 reglamento–. Esta no experimenta novedad alguna tras la reforma, situándose en los «respectivos representantes legales» de los trabajadores y de los empresarios, por lo que continúa la misma imprecisión que existía en la regulación precedente, avalada constitucionalmente –SSTC 70/1994 y 228/1988–; y la diferente condición de «sujeto legitimado» para intervenir en el procedimiento, que también se atribuye, como mínimo, a los «sujetos interesados», diferenciando la regulación entre que la iniciativa la asuma el empresario –art. 4– y que la asuman los trabajadores –art. 10–.⁹

La reforma reglamentaria contiene algunas novedades de relevancia pero en otro plano, el relativo a la previsión no ya para los sujetos clásicos, los «representantes legales de los trabajadores», sino para las nuevas representaciones inventadas ad hoc para supuestos en los que, precisamente, aquellos están ausentes, según una de las principales novedades de la Ley 35/2010. En este sentido, la primera

⁹ Para un análisis detenido de todas estas cuestiones, con referencias doctrinales precisas y amplia información jurisprudencial, BLASCO PELLICER, A.: *op. cit.* pág. 79 y ss.

novedad que nos vamos a encontrar en el artículo 4 está en su apartado 1, pues, frente a la regla de la igualdad de posiciones de las diferentes representaciones legales de los trabajadores a los efectos de intervenir en el procedimiento, ahora fija una «regla de preferencia» a favor de la «representación convencional global» cuando se vean afectados múltiples centros de trabajo, siempre y cuando una regla convencional atribuya tal función a tales órganos. Así, será el comité intercentros o el órgano de naturaleza análogo –hay que pensar que igualmente serviría para los «comités de grupo» empresariales– creado mediante negociación colectiva, el que tenga esa preferencia de intervención. Aunque esta regla es muy razonable a nuestro juicio, de modo que respondería a un cierto principio de simetría de las representaciones –si el empleador tiene un competencia global sobre la organización y los procesos de toma de decisión afectan al conjunto, su interlocutor social debe tener un ámbito de acción de las mismas dimensiones–, tal previsión reglamentaria suscita diversos problemas y genera contradicciones.

En efecto, en buena medida tal previsión reglamentaria contrasta con el favor legal que tienen las representaciones sindicales en las reformas laborales 2010 y 2011. En este sentido, se recordará que diversos preceptos estatutarios, tras el Real Decreto-Ley 7/2011, de reforma de la negociación colectiva, han dado preferencia clara a la intervención a través de las secciones sindicales. En este sentido, el propio artículo 51.2, párrafo segundo, tras la referida reforma, prevé que la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa «en el procedimiento de consultas», por tanto no necesariamente en el conjunto del procedimiento de regulación, «corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal».

Queda claro que en tal caso se produciría una contradicción, pese a la diferencia entre las distintas fases del entero procedimiento regulador de empleo. Es evidente que la preferencia de cualquier forma de representación convencional que se articule sobre el conjunto de la empresa en relación con las representaciones articuladas sobre unidades autónomas reducidas, como son los centros de trabajo –STS, 4.^a, de 14 de mayo de 1998–, responde a una compartible racionalidad, pero no menos cierto es que también las secciones sindicales pueden tener esa dimensión. En todo caso, un reglamento no es sede para fijar reglas de preferencia en la intervención como sujetos interesados.

Pero, sin duda, la mayor novedad de esta reforma está en la diferente solución que da a las situaciones en las que no existen representaciones formalizadas del conjunto de los trabajadores, sean institucionales –unitarias– sean contractuales –sindicales–. El derogado artículo 4 ya preveía tal situación, si bien de una forma muy imprecisa, de modo que se otorgaba la legitimación a una «comisión ad hoc», que era la portadora del interés colectivo del grupo de trabajadores afectados y se configuraba como sujeto interlocutor con la autoridad laboral a todos los efectos. Sobre esta forma anómala de representación del interés colectivo se generaron toda suerte de dudas, no ya solo en relación con su eficacia sino también respecto de su legalidad, e incluso en el plano de su constitucionalidad. No es tiempo ahora de analizar el pasado. Tan solo queremos evidenciar que, en el fondo, esta previsión algo estrambótica está en el precedente más cercano de la regla fijada, ahora con carácter general y de modo más preciso, por la reforma laboral de 2010 y cuyo impacto es el que se refleja en la nueva redacción, mucho más extensa, del artículo 4 del nuevo reglamento de los ERE, por lo que aquí la reforma reglamentaria vuelve a ser estrictamente debida y apenas aporta ninguna novedad reguladora, por lo que hemos de remitir en gran medida a la problemática que esta situación genera en la regulación sustantiva legal.

Para estos casos de ausencia de representación legal –incluida las sindicales se entiende– de los trabajadores en la empresa, se prevé ahora una opción, que aparece como alternativa pero sin clarificar las reglas de preferencia –lo que tampoco hace la ley y evidentemente no podía hacer el reglamento–, a cargo de los trabajadores para elegir, a efectos de negociar el acuerdo correspondiente:

- a) Una comisión de un máximo de tres miembros –en la anterior regulación se preveía un máximo de cinco– integrada por los trabajadores de la propia empresa y elegidos por estos democráticamente.
- b) Una comisión de igual número de componentes designados, según el criterio de la representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenece la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación de la misma.

Se prevé que esta designación se haga en un plazo perentorio máximo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo. La empresa debe colaborar con los trabajadores en la solución de esta cuestión informándoles de esta posibilidad, como muy tarde a la apertura del periodo de consultas –art. 4.3 del reglamento–.

Recuérdese que los trabajadores están legitimados para iniciar el ERE, conforme a la previsión, inmodificada, del artículo 10 del reglamento.

Antes de profundizar en esta cuestión, que nos lleva de lleno a analizar las diversas fases del procedimiento, conviene recordar que el artículo 4 también hace mención a la posibilidad de legitimar a las organizaciones empresariales en que se integra el empleador para actuar en el procedimiento, cuando, ausentes las representaciones legales de los trabajadores, estos elijan la comisión específica referida. En este caso, como prevé el apartado 4 del artículo 4 del reglamento, el empresario podrá atribuir su representación –se entiende que del tipo jurídico-privado o voluntario–, a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo las mismas ser las más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial. Con ello se garantiza el principio de simetría –equidad– de las representaciones, si bien el empresario es siempre titular de un poder de decisión y organización colectivos, por lo que no tiene una plena justificación real esa inquietud por garantizar la equivalencia en tal caso.

4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE REGULACIÓN «EXTINTIVA» DE EMPLEO: PUNTOS CRÍTICOS

4.1. Iniciación y documentación de los despidos colectivos: una clave de bóveda de la nueva regulación

El capítulo II, que se inicia en el artículo 5, regula el procedimiento de regulación de empleo para las extinciones contractuales, que es el eje de la regulación, sin perjuicio de las especialidades que se prevén para los otros supuestos regulados –suspensión y reducción de jornada, fuerza mayor,

extinción de la personalidad jurídica de la empresa—. Este procedimiento se articula en tres fases formalmente, cada una de las cuales ha merecido una sección diferente:

- a) La fase de «inicio» en la sección 1.^a, destacando aquí las cuestiones relativas a la facultad de iniciativa del procedimiento, a la documentación de las causas, el plan social y el periodo de consultas.
- b) La fase de «ordenación» en la sección 2.^a, que tiene como hitos básicos la «instrucción», cuyo eje sigue girando en torno al informe de la ITSS, que es preceptivo pero no vinculante, pero que hoy contempla una gran cantidad de informes de otros organismos, unos potestativos y otros obligatorios o preceptivos, y la «audiencia» de las partes —art. 13—, materia esta inmodificada en la reforma.
- c) La fase de «terminación» en la sección 3.^a, que diferencia las situaciones en las que media acuerdo en el periodo de consultas de las que no existe.

Puesto que nuestro propósito no es una revisión de los diferentes problemas aplicativos de los procedimientos de regulación de empleo sino de los derivados de las principales novedades de la reforma, fieles a nuestro enfoque haremos aquí referencia a esos puntos críticos, sin entrar en el detalle del conjunto de cuestiones jurídicas que viene suscitando, y se multiplicarán en el futuro, la gestión de los ERE. Desde este enfoque, en materia de iniciación apenas se introducen cambios de relevancia, y los que tienen lugar buscan más una regulación clarificadora y de detalle, en aras de la seguridad jurídica. Así, reconocida la legitimidad de iniciativa a empresarios —art. 5— y trabajadores —art. 10—, la nueva regulación cuida de precisar las obligaciones de la autoridad laboral competente en orden a garantizar el buen funcionamiento del procedimiento (enfoque de garantía jurídica). Así, se especifica la obligación de la autoridad laboral de remitir a los representantes de los trabajadores copia del escrito dirigido a la parte empresarial de subsanación de los defectos observados.

Solo una vez subsanado el defecto comenzarán a computar los plazos a que se refiere el artículo 51.4 del ET —14 o 30 días naturales máximos del periodo de consultas—. Por su parte, en el artículo 10, la nueva regulación también precisará, a instancia, una vez más, del Consejo de Estado, un deber de transparencia y eficacia de la autoridad laboral competente, en este caso cuando la iniciativa la tomaran los trabajadores, previendo que la autoridad laboral pueda, en cualquier momento del procedimiento, determinar las actuaciones e informes que sean precisos para la resolución del ERE, respetando los plazos previstos en la norma legal. En todo caso, esta es una cuestión que remite en su práctica totalidad a una dimensión jurídico-administrativa del procedimiento, que es la normativa supletoria en materia.

Pero la clave de la reforma está en la exigencia de acompañar la solicitud de ERE de un conjunto importante de documentos a fin de acreditar con precisión todos los extremos en que se articula la solicitud. En este sentido, la normativa sigue exigiendo una «memoria explicativa» de las causas que dan lugar a su solicitud de autorización y la «documentación justificativa» de los resultados de la empresa, a fin de acreditar la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado. Si en el plano de la «memoria explicativa», en la que se describe y narra la situación y las pretensiones para hacer frente a las dificultades de la empresa apenas hay novedades, no obstante la ambigüedad de este documento, en el relativo a la «documentación justificativa» se concen-

tran las principales novedades y es el ámbito en el que más ha pretendido incidir el Gobierno a fin de orientar el sentido de la reforma misma, en parte corregido por el no menor intervencionismo del Consejo de Estado. Por eso, en este apartado el aspecto clave de la nueva regulación reside en la «documentación para los despidos colectivos», regulada en los artículos 6 a 9 del reglamento.

4.2. La justificación de las causas económicas: las tribulaciones para moderar la reforma legal relativa a la «previsión de pérdidas»

La regulación reglamentaria dedica tres preceptos básicos a la documentación, diferenciando exigencias documentales comunes para todos los procedimientos –art. 8– y documentación diferenciada por causas económicas –art. 6–, y las demás –art. 7–. En todos ellos podemos encontrar redacciones novedosas, si bien hay dos aspectos especialmente relevantes: el relativo a la documentación de casos de «previsión de pérdidas» –art. 6.3– y de la situación económica negativa en el conjunto de un grupo de empresas –art. 6.4 reglamento–.

Con carácter general, por lo que hace a la documentación en los despidos colectivos por causas económicas, el artículo 6.2 ha dado una nueva redacción, a fin de promover, a instancia del Consejo de Estado, un mayor ajuste entre las exigencias de la norma reglamentaria y la regulación legal societaria –en especial el art. 262.3 de la Ley de Sociedades de Capital, Texto Refundido aprobado por el RD Leg. 1/2010–, tal y como expresó el Ministerio de Economía y Hacienda, cuyas observaciones fueron acogidas por el Consejo de Estado. El artículo 6.2, tras reconocer al empresario la facultad para acompañar a la solicitud cuantos documentos considere oportunos a su derecho, precisa más particularmente su deber de aportar determinados documentos, con lo que se vuelve en cierto modo a un modelo detallista anterior a la regulación de 1996. A tal fin, se exige aportar «las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos» –la regulación anterior fijaba tres años–, integradas por un amplio conjunto de documentos que en buena medida coincide con las previsiones de la regulación precedente (el balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo...). Esas cuentas anuales deben aparecer debidamente auditadas, salvo que no exista esa obligación, en cuyo caso bastaría con aportar declaración de la representación de la empresa sobre la exención de tal deber. Asimismo, por indicación del Consejo de Estado, se prevé que las empresas que no estén obligadas a elaborar un «informe de gestión» puedan presentar alternativamente «cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados» –lo que antes se llamaba «cuentas abreviadas»–.

Pero sin duda, la gran novedad está en el artículo 6.3 del reglamento, que es el dedicado a la documentación de la situación económica negativa alegada en caso no de pérdidas actuales, reales, contables, sino de «previsión de pérdidas», esto es, de pérdidas futuras. En este caso, la regulación incluye tres exigencias específicas, a sumar al deber de documentación general de la situación económica:

- Debe informar de los criterios utilizados para la estimación de pérdidas.
- Debe presentar un informe técnico sobre el carácter y evolución de esta previsión de pérdidas basado en datos objetivos que puedan acreditar tal estimación –datos propios, datos del sector, datos del mercado...–.

- Debe acreditar el volumen y «el carácter permanente o transitorio» de las pérdidas a efectos de justificar la razonabilidad de la decisión extintiva, en los términos previstos en el artículo 6.1 del reglamento. Precisamente, es en este aspecto donde el cambio desde el proyecto al texto definitivo ha sido mayor.

En efecto, ha desaparecido de esta última previsión del artículo 6.3 el texto que exigía al empresario acreditar que «las pérdidas previstas no tengan un carácter meramente coyuntural». A juicio del Consejo de Estado, la amplísima habilitación reglamentaria para la concreción de la documentación que ha de aportarse, tal y como se desprende del segundo párrafo del artículo 51.2 del ET, no puede entenderse de un modo ilimitado. Una previsión como la comentada iría más allá de la habilitación legal por cuanto esta no puede autorizar al reglamento a contrariar sus propias previsiones. Así, a juicio del Consejo de Estado, la ley querría acotar el deber empresarial de justificación a la acreditación de la concurrencia de la causa económica, de un lado, y a la «razonabilidad de la medida extintiva», de otro. Pero si se exige que el empresario documente, de modo obligatorio para poder obtener la autorización extintiva, que las pérdidas tienen un carácter permanente, «no coyuntural», entonces se estaría fijando un requisito adicional ni previsto ni querido por la ley.

Ciertamente, a juicio del Consejo de Estado, ese carácter no coyuntural podría ser relevante para justificar la razonabilidad de la decisión extintiva, tal y como mantiene la regulación definitiva. Pero ambas exigencias no pueden establecerse con carácter acumulativo (acreditar que las pérdidas previstas no tengan un carácter meramente coyuntural «y» justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva). De ahí, que la nueva redacción haya mantenido la exigencia de acreditar la coyunturalidad de las pérdidas previstas, o su permanencia, a efectos de ese juicio de razonabilidad. Por tanto, ya ha dejado de ser un requisito adicional obligatorio (*sine qua non*).¹⁰ En cierto modo, pues, permanece las razones que estaban en la base de la previsión objetada, que relacionan el eventual carácter transitorio o circunstancial de las pérdidas previstas con la razonabilidad de la decisión extintiva, para reconducir los supuestos de previsión de pérdidas meramente transitorias hacia otras medidas menos drásticas que el despido colectivo, como podrían ser la suspensión de contratos o reducciones de la jornada. Por lo tanto, ahora la regla reglamentaria supone la necesidad de exigir una justificación específica de la razonabilidad de la decisión extintiva frente a las soluciones de flexibilidad interna. El propio Consejo de Estado, metido al «oficio de legislador reglamentario», sugería que se incluyera una previsión de tal guisa en el artículo 6.3, o bien en el artículo 8 b).

En suma, para el Consejo de Estado, respecto del contenido del artículo 47.1 c) del ET, no es lo mismo decir que solo en situaciones coyunturales puede producirse la suspensión (o reducción de jornada), que es lo que dice la ley, que afirmar que en situaciones coyunturales solo pueda producirse la suspensión (o reducción de jornada), que es a lo que parecía apuntar el texto proyectado. La importancia de esta objeción llevó, como se dijo, a convertirla en una «batalla institucional», de modo que en este punto el Consejo tomaría partido claramente por la posición empresarial –CEOE– frente

¹⁰ El Consejo de Estado apuntaba igualmente otras razones de índole más operativa, no ya solo de concepto y de política jurídica. Así, entiendo que todo ello, al margen de la dificultad de perfilar jurídicamente el alcance del concepto «coyuntural», es ciertamente indeterminado (con la dificultad adicional que puede suponer la acreditación de su concurrencia en relación con una situación futura –las pérdidas previstas–); a lo que hay que añadir que esa acreditación exigida (del carácter no coyuntural de las pérdidas) puede ser redundante respecto de la documentación exigida para justificar la previsión de pérdidas (criterios utilizados, carácter y evolución, etc.).

al Gobierno y los sindicatos.¹¹ Aunque es evidente que el Gobierno se extralimitó en esta previsión, por lo que ha hecho bien en corregirla, no puede dejar de enfatizarse que el Consejo de Estado también ha ido más allá de sus funciones, al no limitarse a evidenciar las razones de su objeción, sino incluso a sugerirle, desde una lectura liberalizadora de las causas, cómo debería actuar para que su regulación fuese legalmente correcta. La solución finalmente alcanzada resulta más correcta, sin duda, y trata de conseguir un equilibrio entre la inicial previsión gubernamental y la vía de salida que le da el Consejo de Estado. Pero es evidente que no era la única, ni siquiera la mejor, en la medida en que sigue adoleciendo de un elevado grado de falta de certeza o concreción.¹²

4.3. La documentación de la situación económica negativa en los supuestos de «grupos de empresas»: ¿extendiendo las soluciones o los problemas?

En cambio, no ha visto el Consejo de Estado reparos sustanciales, sin perjuicio de algunas observaciones «menores», en una previsión novedosa del reglamento en este ámbito que, en cambio, sí ha sido objetada por otros organismos informantes y que, sin duda, resulta conflictiva. Me refiero a la previsión del artículo 6.4, que se alude a los casos en que la empresa solicitante forme parte de un «grupo de empresas». No es la primera vez que aparece la referencia al «grupo de empresas» en esta normativa, pero en la redacción anterior se limitaba a emerger en el plano de las medidas a adoptar, configurando al grupo como ámbito en el que ejercer los compromisos en materia de recolocación, pero no en relación con la valoración de la causa económica.

La nueva regulación, recogiendo y ampliando una doctrina jurisprudencial en esa misma dirección, va a configurar las situaciones de grupo empresarial, que no define de modo expreso si bien sí concreta los supuestos con exigencias adicionales, como fuentes de reforzamiento del deber de documentación. Por eso exige la aportación de las cuentas de la sociedad dominante, si existe «obligación de formular cuentas consolidadas»,¹³ o las cuentas de las demás empresas del grupo debidamente auditadas en caso contrario –sin obligación de formular cuentas consolidadas, pero con deber u obligación de presentar auditorías–, siempre que en el grupo existan empresas:

- Que realicen la misma actividad económica o pertenezcan al mismo sector de actividad, por lo que debe tratarse de un grupo integrado y con una marcada identidad de objeto social.

¹¹ *Expansión*, 18 de mayo de 2011: <http://www.expansion.com/2011/05/18/economia/1305673680.html>. Este diario económico incorporó un artículo con el siguiente titular: «El Consejo de Estado desautoriza a Trabajo y apoya a CEOE en el despido». En el texto se explica que «La institución se sitúa así más cerca de las tesis de la patronal CEOE que del pacto entre el Gobierno y los sindicatos para recortar el alcance de la nueva regulación del despido objetivo por causas económicas, salido de la reforma laboral, que fue aprobada en septiembre de 2010 por el Parlamento».

¹² Para el Consejo de Estado «podrá exigirse una razonabilidad de la decisión extintiva frente a otras posibles soluciones (como la suspensión de contratos o la reducción de jornada), e incluso exigir alguna referencia expresa, más que al carácter coyuntural o no de las pérdidas previstas, a la previsible duración de la misma, lo que sí encontraría apoyo en la exigencia legal de justificar la razonabilidad de la decisión extintiva».

¹³ La obligación viene regulada en el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, donde se aprobaron las actuales Normas de Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas que presentan una serie de cambios técnicos respecto a las normas anteriores.

- Y que existan «saldos deudores o acreedores de la empresa solicitante con cualquier empresa del grupo», lo que quiere decir que debe existir una cierta relación de patrimonios entre ellas, o de actividad mercantil.
- Que las empresas tengan su domicilio social en España (si no existe obligación de presentar cuentas consolidadas).

La documentación exigida parece orientada a proporcionar una información real acerca de la situación de la empresa solicitante, evitando que el análisis aislado de la situación de esa empresa ofrezca una imagen distorsionada por la realidad de las demás empresas del grupo; y todo ello, para poder verificar que, en efecto, se dan las circunstancias previstas en el artículo 51 del ET. Teniendo en cuenta el amplio margen de actuación que el artículo 51.2 del ET deja al reglamento en cuanto a la documentación que ha de presentarse, entiende el Consejo de Estado que el contenido del artículo 6.4 no se excede en su desarrollo ni se opone a lo establecido en la ley. Ciertamente, continúa diciendo, el reglamento podría exigir la aportación de menos documentación (puesto que el ET refiere su regulación a la empresa, que constituye una unidad jurídica y económica); pero también podría exigirse más documentación relativa al grupo u otras empresas del grupo (para evitar posibles fraudes, ocultación o falseamiento de datos). El reglamento trataría, así, de «lograr un cierto equilibrio entre esas dos posibilidades adoptando una solución que, a juicio del Consejo de Estado, no debe ser objetada». Esta conclusión, tan tajantemente hecha, exige matizaciones de relieve.

Primero, porque sí realiza algunas observaciones, de diferente calado. De un lado, entiende adecuado prever que, cuando se estime necesario, se interese de la empresa, motivadamente, la aportación de documentación adicional (sin prejuzgar el sentido de la decisión administrativa para el caso de que no se haga así). Con ello, se evita adoptar una solución rígida, imponiendo con carácter general el deber, pero sí eficaz, pues se da a la empresa la posibilidad de despejar las dudas que pudiera suscitar –en casos concretos– su pertenencia a determinados grupos de empresas. En cierto modo, hay en esta referencia una imagen de sospecha del grupo, según la imagen tradicional que deriva de la aplicación a estos casos de las teorías del fraude de ley, a través de fórmulas exóticas como «el levantamiento del velo». De otro lado, como observación formal, se sugiere separar en dos párrafos el contenido del apartado 4, dejando en el segundo de ellos el supuesto de que no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, en el que debería recogerse también una referencia al periodo señalado en el apartado 2 (que sí se recoge para el supuesto de los grupos de empresas con obligación de formular cuentas consolidadas). En cualquier caso, conviene evidenciar que ninguna de estas dos observaciones ha sido tenida en cuenta por el Gobierno.

Segundo porque, si bien podría pensarse que la regulación reglamentaria no hace si no recibir en sede normativa la jurisprudencia ya decantada en esta materia desde hace años, tanto en la Sala Social como en la Sala Contencioso-Administrativa, que ha evidenciado la necesidad de valorar la causa en el conjunto del grupo empresarial cuando se acreditan características especiales que hacen de él una única realidad socioeconómica, esta doctrina tiene un campo de aplicación más limitado. En este sentido, no todos los grupos con una significativa integración económica están obligados, incluso estando incluidos en el régimen societario de consolidación de cuentas, a presentar memorias integradas, pues la jurisprudencia ha aceptado que en ciertos casos los grupos puedan presentar ERE individualizados y, por tanto, memorias igualmente individualizadas (STS, 3.^a, de 1 de julio de 2008).

La polémica, pues, está servida. Y quizás –seguro– estamos ante algo más que una cuestión documental para ser un aspecto material o sustantivo, relativo al mejor modo de afrontar las crisis en el seno de los grupos de empresa. Por tanto, no es el ámbito normativo reglamentario el adecuado para ordenar una cuestión de tal relieve, que, no obstante, sí resulta coherente con la configuración del grupo como una suerte de «mercado interno de trabajo» a efectos de realizar, como se verá, planes específicos de reestructuración empresarial socialmente sostenibles, conforme al artículo 9.

4.4. La documentación común: la apertura a la transparencia y la protección frente a riesgos de discriminación

A diferencia de la previsión detallada para la documentación de las causas económicas, sin duda las más relevantes en la práctica, la documentación exigida para el resto de causas de origen empresarial queda formulada de forma genérica. Una vez exigida la presentación de la «memoria explicativa», como en el primer caso, el deber de documentar las causas queda remitido a la presentación de «informes técnicos» de cuyo contenido ninguna pista se da. Por lo tanto, aquí las novedades apenas existen. En cambio, sí que merece la pena reseñar la nueva opción de técnica reguladora que ha elegido el artículo 8 del reglamento para fijar la «documentación común» a todos los procedimientos de regulación de empleo y que en gran medida supone, de nuevo, volver a un modelo más reglamentado y formalizado, con vistas a mejorar de un modo notable la transparencia de todo el procedimiento así como las cautelas en orden a evitar determinados efectos negativos, como eventuales discriminaciones.

En este sentido, la normativa exige que el empresario acompañe a la solicitud, en todo caso:

- a) Número y clasificación profesional de los trabajadores que vayan a ser afectados, así como de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año.
- b) Justificación de la razonabilidad del número de extinciones en relación con la concurrencia de la causa económica –o del resto de causas– y la finalidad de preservar o favorecer la posición competitiva en el mercado –si es causa económica– o mejorar la respuesta a las demandas del mercado –si se trata de causa organizativo-productiva en sentido amplio–.
- c) *Relación nominativa de los trabajadores afectados* o, en su defecto, concreción de los criterios tenidos en cuenta para designar a los mismos y periodo a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo.
- d) Información sobre la situación representativa de los trabajadores afectados –composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora del ERE, ausencia o no de representación unitaria–, especificando, para el caso de que se vean afectados varios centros de trabajo, si la negociación se realiza «a nivel global o diferenciada por centros de trabajo».
- e) Copia de la comunicación de los representantes de los trabajadores del inicio del periodo de consultas junto con el escrito de solicitud del informe a que se refiere el artículo 64.5 a) y b) del ET.
- f) El plan de acompañamiento social para las empresas de 50 o más trabajadores.

De estas exigencias, y dejando a un lado para su comentario específico el plan social, no cabe duda de que la más novedosa es la relativa a la exigencia, más rigurosa que la actual, de presentar en el momento de la solicitud una «lista nominativa», si bien no aparece estrictamente necesaria, pues puede ser sustituida por otros criterios que ya se contemplaban en la normativa anterior. En consecuencia, el reglamento tan solo parece promover un modelo más transparente, pero no lo impone. En todo caso, nada se dice en torno a la fijación de específicos criterios de selección de los trabajadores, con lo que sigue siendo aplicable el acervo doctrinal y jurisprudencial en materia.

A estos fines, debe recordarse que rige un principio de favor hacia la libertad empresarial en la materia, sin perjuicio de la vigencia de dos límites significativos, uno específico y otro genérico. En el primer caso aparece el régimen de preferencia legal para ciertos colectivos, como son los representantes de los trabajadores –art. 68 b) ET y STC 191/1996–, y en menor medida las personas con discapacidad en el margen de su cuota de reserva –STS, 4.^a, de 4 de febrero de 2002– y, en el segundo, la prohibición de discriminación –STS, 3.^a, de 15 de junio de 2005 y 18 de octubre 2007, en relación con los criterios de edad–, o de abuso de derecho –STS, 4.^a, de 19 de enero de 1998–. Sin embargo, y a diferencia de lo que sostiene el Consejo de Estado respecto de otros ámbitos, en especial la documentación de la causa, sí parece desprenderse de la nueva regulación un intento de promover un mayor control –administrativo y, en su caso, judicial–, de la razonabilidad no ya solo del número de extinciones, como se dice expresamente, sino también de los criterios utilizados para la selección de los trabajadores afectados. Un control de razonabilidad –propio de la autoridad– que en ningún modo cabe tornar en «control de oportunidad» –exclusivo del empresario o de la negociación–.¹⁴

En este ámbito de cuestiones, de gran importancia es la modificación que se ha producido entre el reglamento proyectado y el finalmente aprobado en relación con el régimen de preferencia de los representantes de los trabajadores, ya aludida. En efecto, el artículo 16 del reglamento recoge la previsión legal referida. En este sentido, la protección de la que gozan los representantes de los trabajadores que participan en el proceso negociador viene otorgada por el ET para los representantes unitarios y por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical para los representantes sindicales. Sin embargo, ninguno de estos cuerpos legales contempla la posibilidad abierta por la reforma laboral de 2010 de la presencia de otros representantes en las «comisiones negociadoras»: los elegidos o designados ad hoc en comisiones cuando no exista ninguna de las otras dos modalidades de representación.

En este contexto, el reglamento proyectado hacía referencia a la protección de los «representantes de los trabajadores», sin referencia expresa en este aspecto a la cualidad de «legales», como es habitual. Pues bien, el Consejo de Estado, sin embargo, con argumentos de claro carácter formal, rechaza la protección de este último colectivo representativo, por entender que solo a los que se les reconoce de forma expresa por una norma legal dicha protección, deben tenerla. De ahí que proponga una modi-

¹⁴ Como se ha sostenido acertadamente, la «autorización no puede convertirse en un cheque en blanco al empresario para que libremente elija a los trabajadores que quiera... Al contrario, resulta necesario que la Autoridad Laboral incorpore los criterios que deben regir la concreta elección del empresario de cada trabajador». *Vid.* BLASCO PELLICER, A., *op. cit.*, pág. 123. Esta cuestión es relevante, porque según la jurisprudencia, la inclusión o no en la resolución administrativa de una lista nominativa de trabajadores afectados, o de los criterios para seleccionarlos, puede determinar la invalidez de la resolución. En sentido riguroso STS, 4.^a, de 20 de octubre de 2005, y en sentido más flexible, dejando un mayor ámbito de actuación a la autoridad laboral, STS, 4.^a, de 30 de junio de 2006.

ficación, que califica jurídicamente de esencial, en el texto del artículo 16, de tal manera que donde dice «representantes de los trabajadores» debe decir «representantes legales de los trabajadores».

A este respecto, cabe plantear si la reforma laboral no obligaba a una expresa reformulación de la protección legal de permanencia en la empresa de la que debe gozar cualquier trabajador que adquiriera, por una u otra vía, la consideración jurídica de representante, sea permanente (o más correctamente por un periodo de tiempo fijado por vía normativa o por estatutos de la organización a la que pertenezca) o nombrado ad hoc para un concreto proceso negociador. Sin duda podrían esgrimirse argumentos no solo de legalidad sino de constitucionalidad para avalar tal modificación, aunque sabido es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contiene una buena argumentación jurídica tanto para avanzar en esta línea de equiparación como en la contraria, en cuanto que recuerda el carácter de configuración legal de estas estructuras representativas, si bien está claro que las que deriven de la designación sindical podrían ampararse en la mejor tutela de la libertad sindical y, por tanto, de la igualdad de protecciones. A tal fin, debe rechazarse la visión que tiene el Consejo de Estado de estar ante un «privilegio personal», que «beneficia a unos trabajadores en detrimento de otros», cuando es un «privilegio funcional».

Esta visión es objetable desde posiciones que pongan de relieve el valor del derecho fundamental de libertad sindical, del derecho no fundamental pero igualmente presente en la Constitución de la participación en la empresa, y la importante tarea que realiza la representación del personal en la protección de los derechos de todos sus compañeros de trabajo y que les hace merecedores de una protección reforzada para evitar actuaciones contrarias a derechos por parte de su empleador. No es un privilegio personal sino funcional.

4.5. El periodo de consultas: la regulación de los acuerdos en las «comisiones negociadoras» y la búsqueda de alternativas en caso de bloqueos

La solicitud de la autorización a la Administración conlleva el inicio del periodo de consultas, desarrollándose por tanto hoy –no siempre ha sido así– de modo paralelo ambas fases clásicas del ERE –el procedimiento administrativo propiamente dicho y el proceso de negociación colectiva de las causas y medidas–. Mientras se sustancian las consultas la actividad administrativa no permanece estanca, sino que se suceden, como se verá, actos de instrucción relevantes para el resultado final. En cualquier caso, es evidente que la regulación del periodo de consultas constituye un aspecto básico de todo el entramado del procedimiento de regulación de empleo que no podía quedar sin regulaciones de ajuste entre las novedades legales y la norma reglamentaria.

Como es sabido, en la normativa sustancial, las principales reformas se encaminan en una doble dirección. De un lado, a aligerar el procedimiento de consultas, de modo que se reduce el tiempo máximo previsto para ello. De otro, la posibilidad de que ese periodo de consultas, además de llevarse a cabo con estructuras representativas singulares o específicas, como se vio, pueda ser sustituido por el recurso a fórmulas alternativas de composición de conflictos, en especial la mediación y, cómo no, el arbitraje. Por lo tanto, la normativa reglamentaria tratará de trasladar estos cambios a su texto, al tiempo que, por la crucial importancia de este periodo de negociación en el seno del ERE, buscará dar mayor seguridad jurídica al régimen de constitución y funcionamiento de lo que deno-

mina, de forma novedosa, «comisiones negociadoras» de los procedimientos de regulación de empleo, lo que evidencia también el propósito gubernamental de configurar estos periodos como auténticos procesos de negociación colectiva. Precisamente, la importancia de este órgano negociador llevará a que el Consejo de Estado repare la regulación ofrecida en el reglamento «proyectado», a fin de solicitar una mayor precisión y seguridad en su ordenación, tal y como interesaron, además, diversos órganos y entidades intervinientes en la tramitación del real decreto.

La primera novedad reglamentaria, pues, se introduce en el apartado 1 del artículo 11 y no merece mucho comentario, por cuanto no hace sino recoger la rebaja legal del tiempo o periodo de consultas: no será superior a 30 días naturales, o de 15, en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores. De más trascendencia, por su novedad respecto de la regulación legal, es la regulación de la constitución y funcionamiento de las referidas «comisiones negociadoras» de los ERE, tal y como se hace en el apartado 2 del artículo 11. La precisión más relevante es la fijación de una regla concreta para clarificar cómo adoptan las decisiones en su seno, para lo cual se ha seguido, a instancia del Consejo de Estado, lo dispuesto en el artículo 51.4 del ET, de acuerdo con el cual la consecución de un acuerdo «requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquellos» y de lo previsto en el artículo 41.4 (al que se remite el art. 51.2, segundo párrafo –también para la conclusión de un acuerdo–) que, tras reproducir el párrafo recién transcrito del artículo 51.4 regula la comisión negociadora (en relación con las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores) y precisa que los acuerdos de la comisión «requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros». Por tanto, la regulación que se propone se conecta con el principio de mayoría también reflejado en el título III del ET en materia de negociación colectiva y de los convenios colectivos.

En consecuencia, las comisiones negociadoras de los ERE se constituyen como órgano colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones. Para garantizar la seguridad jurídica de su actuación se fija tanto el deber de establecer un acta de constitución –así como del contenido del proceso negociador– como el de adoptar sus decisiones por mayoría de sus miembros que, en su conjunto, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados por el ERE. Se prevé igualmente que la negociación pueda realizarse de forma global, para todos los centros de trabajo afectados, o por centro. En el primer caso, la comisión negociadora deberá estar integrada por representantes de varios centros de trabajo y la regla de mayoría se formará atendiendo a lo que decida la propia comisión, y a falta de una decisión específica en función del porcentaje de representación de cada integrante, salvo que pudiera llevarse a cabo por un órgano representativo conjunto –como por ejemplo el comité intercentros, o secciones sindicales del conjunto–. En el segundo caso, se adoptará la decisión que vote la mayoría de los miembros de la comisión correspondiente de cada centro.

En tercer lugar, y también escasamente innovador por ser una exigencia derivada de la reforma legal estrictamente y sin posibilidad de regulación reglamentaria, la nueva regulación prevé la posibilidad de que el empresario y la representación de los trabajadores puedan sustituir, en cualquier momento, el periodo de consultas por un procedimiento de mediación o de arbitraje –apartado 3–. Como se sabe, no es sino el reflejo de la voluntad legislativa de evitar situaciones de bloqueo y promover el mayor dinamismo posible en estos procesos, de modo que lo que cuenta realmente no es el

procedimiento a seguir sino el alcanzar un resultado negociado. En todo caso, debe advertirse una vez más que esta posibilidad ya estaba prevista en la regulación legal anterior, si bien eran muchos los problemas interpretativos y aplicativos generados, los que, por cierto, volverán a reproducirse y multiplicarse en el nuevo régimen.

Finalmente, merece un especial comentario la regulación reglamentaria del deber empresarial de comunicar la finalización del periodo de consultas, y más en particular de los efectos que tiene en el procedimiento de regulación de empleo la eventual falta de comunicación a tales efectos. A este respecto, como es sabido, el periodo puede finalizar bien con acuerdo – art. 14 del reglamento– o sin acuerdo –art. 15–, pero en cualquier caso incumbe al empresario informar a la autoridad laboral competente, en el plazo de 5 días, tanto de la solicitud final de despido colectivo que realiza y las condiciones del mismo, cuanto del resultado del periodo de consultas, así como del contenido definitivo del «plan de acompañamiento social». Pero puede ocurrir que, transcurrido aquel periodo perentorio, no se reciba la comunicación debida.

Pues bien, al respecto, el Consejo de Estado llamó la atención sobre la previsión al respecto del reglamento proyectado. En él se disponía que, si transcurrido «el plazo fijado para el periodo de consultas no se hubiera recibido la comunicación a que se refiere este apartado, la autoridad laboral procederá, sin más trámite, al archivo de las actuaciones, notificándolo a los interesados». Por una parte, reparó que el plazo a que se alude en el inciso inicial no debería ser el fijado para el periodo de consultas (un máximo de 30 o 15 días naturales, según los casos), sino, como mínimo, ese plazo más 5 días. De ahí que la versión definitiva precisara que la comunicación deberá realizarse en el plazo de ese periodo de 5 días. Por otra, y más relevante, el Consejo de Estado criticó el desajuste de esa previsión reglamentaria respecto de la regulación legal común, en el artículo 76 de la Ley 30/1992, según la cual la ausencia del trámite debido obliga a la Administración a ponerlo «en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de 10 días para cumplimentarlo», de modo que solo si no se cumple en ese plazo se les podrá declarar «decaídos en su derecho».

De acuerdo con ello, el Consejo de Estado, en su actitud de «legislador», entiende que el Gobierno debería revisar la regulación proyectada, dándole una opción. Así, bien podría establecerse que, transcurrido aquel plazo sin comunicación alguna, se tendrá por reiterada (o mantenida) la solicitud inicial, presumiéndose la inexistencia de acuerdo o bien debiendo requerirse al interesado sobre el particular. No obstante, también cabe, por el contrario, si es que se quiere configurar una forma de terminación del procedimiento, desplazar la regulación a una mejor ubicación en la posterior sección 3.^a, relativa a la finalización del procedimiento (arts. 14 y siguientes del reglamento). En todo caso, insiste un inusualmente inquisitivo y vigilante Consejo de Estado, su contenido habría de adecuarse a lo previsto en los artículos 87 y siguientes de la Ley 30/1992, que recogen como formas de terminación del procedimiento la resolución, desistimiento, renuncia y la caducidad (además de la imposibilidad material y la terminación convencional), cada una con su régimen propio, que no tiene reflejo en el párrafo último del proyectado artículo 11. De ahí que, resolutivo una vez más, exija, si bien no como pedimento sustancial, su revisión.

Pues bien, en esta ocasión, el Gobierno ha hecho más bien caso omiso a esta sugerencia de «mejora técnica» y ha mantenido en lo sustancial su previsión, si bien sí que ha corregido el texto para acoger en parte la recomendación técnico-legislativa del Consejo de Estado. Por eso, la redac-

ción final no prevé que el incumplimiento del deber de comunicar la finalización del periodo de consultas en el plazo previsto lleve al archivo propiamente, sino a la «terminación del procedimiento por desistimiento del empresario». En tal situación, la autoridad laboral debe proceder, «sin más trámite», a declararlo así, con notificación a los interesados. En consecuencia, es evidente que se establece un régimen más que especial excepcional respecto del régimen común previsto en el procedimiento administrativo, lo que no deja de plantear problemas, en los términos previstos por el Consejo de Estado. Por tanto, debe quedar claro que la norma reglamentaria no puede excepcionar el régimen legal supletorio previsto para las formas de terminación por desistimiento.

4.6. Los tiempos y trámites de ordenación del procedimiento de regulación de empleo: una gestión ágil pero suficientemente informada técnicamente

El procedimiento de regulación de empleo se inicia con la recepción por parte de la autoridad laboral competente de la solicitud empresarial, por lo que se desarrolla en paralelo, como se ha dicho, al periodo de consultas. Por tanto, sin perjuicio de lo que suceda en tal periodo, la autoridad laboral debe instruir el procedimiento.

Los artículos 12 –instrucción desde la solicitud de autorización– y 13 –audiencia a las partes tras el periodo de consultas– del reglamento regulan la ordenación del procedimiento. Si la regulación del derecho de audiencia de las partes, a realizar en el plazo de tres días, a contar desde la comunicación de la finalización del periodo de consultas, no experimenta cambio alguno respecto de la regulación anterior, sí merece algún comentario la nueva regulación respecto de la fase de ordenación-instrucción, en especial por la mayor importancia que adquiere la intervención de diferentes sujetos a través de la emisión de informes, unos preceptivos y otros potestativos. A este respecto, como es sabido, la tradición situaba el informe de la ITSS en el centro del proceso, asumiendo no solo un carácter preceptivo en el plano formal sino una gran trascendencia para la suerte de la resolución, en el plano material o de fondo. Este papel se mantiene en gran medida, si bien ahora se acompaña con la presencia de otros informes que expresan la importancia, ya referida en este estudio, de la «colaboración interadministrativa».

En relación con el informe de la ITSS, el punto de partida se encuentra en el artículo 51.3 del ET, de acuerdo con el cual la autoridad laboral «recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las causas motivadoras del expediente» (además de cuantos otros resulten necesarios para resolver fundadamente). Como se decía, no es una cuestión menor, en la medida en que supone seguir configurando a esta institución como una pieza esencial para toda la arquitectura del procedimiento, cuando, quizás, hubiera llegado el momento de plantear otras opciones, desplazando su papel central por el de otras instituciones públicas en el marco de las políticas de empleo, y no ya de las políticas de control de la efectividad del cumplimiento de las normas laborales. En este sentido, cabe destacar que el Gobierno dio algún síntoma de querer mudar esta situación, como parece reflejar el carácter potestativo que le adjudicaba el proyecto de real decreto, eso sí, cuando hubiera acuerdo de las partes.

Así, el artículo 12.2 autorizaba a presentar una solicitud empresarial que incluya ya el acuerdo de la representación de los trabajadores (es decir, una negociación previa, posible con una represen-

tación unitaria existente en el centro de trabajo, no así cuando haya que designar representantes, porque ello deberá producirse en un periodo de cinco días a partir de la presentación de la solicitud de ERE). En tal caso, la petición de informe a la ITSS sería «potestativa para la autoridad laboral», sin perjuicio de que de la resolución dictada, en un periodo de siete días naturales, sí debía trasladarse a la ITSS –además de al Servicio Público de Empleo Estatal–.

Sin duda, esta hubiera sido una de las mayores novedades de la regulación reglamentaria. Sin embargo, la clara manifestación en contra de la Dirección General de la ITSS y la crítica del Consejo de Estado, han llevado a recuperar su carácter obligatorio. Cuestión distinta es que la amplia flexibilidad que se predica en la LET, a respetar por el reglamento, lleve a que cuando haya acuerdo de las partes el informe de la ITSS se centre no ya en la causa alegada sino en la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho por las partes negociadoras, o también en la búsqueda jurídicamente indebida de prestaciones por desempleo. Por consiguiente, la intervención de la ITSS podrá versar sobre la existencia de la causa aducida y de la razonabilidad de la decisión extintiva (supuesto ordinario), o solo sobre la existencia de una actuación abusiva por una o ambas partes del ERE y no ya por el contenido propiamente dicho de la causa (supuesto de presentación de ERE con acuerdo entre las partes que se adjunta). Repárese además en la tajante redacción del artículo 14.1 sobre el contenido del acuerdo adoptado por las partes, que a salvo de alguna circunstancia que lo haga contrario a derecho, «vincula a la autoridad laboral», y que la autorización se producirá tanto si se dicta resolución expresa como si no se hace, ya que en caso de silencio administrativo la futura norma dispone que «se entenderá autorizada la medida extintiva en los mismos términos».

Pero, como se decía, no es el informe de la Inspección el único relevante. Así, al margen del eventual informe que pueda emitir la entidad gestora de la prestación por desempleo, que debe tener comunicación de la solicitud de ERE –al igual que la Administración de la Seguridad Social, en los casos previstos en el art. 51.15 del ET–, la nueva regulación prevé una amplia actividad de solicitud y presentación de informes por parte de diferentes organismos. Así, el apartado 3 del artículo 12, deja en manos de la autoridad laboral competente la potestad de recabar cuantos informes juzgue necesarios, siempre que fundamente la conveniencia de reclamarlos. Pero también se prevé el deber de solicitar tales informes en ciertos casos –informes preceptivos–:

- Cuando el ERE afecte a centros de varias comunidades autónomas, de modo que será la autoridad laboral competente para instruir –no la competente para resolver– la obligada a recabar informe a la autoridad laboral de los territorios donde radiquen dichos centros –apartado 4–.
- Cuando el ERE afecte a empresas de más de 500 trabajadores, deberá la autoridad laboral autonómica recabar informe previo de la autoridad laboral central –Dirección General de Trabajo–.
- Cuando el ERE afecte a empresas con diversos centros de trabajo en distintas comunidades autónomas, pero solo se vean afectados trabajadores de una, en cuyo caso la autoridad autonómica competente recabará informe previo de las autoridades laborales autonómicas donde radiquen los restantes centros, dando cuenta de dichos informes a la autoridad laboral central.

En todo caso, se trata de informes no vinculantes y han de emitirse en el plazo de 10 días. Deben obrar en poder de la autoridad laboral antes de la finalización de periodo de consultas, lo que

no deja de plantear problemas, por cuanto, por ejemplo, respecto de la ITSS, eso supone que no podrá conocer necesariamente todo lo que haya sucedido durante ese proceso.

4.7. La finalización de procedimiento: de la discrecionalidad administrativa al carácter reglado de su resolución

Y como todo lo que comienza tiene su final, la sección 3.^a del capítulo II del título I regula la finalización del procedimiento de regulación de empleo relativo a los despidos colectivos. Una regulación que está muy marcada, en la anterior regulación y en la actual, por la suerte del periodo de consultas, de modo que la resolución por la autoridad laboral del procedimiento, que es la forma de terminarlo, va a depender mucho en su contenido de que medie o no acuerdo entre las partes –también cabe que exista un «laudo arbitral» si se substituyó por un arbitraje, situación que no prevé expresamente la regulación, pese a que sí se recoge, como vimos, tal posibilidad– en ese periodo de consultas, columna vertebral de todo el procedimiento. En el primer caso, dice el artículo 14.1 (tercer párrafo) que el acuerdo «vincula a la autoridad laboral». En el segundo caso, dice el artículo 15.1 (primer párrafo), la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. Todo ello ha suscitado también algunas consideraciones al Consejo de Estado que han sido tenidas en cuenta, por lo general, en la redacción final del reglamento.

En definitiva, la autoridad laboral habrá de autorizar la extinción acordada de los contratos de trabajo, salvo que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (o bien que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados). Por ello, es razonable que, en los casos del artículo 2.3 (a los que se refiere el art. 14.7), la Dirección General de Trabajo haya de limitarse a aceptar o rechazar de plano la propuesta de resolución elevada –a través de medios electrónicos– por la autoridad autonómica competente para la ordenación del ERE, tal y como ya se indicó, si bien si la rechaza debe motivarlo.

El pacto alcanzado tiene la consideración de acuerdo colectivo y requerirá la mayoría prevista para la adopción de acuerdos por la comisión negociadora, o de las comisiones negociadoras afectadas, si hubiese varias al negociarse por centros de trabajo afectados. Se precisa en la nueva regulación reglamentaria que la resolución de la autoridad laboral autorizará la extinción de los contratos en los términos y periodo fijados en el acuerdo –art. 14.5–, lo que es obvio por la referida vinculación al acuerdo, así como que declarará la aplicación de las medidas acordadas en el «plan social» o, en caso de empresas no obligadas a presentarlo –menores de 50 trabajadores–, las que pudieran haberse acordado en la solicitud de procedimiento. La regulación prevé, no obstante, que pueda solicitar el empresario modificación del periodo de ejecución de los despidos o para ampliar el número de despidos, sin que se precise nuevo ERE, siempre y cuando, naturalmente, se mantengan las causas que dieron lugar al ERE y exista acuerdo de los representantes de los trabajadores.

Como es natural, la situación es distinta cuando no haya acuerdo entre las partes, puesto que en tal caso la resolución puede estimar íntegramente, estimar en parte, o desestimar. El plazo para dictar resolución será de 15 días naturales a partir de la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión del periodo de consultas –de no haber comunicación se produce terminación por desisti-

miento, como se dijo-, y de pasar ese plazo sin dictar resolución expresa se entenderá autorizada la solicitud por silencio positivo –art. 15.1-. Lo más relevante aquí es la voluntad normativa de dejar claro que en estos casos se reduce notablemente la discrecionalidad que hasta ahora había tenido la Administración, en la medida en que utiliza términos imperativos para expresar el deber administrativo de autorizar la solicitud si se ha cumplido con los requerimientos legales, de manera que «la autorización procederá» si se desprende de la documentación que concurre la causa y la razonabilidad de la medida, debiéndose estimar parcialmente solo si se acredita la causa extintiva pero no se justifica de un modo suficiente la razonabilidad del número de extinciones. También cabe que solo se estime la autorización para un solo centro de trabajo pese a ser varios los afectados.

En estas situaciones de pluralidad de centros de trabajo afectados, de especial interés resulta el supuesto ya comentado de ubicación de esos centros en diferentes comunidades autónomas pero con una afectación de trabajadores desigual –al menos el 85% de la plantilla afectada radica en un territorio autonómico solo-. En estos casos, previstos en el artículo 2.3, la Dirección General de Trabajo podrá limitarse a aceptar de plano la propuesta de resolución elevada por la autoridad autonómica competente para la instrucción, pero no podrá limitarse a rechazarla de plano.

La razón reside en que en tal caso la resolución habrá de decidir, cuando menos, entre las otras dos posibles opciones de resolución: así, si la comunidad autónoma propone no autorizar, la Dirección General de Trabajo, una vez motivado el rechazo de la propuesta, habrá de resolver si se estima íntegramente la solicitud o solo parcialmente; o si la comunidad autónoma propone estimar parcialmente, la motivación del rechazo habrá de conducir, bien a una estimación íntegra o bien a una denegación de la autorización. Todo ello, sin olvidar la brevedad de los plazos y el silencio positivo previsto en el artículo 51.6 del ET (de forma que, si transcurrido el plazo de 15 días naturales –desde la comunicación de la conclusión del periodo de consultas– no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud), lo que desaconseja una devolución a la comunidad autónoma para elaboración de una nueva propuesta de resolución que, además del riesgo de exceder el aludido plazo, podría seguir manteniendo un criterio distinto al de la Dirección General de Trabajo.

Sin embargo, en este caso, la regulación no ha tenido en cuenta esta lectura del Consejo de Estado, de modo que ha mantenido la misma solución en ambos casos –medie o no acuerdo-. Asimismo, la Dirección General de Trabajo del ministerio podrá –no está obligada– recabar informe de otras comunidades autónomas en cuyos territorios presten servicios los trabajadores afectados.

El resultado final será el deber de la empresa de cumplir con las obligaciones adquiridas en la resolución –ya recoja el acuerdo, como es la hipótesis más frecuente, ya refleje las medidas previstas y autorizadas aún sin acuerdo-, sobre todo en el plano de las indemnizaciones, pero también con el resto de obligaciones recogidas en el citado plan social –art. 18-. A estos efectos apenas hay novedades, salvo la omisión en la versión actual de la modalidad procesal a través de la cual solicitar, por parte de cada trabajador, el eventual incumplimiento de sus obligaciones por el empresario. El Consejo de Estado, con buen criterio, entendió que la norma reglamentaria no era la apropiada para determinar la modalidad concreta –la regulación anterior hablaba del «procedimiento ordinario»-, pues es una cuestión de regulación legal. En realidad es todo el contenido del artículo 18 del reglamento el que sobra, en cuanto no se refiere a cuestiones procedimentales sino que recoge o bien aspectos

materiales del régimen jurídico de las indemnizaciones y del plan de acompañamiento social que derivan directamente de la ley, o bien «cuestiones procesales», que es también materia de reserva de ley. El Gobierno no ha hecho caso aquí del consejo de la institución consultiva.

La regulación reglamentaria termina recordando la ejecutividad de la resolución recaída en el ERE desde la fecha en que se dicta, salvo que en ella se diga otra cosa –art. 19–, así como los recursos administrativos existentes por los interesados, entre los que se incluye a los trabajadores individualmente afectados –recurso de alzada en el plazo de un mes–, para lo cual remite a la normativa común de la Ley 30/1992 –sección II del capítulo II del título VII–. También recuerda, con sentido de pura declaración, la existencia de recurso jurisdiccional, refiriendo a la «jurisdicción competente». Se elimina así, en la versión definitiva, la referencia que se hacía en la versión proyectada a la «jurisdicción contencioso-administrativa». A este respecto, el Consejo de Estado también sugirió que se eliminara esa referencia, ante la confusión ahora existente por el cambio legislativo establecido en materia, pero diferido en su aplicación a la aprobación de la reforma de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) que en este momento se tramita en el Parlamento.

Por eso, la disposición transitoria tercera del Real Decreto 801/2011 recuerda que hasta tanto no se produzca el pleno desarrollo de lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 35/2010, que atribuye al orden social de la jurisdicción el conocimiento de las resoluciones en materia de ERE, si bien lo condiciona a que se apruebe tal competencia en la reforma de la LPL que se ordena, deberá tenerse en cuenta que seguirá conociendo la «jurisdicción contencioso-administrativa», como hasta ahora. En realidad es una norma ociosa, pues se trata de una materia reservada plenamente a la ley. No creo ni siquiera que haya razones de seguridad jurídica que avalen el que se quiera recoger en la norma reglamentaria la situación existente y la proximidad previsible del cambio de régimen en este punto, como acepta el Consejo de Estado. No es misión de una norma reglamentaria poner de manifiesto la diferencia entre la situación actualmente existente y la que se producirá previsiblemente en un futuro próximo, pues genera más bien confusión y, en todo caso, se afirma algo que no se sabe si se producirá.

4.8. La enésima llamada a la «administración electrónica»: la gestión informática de los ERE

Tanto por razones de agilización temporal de los procedimientos como también de reducción de costes, la llamada «administración electrónica» se promete desde hace años como la gran panacea para hacer la vida más agradable al ciudadano. Como siempre, a más ambiciosa se revela una promesa mucho más decepcionante es la realidad, por lo común muy distante de lo prometido.

La regulación de los ERE no iba a ser menos, por lo que la reforma ha querido dar entrada a ese sueño ciudadano de gestión rápida, barata y transparente que es la administración electrónica previendo un sistema de gestión de este tipo para aquellos. La disposición adicional única del reglamento así lo dispone, remitiendo a la ley que regula con carácter general este modelo, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Por tanto, se prevé que pueda iniciarse el ERE por medios electrónicos, al tiempo que se concede preferencia a las comunicaciones por medios electrónicos entre Administraciones públicas. No obstante, tal posibilidad no está garantizada actualmente, sino que se precisa que las Administraciones públicas procedan a adaptar sus

sistemas electrónicos a esta opción, para lo que será igualmente necesario que haya un desarrollo reglamentario, que queda diferido sin plazo.

Otra prueba de este recurrente desfase, no obstante las evidentes posibilidades tecnológicas existentes desde hace años, la hallamos igualmente en lo relativo a la actividad de colaboración entre Administraciones a efectos informativo-estadísticos. En este plano, pese a que se prevé un sistema de comunicación entre todas las autoridades laborales competentes en materia de ERE, la remisión «en soporte informático» de los datos estadísticos individualizados de cada uno de los gestionados, con el «contenido que se establezca en las disposiciones de aplicación y desarrollo» del real decreto –disp. adic. única del RD 801/2011–, de inmediato se ha de incluir otra disposición, ahora transitoria que reconozca la realidad de falta de tal posibilidad, manteniendo la situación existente en tanto se desarrolle esa previsión. De ahí que se reconozca, algo resignadamente, que en tanto tiene lugar tal cambio, se siga haciendo lo que hasta ahora, enviando la información individualizada de cada ERE según lo dispuesto en los correspondientes reales decretos sobre traspasos en esta materia –disp. trans. cuarta–.

La versión proyectada incluía un anexo al real decreto en el que se establecía la «hoja estadística». La versión definitiva la ha eliminado, por enésima vez a «sugerencia» del Consejo de Estado. Aunque no es infrecuente que normas legales o reglamentarias incorporen anexos cuya modificación autoricen –simultáneamente– mediante norma de rango inferior, a juicio del Consejo de Estado resulta más correcto técnicamente que cada contenido sea directamente aprobado por una norma del mismo rango que aquella que puede modificar ese contenido, en particular cuando no se aprecia una conexión tan intensa que aconseje su aprobación como anexo a otra norma de superior rango, y sin perjuicio de que ambas normas, aun con distinto rango, puedan aprobarse o entrar en vigor simultáneamente si se considera pertinente.

En definitiva, en lugar de aprobar el contenido de la información estadística como anexo al real decreto y autorizar simultáneamente su modificación por orden ministerial, se entendía preferible que el real decreto habilitara o remitiera directamente la determinación de dicha información a una orden ministerial. Con ello se evitaría la falsa apariencia de que un determinado contenido, aprobado mediante real decreto, solo pueda haber sido alterado por un real decreto posterior (frente a la habilitación contenida en un inciso inserto en una disposición final incorporada no al reglamento que se complementa, sino al real decreto que lo aprueba). El Gobierno, quizás algo cansado de tanta «sugerencia», ha hecho una lectura moderada y si bien ha eliminado la hoja estadística y ha previsto su desarrollo a tal fin, no se hace de una forma expresa y específica, sino que se deja al eventual desarrollo a tal fin que pueda producirse en cualquier momento, pero sin remisión a una orden concreta ni en un plazo específico.

5. ALGO MÁS QUE DESPIDOS COLECTIVOS: LAS ESPECIALIDADES DEL ERE SUSPENSIVO O DE REDUCCIÓN DE JORNADA

Ya tuvimos ocasión de recordar que el Real Decreto 801/2011 no regula solo los ERE dirigidos a ordenar o regular la autorización para proceder a despidos colectivos, sino que también tienen por objeto estos procedimientos medidas de reestructuración del empleo ante situaciones de dificultades

económicas diferentes. Por eso, en esta norma, junto a la regulación del que podemos considerar procedimiento de regulación de empleo central y común, aparecen otras modalidades que, si bien siguen en lo sustancial las reglas generales, contienen algunas especialidades de relieve. En este sentido, la norma reglamentaria hace referencia a los ERE «por fuerza mayor», ahora regulados en el capítulo IV del título I, así como a la extinción por desaparición de la personalidad jurídica del contratante, según lo previsto en el artículo 49.1 g) del ET –capítulo V–. Ninguno de ellos ofrece mayor singularidad en la nueva regulación, por lo que se mantiene en lo sustancial la anterior normativa.

Sin embargo, sí es objeto de mayores modificaciones otra modalidad especial de ERE que también estaba prevista en la anterior regulación, como es la relativa al procedimiento de regulación de empleo en los casos de suspensión del contrato de trabajo y reducción de la jornada, que ahora se regula en el capítulo III del título I. La reforma laboral de 2010 ha incidido especialmente en esta modalidad, por ser el eje básico para promover una gestión alternativa a los ERE extintivos, primando la llamada «flexibilidad interna» del ERTE frente a la «flexibilidad externa» del ERE.

La ambición de esta regulación, más aparente que real, aparece en el propio epígrafe del artículo 21 que hace referencia al «régimen jurídico» de la suspensión del contrato de trabajo y reducción de la jornada, lo que excede de cuestiones procedimentales, por lo que no puede ir más allá de lo previsto en la ley. Por eso, lo sustancial del nuevo régimen jurídico está en el marco legal, y el reglamento se limita en gran medida a plasmarlo en su texto articulado para facilitar el conocimiento de su gestión formal. No obstante, algunas previsiones de la norma reglamentaria ponen de relieve cierta problemática aplicativa.

Así, el apartado 3 de este artículo 21 dispone que la duración de las medidas solicitadas para suspender los contratos o reducir la jornada «será la adecuada a la situación coyuntural que se pretende superar», lo que ciertamente guarda relación con el artículo 47.1 c) del ET (de acuerdo con el cual, la autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente «que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa»). Ahora bien, como ha observado el Consejo de Estado, «debe notarse que el análisis sobre la adecuación a la situación coyuntural no debe hacerse aisladamente respecto de la duración de las medidas, sino globalmente, tomando en consideración todos los factores concurrentes (como el número de contratos afectados, el alcance –mayor o menor– de la reducción de la jornada, etc.)».

En cuanto a la regulación del procedimiento, siguiendo lo previsto en el artículo 47 del ET, el artículo 22 se remite a lo establecido en el artículo 51 del ET y en el capítulo II del título I del reglamento, con las especialidades que a continuación se recogen. La versión definitiva ha corregido algunas dudas de la versión proyectada, como la previsión del artículo 22 c), relativo a la documentación exigida. Según el artículo 47.1 b) del ET, el procedimiento será el mismo que en el caso del despido colectivo, con la especialidad, entre otras –una destacada es que se aplica al margen del número de trabajadores afectados y del número de trabajadores de la empresa–, de que «la documentación será la estrictamente necesaria en los términos que reglamentariamente se determinen». Ante esa llamada, el artículo 22 c) proyectado disponía: «La documentación justificativa de la concurrencia de la causa alegada será la estrictamente necesaria para acreditar que se trata de una situación coyuntural. A estos

efectos, en el caso de que la causa aducida por la empresa sea de índole económica la documentación exigible según el artículo 6.2 se limitará a la del último ejercicio económico completo...».

El Consejo de Estado reparó, si bien no sustancialmente, esta previsión. Por una parte, no era clara la afirmación inicial, puesto que parecía decir que bastará acreditar el carácter coyuntural de la causa, cuando lo que hay que probar es la existencia misma de esta. De ahí que la versión definitiva establezca que la documentación será la estrictamente necesaria «para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa». Por tanto, en principio, habrá de aportarse documentación de la que se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa, a la vista de lo previsto en el artículo 47 c) del ET y que parece suponer un plus respecto de lo previsto en el capítulo II. En definitiva, como expresó el Consejo de Estado, «la restricción no debe operar sobre los extremos que han de acreditarse, sino sobre las exigencias documentales para tal acreditación».

De ahí que, por enésima vez actuando como intérprete-legislador más que como un órgano consultivo, invitara –no «exigía»– al Gobierno a una reconsideración del artículo 22 c), para responder a la remisión reglamentaria contenida en el artículo 47 c) del ET, de forma que el reglamento introdujera una especialidad respecto del procedimiento contemplado en el capítulo II, determinando qué se considera documentación «estrictamente necesaria» a estos efectos. Para ello el Gobierno no tenía plena libertad, sino que debería atender directamente a la indicación de política del derecho que se deriva de la reforma laboral, y que no es otra que «lo que parece ser el designio legal de facilitar estas medidas de flexibilidad interna para priorizarlas frente a la extinción de contratos de trabajo». De ahí que, para la acreditación de la causa económica en tales casos, baste con aportar la del último ejercicio económico –y no de los dos últimos, como se requiere con carácter general–, así como las cuentas provisionales del vigente a la presentación de la solicitud del procedimiento.

El artículo 23 regula el periodo de consultas y el plan de acompañamiento social sin apreciables novedades, más allá de la reducción de plazos a la mitad –se prevé en el art. 22 b)–. El objeto de ambos instrumentos de gestión participativa de todo el proceso y el control de su eficacia son análogos a los vistos con carácter general. Asimismo, se recuerda que durante ese periodo de suspensión del contrato o de reducción de la jornada se promoverá el desarrollo de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados cuyo objeto sea aumentar la polivalencia o incrementar su empleabilidad, sin que se concrete nada al respecto, por lo que se reproduce sin más la previsión legislativa.

En fin, el artículo 24 se refiere a la terminación del procedimiento. En su primer párrafo dispone que procederá la autorización de las medidas de suspensión de contratos de trabajo o de reducción de jornada cuando:

- a) De la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa, con lo que se reproduce lo previsto en el artículo 47 c) del ET.
- b) La causa no afecte de manera permanente a la empresa y los efectos de aquella sean supe-
rables con medidas transitorias y no definitivas.

A juicio del Consejo de Estado el segundo párrafo no tiene un sentido claro, de ahí que propusiera su supresión, puesto que «solo es admisible en la medida en que se interprete como coextensivo con el alcance del primero». Por tanto, si lo es, no tiene sentido que esté, al resultar superfluo, y si no lo es, entonces introduce un requisito adicional que no resulta coherente con el principio de flexibilidad perseguido. De ahí que concluyera que resulta preferible prescindir de él. El Gobierno también ha sido aquí esquivo a la «sugerencia», y lo ha mantenido. En todo caso, parece claro que existe una clara preferencia del ERTE sobre el ERE, por lo que la autoridad laboral tenderá a favorecer esta modalidad, al menos de inicio.

Pero la trascendencia de esta modalidad especial y preferente de procedimiento de regulación de empleo no se observa solo en la regulación específica que se hace de la misma, sino también en la presencia que tiene en la regulación una modalidad especial ya conocida, como la relativa a la fuerza mayor, antes referida. Así, el artículo 25 –capítulo IV– dispone que la existencia de fuerza mayor puede ser causa motivadora no ya solo de la extinción y suspensión de los contratos de trabajo, según la regulación clásica, sino también de «la reducción de jornada», por lo que también deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en ese capítulo. Precisamente, esta es la única variación apreciable respecto de la regulación anterior: la referencia a la reducción de jornada como medida de respuesta laboral ante la fuerza mayor.

Sin embargo, ha de notarse que el artículo 51.12 del ET [y el 49.1 h)] no menciona la reducción de jornada por esta última causa. Por lo que se abre la cuestión de cuál es la base legal que puede soportar tal especialidad reglamentaria sustantiva.

El Consejo de Estado repara en ello pero no lo rechaza. Claramente movido por una lectura basada en el principio de favor hacia la flexibilidad interna de la gestión empresarial en situaciones difíciles, entiende «que la posibilidad de fundar la reducción de la jornada en causas de fuerza mayor es acorde con los objetivos de la Ley 35/2010, en cuanto orientada a facilitar las medidas de flexibilidad interna frente a las medidas de flexibilidad externa (y, en particular, frente a la extinción de contratos) con una cobertura social para los trabajadores afectados». Por tanto, al responder al fin de la ley no se preocupa de si la norma reglamentaria tiene o no habilitación para ese desarrollo, cuando se trata de una «norma de ejecución», que, por tanto, concreta y específica las reglas legales, pero ni las interpreta en sentido estricto ni tampoco las desarrolla sustantivamente. De nuevo el Consejo de Estado deja traslucir su posición ante la reforma laboral, claramente favorable a una mayor flexibilidad a la hora de entender la nueva regulación de los procedimientos de empleo, por lo que reparará todo lo que entienda introduce rigidez a tal fin y aceptará lo que promueva una mayor flexibilidad.

No ya propiamente en el reglamento, sino en el Real Decreto 801/2011, hallaremos otras reglas o previsiones relativas a esta modalidad. Así, la disposición transitoria segunda, relativa a las normas sobre bonificación por mantenimiento del empleo y de reposición de las prestaciones por desempleo, reguladas en la Ley 35/2010, para prever que serán de aplicación a los ERTE regulados en el real decreto «mientras se cumplan los requisitos exigidos para su reconocimiento». Se trata, pues, de una norma declarativa. Y, de otra parte, la disposición final segunda, que modifica los artículos 1.1 a), 1.3 y 1.4 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto

to, de protección por desempleo, a fin de adecuar esta norma reglamentaria a las nuevas situaciones de desempleo generadas por la reforma laboral en relación a los ERE a través de suspensiones o reducciones de jornada.

6. EFICACIA, SENTIDO Y CONTENIDO DEL PLAN SOCIAL: MUCHO MÁS QUE UN MERO DOCUMENTO

He dejado para el final el comentario de la nueva regulación del llamado «plan de acompañamiento social» (art. 9), pese a que se ha mencionado ya más de una vez. La razón estriba en que, a pesar de ubicarse en el ámbito de la documentación exigible para iniciar y autorizar los despidos, la nueva regulación evidencia una dimensión mucho más trascendente que un tema puramente formal, como hasta el momento aparecía.

En realidad, estamos ante una pieza clave, casi «clave de bóveda», del procedimiento de regulación de empleo pues ofrece una imagen bien diferente de la clásica y formal, la de estar ante un procedimiento especial de autorización por parte de la Administración competente de un número determinado de despidos, a cambio de una adecuada compensación económica –indemnizaciones adicionales a las legales y «prejubilaciones»–. La nueva regulación no solo amplía extraordinariamente el contenido del plan social, que tiene en todo caso una dimensión abierta, sino que, y más importante, refuerza, o lo pretende, su eficacia jurídica y, por tanto, amplía las garantías de efectividad del mismo, pues en la experiencia actual este instrumento apenas si tenía un significado de puro trámite y un contenido muy pobre, en gran medida estandarizado y de alcance monetario básicamente.

El plan social implica abandonar la idea de instrumentación del ERE solo al interés organizativo e individualmente gestionado para compensar al trabajador de los daños por el despido, para abrazar otra imagen del mismo. Una imagen que hace de él el instrumento preferente de planificación realizada mediante una gestión conjunta de los problemas de la organización –participación–, para atender equilibradamente, desde una visión global respecto de todo el personal de la misma, a todo el abanico de intereses implicados, de modo que la ruptura se vea como un mal social y la reorganización, incluida la recolocación, como expresión del bien común al que deben responder los procesos de reestructuración.

El plan social implica un instrumento de planificación de medidas de carácter alternativo al despido, y si bien difiere del objeto básico del proceso de negociación abierto en el periodo de consultas, orientado a fijar si existe o no la causa, el fin perseguido con el proceso y los trabajadores afectados, queda claro que debe constituir un aspecto fundamental de la negociación. En este sentido, conviene tener en cuenta que la obligación de elaborar un plan social es autónoma respecto del deber de negociar, por lo que la falta de acuerdo en el periodo de consultas no exime de presentar un plan social adecuado, de modo que será la autoridad laboral la que determine en cada caso la corrección o no de ese plan al resolver la solicitud de autorización. Su relevancia es destacada por la disposición final tercera de la Ley 35/2010, cuyo apartado 4 exige que la norma ahora proyectada a su amparo preste «particular atención al contenido del plan de acompañamiento social de los expedientes de

regulación de empleo como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad».

Recogiendo este reclamo legal, el artículo 9 comienza estableciendo los supuestos en que el empresario debe acompañar, al solicitar la iniciación del procedimiento, un plan de acompañamiento social; y a continuación recoge, a título ejemplificativo, tres bloques de medidas:

- a) Unas dirigidas a evitar o reducir los efectos del expediente (más que del procedimiento) de regulación de empleo.
- b) Otras orientadas a atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.
- c) Y un tercer grupo de medidas encaminadas a posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

A modo de modelo tipo, los planes sociales contienen –o pueden contener– las siguientes medidas:

1. Medidas sociales adoptadas por la organización para tratar de evitar o reducir los efectos del despido colectivo.
 - a) Medidas de recolocación, ya directas, inmediatas e internas –movilidad– o indirectas y diferidas en el tiempo –bolsas de empleo–, o externas –compromisos de colocación en otras empresas–.
 - b) Medidas de reorganización o modificación de condiciones de trabajo –novación de condiciones como el tiempo de trabajo (por ejemplo contratos de trabajo a tiempo parcial; distribución irregular de jornada); suspensión del contrato–.
 - c) Externalización de servicios, de modo que se promueva desde la organización la creación de nuevas unidades de servicios, ahora autónomas respecto de aquella, que permitan recolocar excedentes de plantilla.
2. Medidas sociales orientadas a atenuar las consecuencias para los trabajadores que resulten afectados por la decisión extintiva. Si las primeras se dirigen a garantizar el empleo, estas se orientan a dar seguridad económica al trabajador individualmente afectado por la decisión extintiva.
 - a) **Medidas de empleabilidad** –cursos de orientación profesional, ayudas para la búsqueda de empleo–.
 - b) El incremento de la indemnización mínima. La indemnización es una consecuencia derivada del mandato legal, por tanto su inclusión en un plan social carece de relevancia.
 - c) Bajas incentivadas: prejubilaciones y jubilaciones anticipadas (art. 161. bis Ley General de la Seguridad Social). Es el segundo conjunto de medidas más aceptadas, pues benefi-

cian al empleador –facilita la transición, rejuvenece plantillas, traslada costes a la Seguridad Social– y a los trabajadores –les permite mantener una seguridad económica elevada, análoga a la que tendrán de mantener el vínculo inmodificado–. Sin embargo, su eficacia y eficiencia para la sociedad son dudosas, por su alto coste, amén de una contradicción irresoluble en un contexto orientado a promover el alargamiento de la vida activa.

d) Excedencias especiales.

e) «Programas o planes de *outplacement* o de recolocación, individual o colectiva.

El resultado es un elenco de medidas que «podrán considerarse» para servir a los objetivos apuntados. Un catálogo que es general (inconcreto) y abierto (ejemplificativo), lo que se justifica porque, como dice el Consejo de Estado, lo que interesa no es que las medidas del plan de acompañamiento social se ciñan con mayor o menor rigor a las recogidas en el texto normativo, sino que dichas medidas respondan efectivamente a la finalidad a la que deben servir, de modo que el plan no se limite a una apariencia de cumplimiento de las formalidades exigidas en la norma. Lo que sí critica el Consejo de Estado, con toda razón, es la falta de la necesaria concreción de prácticamente todas las medidas expuestas, salvo la medida que se pacte en relación con la recolocación de trabajadores por empresas especializadas en ese ámbito, pidiéndose de forma expresa que la concreción y detalle se encuentre en todas las medidas finalmente pactadas, advirtiendo que en caso de que no fuera así:

«El plan de acompañamiento social corre el riesgo de convertirse en una mera formalidad, carente de la eficacia que de él ha de predicarse».

El texto definitivo es más contundente. No obstante, se siguen planteado algunas de las medidas de forma extremadamente abierta, lo que puede llevar a perpetuar la actual práctica administrativa de no exigir un plan social muy concreto, sin que los más significativos compromisos, salvo los monetarios, sean precisados y, por tanto, tengan una mayor credibilidad. En todo caso, debe recordarse que el precepto insiste varias veces en la «garantía de efectividad» de este instrumento. Precisamente, el dictamen del Consejo de Estado se mostró crítico con el artículo 18.2, que regula cómo puede actuar el trabajador en caso de incumplimiento por parte empresarial de otros compromisos adquiridos en el plan social.

7. NORMALIZANDO LA ANOMALÍA: LOS «ERE» EN EMPRESAS CON BENEFICIOS

Dicen que «obras son amores, y no buenas razones». La escasísima valoración que una buena parte de las empresas tienen respecto del «empleo», tanto como un bien económico cuanto un bien social, y por tanto del «personal» a su servicio –o, en la versión más mercantil de todas, «recursos humanos»–, la encontramos en una práctica de gran difusión en el «capitalismo de casino» de nuestros tiempos: las empresas, más si tienen cotización en Bolsa, con grandes beneficios actuales anuncian al mismo tiempo, para dar confianza a los «inversores», el reparto de dividendos –para los accionistas– y bonos –para los directivos–, de una parte, y «reducción de personal», cuánta más

mejor, de otra. Simultáneamente, y a fin de silenciar el monumental escándalo, ético, social y económico que debería suponer tan irracional decisión, se compromete una importante cantidad de recursos –dinero– para procurar el asentimiento de los que verán quebrados sus contratos, de modo que no suponga ninguna pérdida de ingresos relevante para los trabajadores afectados. Tanto estos, como sus representantes, aceptarán la embestida en el más absoluto, o casi, de los silencios, porque a través de las eufemísticas «bajas voluntarias», mediante indemnizaciones millonarias y «prejubilaciones», se acallará el carácter anómalo jurídicamente e irracional socialmente de una decisión de ese tipo. En consecuencia, aceptarán de (muy) buen grado el «sacrificio» que se les propone respecto de sus «empleos» por una suerte de «pensión vitalicia», así que los trabajadores bajan a la arena económica con la actitud de los antiguos gladiadores y su supuesta –no hay una constancia histórica rigurosa– frase «*Ave, Caesar, morituri te salutant*» («Salud, César, quienes vamos a morir te saludan»), de modo que el «emperador» respondía, con sorna, «*Avete vos*» («Que les vaya bien»).

Al margen de la mayor o menor fortuna de la metáfora, así como de su rigor científico, lo auténticamente cierto es que esa situación se ha venido viviendo en nuestro país en innumerables ocasiones, con la agravante de que una parte de esos costes eran asumidos por los ciudadanos, a través de su desplazamiento a la Seguridad Social mediante los convenios especiales a tal fin. En buena medida la revitalización de los apenas comentados «planes sociales» iban en la dirección de acabar definitivamente con esas prácticas, primando la utilización de recursos públicos para crear empleo y no para destruirlo, de modo que se primara la «colocación» –solución social– sobre la «prejubilación» –solución monetaria–. Pero la realidad, una vez más, iba por otro lado. Telefónica hizo estallar por los aires tal programa de racionalización económica y social –búsqueda de las mejores transiciones, individuales y sociales– anunciando un nuevo ERE con miles de extinciones –primero 8.500, luego 6.500–, pese a sus también miles de millones de beneficios –más de 10.000 millones–.

Anuncio que, recientemente, se ha convertido en una realidad jurídica, ante la autorización de tal ERE. Cómo no, este ERE, y su plan social, ha sido previamente convenido plenamente con los representantes de los trabajadores.

¿Cómo puede conciliarse, sin llegar sencillamente a cinismo, en época de crisis financiera y de empleo tan dramática como la que sufre España tan opuestas decisiones? ¿Es social y económicamente sostenible gastar miles de millones en políticas para crear empleos y al mismo tiempo otros tantos para destruirlo, ayudando para ello a empresas con beneficios, que multiplican dividendos y bonos para retribuir al «capital», mientras «despide» al «trabajador», con cargo en parte a fondos públicos? Aunque el Gobierno expresó diferentes puntos de vista, evidenciando lo poco «oportuno» de planteamientos de este tipo en la actual coyuntura, el caso es que el dilata se consumó.

¿Por qué? Porque, se dijo, serán estas empresas las que paguen todo el coste de esa medida jurídica y socialmente irracional, pero económicamente útil para la empresa –le permite liberarse de un buen número de trabajadores, apostando por otras políticas de gestión más rentables (menos trabajadores y mucha más automatización, nuevos trabajadores más baratos...), de modo que ya no podrán desplazar a la Seguridad Social –a todos– una parte del mismo. A tal fin, tendrá que capitalizar, ante el Tesoro Público, el coste de las prestaciones por desempleo. Esta es, precisamente, la exigencia que se ha materializado, al menos formalmente porque queda todavía pendiente del

desarrollo reglamentario, con la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que afecta a las empresas de más de 500 trabajadores –o que cuente con esa plantilla todo el grupo en que la empresa afectada se integra– y que iniciaran su ERE a partir del 27 de abril de 2011. Esta regla de retroactividad garantiza que afecte a Telefónica, la causante de la escandalosa situación que ha llevado a esta regulación.

Las claves de esta regulación legislativa novedosa son:

- a) *Fijación del deber de aportación económica.* Establece el deber de las empresas que realicen despidos colectivos y que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad a efectuar una aportación económica al Tesoro Público, que será fijada reglamentariamente conforme a los parámetros legalmente establecidos –coste del desempleo–.
- b) *Delimitación del supuesto de hecho.* Para ello se exige que concurren ciertos requisitos:
 - Dimensión de la empresa: más de 500 trabajadores –en sí misma o sumados todos los de su grupo empresarial–. Por tanto, se dirige a las empresas de grandes dimensiones, apenas el 3 por 100 de las existentes en nuestro país, si bien la inclusión del grupo como ámbito jurídico-económicamente relevante para el cómputo de la plantilla ampliará un poco este porcentaje. Una vez más una ley laboral «olvida» definir lo que ha de entenderse por grupo empresarial, cuando de todos es sabido que el concepto no está acotado en ninguna norma laboral y menos con carácter global. Como es natural, tampoco sirve el estricto concepto judicial de grupo empresarial, que lo identifica, muy restrictivamente, con el de «unidad económica y sociolaboral» –grupos fuertemente integrados verticalmente–.
 - Número de trabajadores afectados: al menos a 100 trabajadores en un periodo de referencia de 3 años, con independencia del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados. Esto es, se exige un elevado volumen de personal afectado por el ERE, en la medida en que representa el 20 por 100 de la plantilla, aunque, como es lógico, sean menos los trabajadores de más de 50 años los que se incluyan en el ERE.
 - Exigencia de beneficios. Que, aun concurriendo las causas empresariales del artículo 51 del ET, la empresa o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del ERE. Se entiende que hay beneficios cuando el resultado del balance es positivo, conforme a lo previsto en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad. Sin duda este requisito es de los más relevantes, pues es el núcleo del supuesto contemplado, su razón de ser, y, en consecuencia, el más difícil de precisar, pese a su aparente sencillez. Primero porque da a entender que podrían no darse las causas del artículo 51 del ET, al usar el adverbio «aún concurriendo», cuando debía decir «pese a concurrir...», pues la autorización administrativa ha de presuponer en todo caso que concurren las causas, al menos organizativas. Segundo, porque bastará con que los beneficios los tenga el grupo, aunque la empresa directamente afectada esté en una situación de pérdidas, con lo que se abre un riesgo de «contaminar» empresas viables del grupo, hacien-

do de un problema –la viabilidad de una empresa integrada en un complejo económico y organizativo mayor, el grupo– varios problemas –la posibilidad de comunicar las pérdidas, al elevar los costes de la extinción–. Este aspecto de la regulación no hace sino incidir de nuevo en la problemática de la regulación de empleo en los grupos de empresas, en buena medida reactivada y también revisada, tras la nueva regulación reglamentaria, como hemos indicado, así como con la regulación concursal dictada en su día –2003–.

- Que no medie recolocación en un determinado periodo de los trabajadores mayores de 50 años. Puesto que la finalidad –razón de ser– de la norma es evitar la «sinrazón» social y económica que supone dedicar recursos públicos no al empleo sino al despido, la nueva previsión legal exige como presupuesto del deber empresarial de capitalización –aportación– del coste del desempleo que los trabajadores de más de 50 años afectados por el ERE no hayan sido recolocados, interna –en la empresa o en el grupo (mercado interno extenso)–, o externamente (en cualquier empresa en el mercado), «en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo».
- c) *Reglas para el cálculo de la aportación económica.* La previsión legislativa marca algunos criterios para fijar el *quantum* de la aportación, sin perjuicio de remitir la concreción de la misma al desarrollo reglamentario. Así, se dice que se tomará como parámetro de referencia el importe de la protección por desempleo –prestaciones y subsidios– de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el ERE, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. El importe se fijará en función de la escala a establecer el referido reglamento, si bien la ley da tres criterios a tener en cuenta: número total de trabajadores de la empresa –por tanto más cuanto más grande sea la empresa–, número de trabajadores de 50 o más años afectados y cuantía de los beneficios empresariales. La dinámica de esta aportación queda igualmente remitida a la regulación reglamentaria.
- d) *Destino de la aportación:* afectación a políticas activas de empleo. La norma legal no puede sustraerse de la racionalidad que la inspira y atiende al uso de esos recursos que, como parecería obvio, deben dedicarse a financiar políticas activas de empleo para los trabajadores mayores de edad. Sin embargo, con una gran inconsistencia, la norma legal se limita a contemplar tal uso como opción y, por tanto, como algo potestativo para el Gobierno, que es el titular de la potestad reglamentaria a la que se remite la fijación de tal uso. A mi juicio, la norma debió ser mucho más precisa y concreta, de modo que fuese obligatorio el uso para las políticas activas de recolocación.
- e) *Ámbito temporal de la regla:* a partir de 27 abril 2011. La necesidad de incluir a Telefónica ha llevado a dar eficacia retroactiva a la disposición adicional.

En fin, como puede comprobarse, se trata de una regla hecha ad hoc para dar apariencia de legitimidad a situaciones que, a mi juicio, son muy discutibles, no solo éticamente, sino también social y jurídicamente. Telefónica es tan solo la punta del iceberg, que en gran medida seguirá sumergido con esta nueva regulación. Lo dicho, «*Ave Imperator...*».

8. REFLEXIÓN FINAL

Hemos visto a lo largo de este comentario que existe un antes y un después de la regulación reglamentaria de los ERE en relación con el dictamen del Consejo de Estado. La nueva regulación es resultado de una profunda revisión global tanto de enfoques de fondo como de técnica reguladora y de forma en la redacción. El Gobierno ha aceptado, con mejor o peor gana, buena parte de esas críticas-reparos y ha adaptado su regulación. No obstante, algunos problemas de desajuste permanecen, lo que generará importantes problemas aplicativos.

Pero si la pretensión moduladora del Gobierno a través del reglamento, yendo más allá de su función reguladora constitucional, debe ser criticada, no deben tampoco escatimarse ciertas críticas al Consejo de Estado, que en su dictamen ha ido más allá también de su función de órgano consultivo para asumir, siquiera en esta ocasión, un papel más próximo a un legislador, negativo y positivo. Si la pretensión gubernamental de satisfacer las pretensiones sindicales, o al menos ofrecer un guiño sindical para poder facilitar la negociación con ellos de otras materias, merece reparos, también el celo del Consejo de Estado en la defensa de una determinada lectura de la reforma laboral, la que promueve la mayor flexibilidad posible, acorde con las pretensiones de las organizaciones empresariales, merece comentario.

En cualquier caso, es evidente que era y resulta todavía necesaria una profunda revisión de la ordenación de los procedimientos de regulación de empleo. Son muchas las cuestiones que quedan pendientes para una modernización adecuada de esta técnica capital en nuestro sistema de gobierno y gestión de las reestructuraciones de empresa. Aspectos dudosos que hoy adquieren una importante dimensión práctica, como la aplicación o no a las Administraciones públicas de los ERE, negada por unos –en sede doctrinal y judicial–, y afirmada por otros –en sede doctrinal y científica–, la mayor presencia de informes procedentes de servicios expertos en políticas de empleo, como los servicios públicos de empleo en detrimento de la omnipresencia de la ITSS, o la mayor concreción y garantía de los planes sociales, incluso más allá de las empresas de más de 50 trabajadores, son algunas de las cuestiones que siguen mereciendo una diversa atención legislativa.

No obstante, entiendo que la nueva regulación legal y reglamentaria permite ya importantes avances para intentar modificar o renovar una experiencia de varias décadas que, pese a sus bondades, ya resulta obsoleta.

En este sentido, son los actores los principalmente llamados a hacer de nuestra regulación un modelo de gestión socialmente inteligente de las reestructuraciones de empresa. Para ello es necesario abandonar el excesivo monetarismo que domina esta materia entre nosotros, de manera que a cambio de una fácil y relativamente rápida liberación de los contratos de trabajo «sobrantes», se otorga un protección meramente económica –vía indemnización, vía prejubilación–, comprando así en algún modo el «silencio de los corderos».



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0