

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

REESTRUCTURACIONES DE EMPRESAS

XXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE  
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

## MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

### Dirección

Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2010

© Los autores, 2010

ISBN: 978-84-693-6338-6

Imprime: TECHNOGRAPHIC, S.L. Artes Gráficas

Depósito Legal: SE-7331/2010

**MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES**

**REESTRUCTURACIONES DE EMPRESAS**

**XXVIII JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE  
DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES**

Jaime Castiñeira Fernández  
Coordinador

**45**



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE EMPLEO



## ÍNDICE

<b>PRESENTACIÓN</b> .....	11
<b>PRIMERA PONENCIA</b>	
La funcionalidad de los instrumentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial .....	17
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	
<b>COMUNICACIONES</b>	
Crisis de empleo y nueva política jurídica de protección por desempleo para extranjeros .....	91
LUÍS ÁNGEL TRIGUERO MARTÍNEZ	
Las “medidas sociales” en los expedientes de regulación de empleo: el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, desde una perspectiva de Seguridad Social .....	109
ISABEL MARÍA VILLAR CAÑADA	
<b>SEGUNDA PONENCIA</b>	
Planes Sociales .....	127
ROSA QUESADA SEGURA	

**COMUNICACIONES**

Intervenciones administrativas del Estado y de las Comunidades Autónomas para ayudar a trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo .....	177
DAVID MORENO MENDOZA	
La estabilidad en el empleo y los expedientes (extintivos) de regulación de empleo concursales .....	193
IGNASI BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ	
Política Social Europea y representación de los trabajadores y trabajadoras en las organizaciones de dimensión comunitaria.....	209
EMILIA CASTELLANO BURGUILLO	
Empleo público y reestructuraciones: Derecho del Trabajo versus Derecho Administrativo .....	225
JOSÉ MANUEL LÓPEZ GÓMEZ	
Los mínimos legales de protección del trabajador respecto al mantenimiento de condiciones laborales en caso de fusión o absorción de empresa y su posterior homogeneización .....	241
M <sup>a</sup> TERESA VELASCO PORTERO Y ANTONIO LINARES GUTIÉRREZ	

**TERCERA PONENCIA**

Crisis, empresas en reestructuración y Derecho Social al empleo: entre la “razón mercantil” y la “razón laboral” .....	253
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE	

**COMUNICACIONES**

La perspectiva de la diversidad en la configuración de las actuales organizaciones empresariales.....	323
FRANCISCO J. CALDERÓN VÁZQUEZ	

La regulación de empleo en la práctica de los juzgados mercantiles: primeras experiencias.....	337
ANTONIO COSTA REYES	
El régimen indemnizatorio del art. 50.1.b) LET en el ERE concursal y principio de igualdad. Líneas de tendencia en la doctrina judicial y de unificación .....	355
ROSA MARÍA GONZÁLEZ DE PATTO	
Las peculiaridades de la reestructuración de plantillas en las empresas en situación de concurso .....	371
MARÍA LUISA MARTÍN HERNÁNDEZ	
Distintas modalidades de flexibilidad de salida como alternativa a los expedientes de regulación de empleo .....	391
RAQUEL VELA DÍAZ	



## PRESENTACIÓN

Como cada año, se publican en este volumen las actas de las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, en esta ocasión la vigésimo octava, celebradas en Antequera, Málaga, los días 5 y 6 de noviembre de 2009. Para mí, el escribir este prólogo supone una oportunidad especial, ya que he participado de muchas formas, comunicante, ponente, organizador, en el ya largo itinerario de estas Jornadas, comenzado en el lejano 1982 y cuyo futuro depende de la voluntad colectiva de los laboristas andaluces.

Las XXVIII Jornadas se han celebrado con el nuevo formato de organización, con la asunción directa de su gestión administrativa por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y la de los apartados científicos por un Comité, del que han formado parte la Presidenta del CARL, Doña Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y los Profesores Monereo Pérez, Cruz Villalón, Rodríguez-Piñero Royo, Sáez Lara y Castiñeira Fernández, que actuó como coordinador.

Como viene siendo habitual, el objetivo de las Jornadas ha sido reflexionar en común sobre los problemas claves de nuestra disciplina en cada momento, con un espíritu innovador y de anticipación, y con la firme voluntad de trascender localismos de cualquier tipo. En las Jornadas de Córdoba 1982, denominadas “Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo”, se decía que se estaba en momentos críticos de cambio “en los que se trata de adivinar la configuración futura que la disciplina jurídica de las relaciones laborales y sindicales va a ir asumiendo”, palabras que veintiocho años después siguen siendo absolutamente aplicables a nuestra realidad. Con el material aportado en estas Jornadas, que ahora se ofrece a todos los interesados, hemos intentado colaborar diagnosticando problemas y ofreciendo soluciones.

El tema de las XXVIII Jornadas ha sido las “Reestructuraciones de Empresas” y ha contado con tres ponencias. La primera de ellas, “La funcionalidad de los instru-

mentos de protección social en los procesos de reestructuración empresarial”, corrió a cargo del Profesor Doctor Santiago González Ortega, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. De la segunda ponencia “Planes Sociales”, fue responsable la Profesora Doctora Rosa Quesada Segura, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga y de la tercera, “Crisis, empresas en reestructuración y Derecho Social al empleo: entre la “razón mercantil” y la “razón laboral”, se encargó el Profesor Doctor Cristóbal Molina Navarrete, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén.

A pesar de las modificaciones introducidas en la normativa laboral y en la de seguridad social, por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, producto de la tramitación como proyecto de ley del RD Ley 10/2010 de 16 de junio, y por el RD Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, las conclusiones de las distintas ponencias son plenamente aplicables, ya que han estudiado los problemas y han ofrecido soluciones con independencia de normas más o menos coyunturales. Desgraciadamente, tras la mini reforma laboral las cuestiones estudiadas en las ponencias siguen vigentes.

Las Jornadas contaron con una Conferencia de Clausura, “La reestructuración económica y el Derecho del Trabajo”, a cargo del Profesor Doctor Antonio Martín Valverde, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Magistrado del Tribunal Supremo, que desgraciadamente no ha podido publicarse. Igualmente, las Jornadas fueron inauguradas por la Presidenta del CARL, Presidenta del CARL, Doña Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, participando igualmente el Delegado de la Consejería de Empleo de Málaga y el Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Antequera.

Una de las funciones claves de las Jornadas ha sido potenciar la investigación de los jóvenes estudiosos de la disciplina, sin distinción de la Universidad de procedencia, facilitando la realización y presentación de comunicaciones. En las XXVIII Jornadas se ha comenzado a fomentar la presentación mediante posters digitales, para complementar las comunicaciones, con formato preestablecido y con la posibilidad de presentar diapositivas, proyectándose en plasma durante la celebración de las Jornadas. Para canalizar e impulsar las discusiones de las ponencias y comunicaciones se contó con sendos relatores, la Doctora Olimpia Molina Hermosilla, Profesora Titular de la Universidad de Jaén, el Doctor Manuel García Muñoz, Profesor Contratado Doctor de la Universidad Pablo Olavide de Sevilla y el Doctor José Luis Lázaro Sánchez, Profesor Titular de la Universidad de Huelva. Los coloquios fueron de sumo interés, con la participación de numerosos profesores, pero no han podido reproducirse debido a su volumen.

Como forma de incentivar la participación de comunicantes se han entregado por segunda vez un Premio a la mejor comunicación, otorgado a la Doctora Rosa María

González de Patto, Profesora Titular de la Universidad de Granada, por su comunicación “El régimen indemnizatorio del art. 50.1.b) LET en el ERE concursal y principio de igualdad. Líneas de tendencia en la doctrina judicial y de unificación”. El primer accésit ha recaído en el Doctor Antonio Costa Reyes, Universidad de Córdoba, por su trabajo “La regulación de empleo en la práctica de los juzgados mercantiles”, mientras que el segundo accésit se ha concedido a la Profesora Colaboradora de la Universidad de Jaén Isabel María Villar Cañada, por su comunicación “Las “medidas sociales” en los expedientes de regulación de empleo: el Real Decreto Ley 2/2009, de 6 de marzo, desde una perspectiva de Seguridad Social”.

Por último, pero no menos importante, quiero manifestar el agradecimiento al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y a su Presidenta Doña Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, por su generoso patrocinio, especialmente en estos momentos de austeridad, a lo que nos toca corresponder con la excelencia de nuestras investigaciones. Asimismo quiero hacer constar la eficaz organización del CARL, por lo que hay que hacer extensible expresamente el agradecimiento a su personal técnico y administrativo, que han hecho fácil la realización de las XXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

A los lectores corresponde ahora juzgar el interés de las aportaciones de esta obra colectiva.

Jaime Castiñeira Fernández  
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla



# **PRIMERA PONENCIA**



# **LA FUNCIONALIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL**

Santiago González Ortega

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS PRESTACIONES PÚBLICAS FUNCIONALES A LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL (I): LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO
3. LAS PRESTACIONES PÚBLICAS FUNCIONALES A LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL (II): LA JUBILACIÓN
4. HACIA LA JUBILACIÓN A TRAVÉS DEL DESEMPLEO: LA PREJUBILACIÓN

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

Los procesos de reestructuración empresarial son situaciones complejas que, provocadas o justificadas por circunstancias de índole económica, técnica, organizativas o de producción, conducen a la toma de decisiones empresariales de muy variado alcance, del mismo signo que las causas que las justifican, y que pueden tener, y de hecho normalmente tienen, repercusión sobre las relaciones laborales existentes en la empresa. Se recurre al cuarteto citado de causas genéricas porque son las que se recogen en varios artículos del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) como fundamento legítimo de determinadas decisiones empresariales con repercusión laboral; y, particularmente, en los artículos que regulan las manifestaciones más incisivas, desde el punto de vista del trabajador, de las reestructuraciones empresariales como son la extintiva, ya sea individual, plural o colectiva (art. 51 y 52), la suspensiva (art. 47) o la de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 40 y 41).

Pues bien, las reestructuraciones empresariales pueden afectar a dimensiones de la prestación del trabajo en la empresa que no ponen en cuestión, al menos directamente, la permanencia del vínculo jurídico; es el caso de las decisiones relativas a lo que se suele denominar como flexibilidad interna: tiempo de trabajo, movilidad funcional y geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En la medida en que el objeto de esta Ponencia es reflexionar sobre el papel de la protección social en esos procesos de reestructuración, es obvio que estos mecanismos de tutela no pueden ponerse en marcha si no se materializa una contingencia protegida que abra la puerta a la aplicación de las normas y de los instrumentos de la protección social. Una contingencia que está vinculada a situaciones, puede que suspensivas, pero mayoritariamente extintivas de la relación laboral; con la consiguiente exclusión del trabajador activo de la plantilla de la empresa, sea esta exclusión temporal (suspensión) o definitiva (despido); y sean estas exclusiones, a su vez, totales o parciales (reducción de la jornada, por ejemplo). Son las situaciones a que se refiere muy sintéticamente el art. 64.5.a) ET, cuando atribuye al Comité de Empresa el derecho a emitir informe en los casos de “*reestructuraciones de plantilla y ceses, totales o parciales, definitivos o temporales, de aquella*”.

La exclusión del trabajador de la situación de activo, dejando por ahora al margen la forma en que se produce (individual o colectiva, voluntaria u obligada)

---

<sup>1</sup> Es obligado citar, en el inicio de este trabajo, la Ponencia presentada por A. Martín Valverde, al XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Granada en mayo de 2005, y publicada, con el título de “Reestructuración de empresas y protección social” en el volumen *Las relaciones laborales en la reestructuración y en el saneamiento de las empresas*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2006, pp. 1091-1133. El presente trabajo es, desde luego, deudor de muchas de las orientaciones, sugerencias y aportaciones que se contienen en la Ponencia citada.

constituye la materialización de una situación de necesidad consistente en la desaparición, o reducción, de los ingresos que constituirían su fuente principal de subsistencia. Esa situación de necesidad, en la medida en que se considera merecedora de tutela por las normas de Seguridad Social, se convierte en una o varias contingencias protegidas, adscritas al nivel profesional o contributivo del Sistema de Seguridad Social en la medida en que son contingencias vinculadas al desempeño habitual y permanente de una actividad laboral. Ya se materialice esa exclusión en una novación del contrato (el caso de la exclusión parcial por la vía de la transformación del contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial, mediante la reducción de la jornada), en la suspensión del vínculo (una exclusión total pero temporal del trabajador de la situación de activo), o en la extinción de la relación laboral mediante una exclusión plena y definitiva que significa la pérdida de la ocupación.

Frente a estas decisiones empresariales con las consecuencias descritas, el sistema público de protección articula, como se sabe, una respuesta; consistente básicamente, en proporcionar otros ingresos, sustitutivos de los salariales. Pero diferenciando si se trata de una exclusión laboral que coloca al trabajador en situación de desempleo a la búsqueda de una nueva ocupación (se trataría de lo que ya se denomina habitualmente como la transición empleo-desempleo-empleo, cubierta con las prestaciones por desempleo); es decir, la contingencia que el art. 203 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Ley General de Seguridad Social (LGSS, a partir de ahora) caracteriza como la de quienes *“pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo”*. O, si se trata de una exclusión definitiva, no ya del concreto trabajo sino de la vida activa, propiciando otra transición, ahora sin retorno, como es la que se describe con la secuencia actividad-jubilación, constitutiva de la contingencia del mismo nombre; que la LGSS no define pero que hay que entender como la del apartamiento definitivo del mercado de trabajo con ocasión del cumplimiento de una cierta edad<sup>2</sup>.

En una posición intermedia y peculiar se encuentra esa situación en la que se coloca al trabajador en el terreno de la pérdida definitiva del empleo y, por tanto, del desempleo y de la necesidad de un ingreso alternativo, pero como un paso intermedio hacia la exclusión definitiva del mercado de trabajo. Materializando así una secuencia más compleja que las anteriores como es la de trabajo–desempleo (sin pretensión o posibilidad real de ocupación)–jubilación, haciendo pasar al trabajador por ambas contingencias de forma sucesiva; y lo que es más preciso, caracterizándose el tratamiento dado al trabajador justamente por esa secuencia obligada del paso de activo a desempleado y de desempleado a inactivo. Son las

---

<sup>2</sup> La referencia central a estas dos contingencias, así como a la prejubilación, como la forma en que el sistema de protección social afronta las decisiones empresariales con consecuencias laborales de exclusión, ya en Martín Valverde, cit. pp. 1106–1108.

que se denominan como “prejubilaciones”, abarcando con esta denominación, como se verá, una amplia gama de hipótesis y de diseños. Una situación o proceso, el de prejubilación, que, a diferencia de las dos anteriores contingencias, no está prevista como tal en la LGSS (salvo alguna mención aislada en el art.161.bis.2.d), segundo párrafo LGSS) no obstante constituir el instrumento privilegiado de gestión de las reestructuraciones de personal, tanto en términos de reducción de efectivos como de rejuvenecimiento de plantillas, sobre todo en las grandes empresas.

El análisis que se propone aquí tiene tres partes. En primer lugar, se considerará la funcionalidad de la regulación de la contingencia de desempleo respecto de los procesos de reestructuración empresarial; y, en segundo lugar, se hará lo mismo con la contingencia de jubilación. Naturalmente que ese estudio no se orientará a considerar el régimen jurídico de los instrumentos de protección social pública establecidos para los trabajadores que se encuentren en esa situación de exclusión (temporal o definitiva, total o parcial) sea de la empresa, sea de la actividad laboral en su conjunto. De hacerlo así el presente trabajo acabaría siendo un análisis típico no discriminante de la regulación de dos de las prestaciones centrales del sistema: el desempleo y la jubilación. Lo que interesa aquí, en cambio, es una consideración más funcional, en el sentido de en qué forma el diseño, los rasgos básicos y la disciplina jurídica de las prestaciones de desempleo y jubilación favorecen, contradicen o son neutrales en relación con la toma de decisiones empresariales de reestructuración que colocan a los trabajadores en situación de solicitar esa protección pública. Porque es indudable que la forma concreta cómo se regulen esas prestaciones (los requisitos que se exigen, la calidad de la protección que dispensan y su dinámica) condiciona de forma directa la decisión de reestructuración, ya sea unilateral del empresario o, lo que será más habitual en el caso de extinciones colectivas, negociada. La tercera y última parte de la Ponencia se centrará en lo relativo a la que se ha calificado como situación intermedia, esto es, lo asociado a la prejubilación; comenzando por su identificación, su organización más habitual y su aprovechamiento tanto de las posibilidades laborales como, en lo que aquí interesa, de protección social. Lo que, sin duda, abocará a una nueva consideración del desempleo y de la jubilación como contingencias protegidas pero contempladas ahora de forma unitaria en la secuencia temporal característica de la prejubilación.

## **2. LAS PRESTACIONES PUBLICAS CONECTADAS CON PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL (I): LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO**

### **2.1. Situación legal de desempleo y reestructuración empresarial**

En principio, las prestaciones de la Seguridad Social no parecen estar concebidas, con carácter general, para ser funcionales a las decisiones empresariales de

reestructuración de plantillas; y, hasta cierto punto, es lógico que así sea, si se atiende a su función constitucional de tutelar situaciones de necesidad (función social o de protección). Concretamente, en cuanto al desempleo, lo que la LGSS protege es la contingencia de la pérdida o reducción del empleo, temporal o definitiva. Al margen de la causa o de las circunstancias que han provocado esa pérdida ya que es más importante la voluntariedad o involuntariedad de la pérdida de la ocupación; como un rasgo legitimador de la demanda de tutela, asociado además a la idea, propia del seguro privado, de la inexistencia de participación del asegurado en la producción del siniestro. Así se desprende de los apartados 2 y 3 del art. 203 LGSS, cuando afirman que *“el desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario”* o que *“el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción”*. La única precisión que se encuentra en estos dos apartados se refiere al desempleo parcial, en relación con el cual la LGSS exige que se trate de una reducción de cierta relevancia (como mínimo una tercera parte de la jornada ordinaria de trabajo) y que esa reducción sea temporal<sup>3</sup>.

Lo cierto es que, para la LGSS, la causa del desempleo puede ser muy variada. Así se desprende del art. 208 LGSS que recoge la relación de todas las posibles situaciones legales de desempleo, siendo la ubicación del trabajador en cualquiera de ellas requisito indispensable para obtener la protección correspondiente. En ese listado existen causas últimas de la situación legal de desempleo tan distintas como la que se refiere a la *“muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato”* (art. 208.1.1),b) LGSS), o la que se concreta en *“la resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40,41.3, 49.1.m. y 50 del Estatuto de los Trabajadores”* (art. 208.1.1),e) LGSS), pasando por la extinción de la relación laboral por *“expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato”* (art. 208.1.1),f) LGSS), o la *“resolución de la relación laboral, durante el periodo de prueba”*(art. 208.1.1),g) LGSS). Pero mucho más relevante, como se ha dicho, para generar el derecho a la prestación y para que la protección por desempleo pueda otorgarse es que el cese en el trabajo no sea voluntario (art. 208.2.1) LGSS). Aunque haya matizaciones en el sentido de que no se considera tal (art. 208.1.1),c) LGSS) el despido disciplinario (diferenciando entre voluntariedad e imputación); o también la resolución del contrato por iniciativa del trabajador cuando se debe a un incumplimiento grave del empresario, es consecuencia del rechazo a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, o se trate de una

---

<sup>3</sup> Se volverá más adelante sobre estas exigencias que la LGSS impone sobre el desempleo parcial por reducción de la jornada.

decisión de la trabajadora de abandono definitivo del trabajo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género.

Que la prestación de desempleo no se organice, en principio, como una protección social prioritariamente funcional a las reestructuraciones empresariales no quiere decir que esta circunstancia no tenga presencia alguna en el repertorio de causas extintivas del contrato que generan la situación legal de desempleo y, en consecuencia, la protección social. Ciertamente, la primera de las situaciones legales de desempleo contempladas por el art. 208 LGSS es, justamente, la de la extinción de la relación laboral “*en virtud de expediente de regulación de empleo o resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal*” (apartado 1.1), a). Es decir, situaciones legales de desempleo consecuencia de decisiones empresariales de reestructuración con efectos en el nivel de empleo de la empresa. Otras situaciones legales de desempleo pueden también vincularse sin duda a procesos de reestructuración empresarial.

Como es el caso evidente del despido basado en causas objetivas, regulado en el art. 52 ET (art. 208.1.1), d) LGSS). Más específicamente en el punto en el que justifica la decisión extintiva empresarial en la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo como consecuencia de la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; justamente las mismas que pueden motivar un despido colectivo, regulado por el art. 51 ET, que materializa las decisiones típicas de reestructuración empresarial que afectan a un número relevante de trabajadores. La identidad de las causas hace confluir materialmente ambas decisiones extintivas en la condición de procesos o fenómenos de reestructuración empresarial. Sólo diferentes en cuanto al número de trabajadores afectados o a la dimensión misma de la empresa, pero iguales en cuanto a las causas, las medidas adoptadas y sus consecuencias sobre el empleo. Por tanto, en lo que aquí interesa (esto es, la funcionalidad de la protección por desempleo respecto de los procesos de reestructuración empresarial), es indiferente que la extinción del contrato o de los contratos de los trabajadores afectados se produzca por la vía del art. 52 o del art. 51 del ET; en ambos casos son situaciones derivadas de circunstancias que afectan a la empresa y que tienen como consecuencia la exclusión de la plantilla de uno, varios o muchos trabajadores.

Igualmente pueden relacionarse con procesos de reestructuración empresarial, aunque no sean los típicos, situaciones legales de desempleo (con derecho, pues, a la protección) como la ya citada de la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual. Esta hipótesis, que sólo tolera la legitimidad de la extinción del contrato si la actividad misma cesa (como impone, a sensu contrario, el art. 44 ET, en relación con los supuestos de obligada sucesión empresarial), también materializa una decisión de cierre o de finalización de la actividad empresarial (una reestructuración más que plena, llegando a la desaparición de la empresa) con repercusión laboral como es la extinción de los contratos, ya se trate de una decisión libre del propio empresario (los casos de jubilación o incapacidad) o de sus herederos

(el supuesto de muerte del empresario individual). Finalmente, la situación legal de desempleo derivada de la resolución voluntaria del contrato de trabajo por parte del trabajador en los casos de modificación sustancial de condiciones de trabajo, adoptadas por el empresario (en los márgenes, con los requisitos y con las variedades establecidas en los arts. 40 y 41 ET), también es una decisión extintiva vinculada a procesos de reestructuración, aunque aquí la consecuencia extintiva del contrato sea indirecta, a partir del rechazo del trabajador a aceptar tales cambios, pero sobre la base de que el empresario, a su vez acudiendo a una de las cuatro motivaciones típicas, ha tomado la decisión y ha impuesto (si no hay consenso con la representación de los trabajadores) una modificación de las condiciones de trabajo.

Mucho más claramente vinculada a procesos de reestructuración empresarial es la situación legal de desempleo consistente en la suspensión de la relación laboral *“en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal o en el supuesto contemplado en la letra n), del apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores”* (art. 208.1.2) LGSS). Dejando al margen este último caso particular (que se relaciona con la decisión de la trabajadora de abandonar temporalmente su empleo como consecuencia de ser víctima de la violencia de género), lo cierto es que la LGSS sólo acepta, de forma restrictiva, que la situación legal de desempleo con derecho a protección en los casos de suspensión de la relación laboral pueda ser la adoptada en virtud de expediente regulación de empleo<sup>4</sup> o de resolución judicial de efecto equivalente. Al margen de lo limitativo de la regulación (porque excluye que los acuerdos suspensivos de tipo individual, incluso por causas vinculadas al funcionamiento de la empresa, puedan generar el derecho a la prestación por desempleo), lo cierto es que demuestra claramente la conexión directa existente entre esta concreta protección por desempleo y los procesos de reestructuración empresarial. Algo semejante puede afirmarse, si bien el artículo es poco explícito al respecto, en relación con lo previsto en el art. 208.1,3) LGSS, cuando también considera situación legal de desempleo la reducción de la jornada de trabajo en al menos una tercera parte; estableciendo el art. 203.3 LGSS que *“se entenderá por reducción temporal de la jornada ordinaria aquella que se autorice por un periodo de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornada definitivas o que se extiendan a todo el periodo que resta de la vigencia del contrato”*. Dejando, de nuevo, para más tarde un comentario algo más detallado de esta previsión legal, lo cierto es que también esta concreta situación legal de desempleo se vincula por la LGSS, para ser considerada tal, a un proceso de reestructuración em-

---

<sup>4</sup> Sea cual sea el contexto del expediente, en el sentido de que puede tratarse de una suspensión negociada entre el empresario y los representantes de los trabajadores (art. 51.5 ET), o de una autorización administrativa para suspender los contratos en caso de falta de acuerdo (art 51.6 ET); así se prevé en el art. 20 del RD 43/1996, de 19 de enero, reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

presarial que se articula a través de un expediente regulación de empleo de duración limitada en el tiempo.

En conclusión, pues, si bien no puede afirmarse que la regulación de la prestación por desempleo se articule esencialmente a partir de la hipótesis de pérdidas (definitivas o temporales) o reducciones del empleo previo consecuencia de un proceso de reestructuración empresarial, es indudable que muchas de las hipotéticas situaciones legales de desempleo tuteladas sí manifiestan esa conexión o, más aún, están recogidas en el listado de la LGSS en función precisamente de ella. Lo anterior se evidencia en los datos del Servicio Público de Empleo Estatal<sup>5</sup>, según los cuales, en 2009 se han autorizado 13.884 expedientes de regulación de empleo que han afectado a 419.918 trabajadores; expedientes que ha consistido en medidas de extinción o despidos colectivos (2.931 expedientes), suspensiones de los contratos (9.416 expedientes) y reducciones de jornada (1.537 expedientes)<sup>6</sup>.

Todo ello al margen de que la protección por desempleo, considerada habitualmente como el núcleo de las políticas pasivas, en el sentido de reparadoras de la pérdida del empleo y no específicamente dirigidas a fomentar ocasiones de ocupación, esté experimentando transformaciones muy relevantes que le atribuyen una función activadora del empleo, al vincularla a acciones formativas, de recualificación y de reajuste profesional, y al condicionar la tutela a la disponibilidad y la predisposición del trabajador a reintegrarse en el mercado de trabajo sobre la base de un incremento de su empleabilidad obtenida a partir de la combinación eficiente de políticas activas y pasivas<sup>7</sup>. Pero lo que es indudable, no obstante, es que estas po-

---

<sup>5</sup> [www.mtin.es](http://www.mtin.es) y, en concreto en la parte referida a empleo. Resulta llamativo el alto número de expedientes de regulación de empleo con consecuencias suspensivas, si bien ello puede ser debido al fomento de tales expedientes mediante importantes bonificaciones y ventajas prestacionales para los trabajadores, como solución menos traumáticas de las situaciones de dificultades o crisis empresariales, por el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

<sup>6</sup> Con un listado de causas alegadas entre las que destacan las organizativas o de producción (6.656 expedientes), las económicas (6.248 expedientes), seguidas, a una gran distancia por las causas de fuerza mayor y técnicas (624 y 304 expedientes, respectivamente); [www.mtin.es](http://www.mtin.es).

<sup>7</sup> Sobre estos aspectos, P. Menéndez Sebastián. “Fomento del empleo versus protección del desempleo. La experiencia alemana, francesa e italiana”, y N. Serrano Argüelles. “Criterios económicos versus criterios jurídicos en la protección por desempleo y generación de empleo”, ambas en el volumen Desempleo, XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Oviedo en mayo de 2003, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, págs. 477-498 y 207-238, respectivamente. También, P. Martín, “La activación de los desempleados en el sistema francés: ¿flexiseguridad o *welfare to work*?”, Relaciones Laborales, 15-16/2007, pp. 221 y ss. y J.L. Monereo Pérez, Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico. Tirant lo Blanch, 2003, pp. 39-57, quien se refiere ampliamente a las tendencias actuales de la protección por desempleo orientada no sólo a la tutela pasiva sino a la inserción profesional del trabajador, merced a un enfoque proactivo y que exprese una más adecuada coordinación entre las políticas activas y pasivas.

líticas pasivas<sup>8</sup> han desempeñado, y desempeñan, una función reguladora y estabilizadora frente a los ciclos económicos y, lo que es más relevante, como elemento de ayuda a las empresas para que puedan afrontar las crisis de empleo que puedan afectarles. De manera que la protección por desempleo se ha traducido, en muchos casos, en una forma de socialización de los costes empresariales de adaptación a las exigencias del mercado, financiando indirectamente (o eliminando tensiones y cargas económicas de los procesos, lo que viene a ser lo mismo) las decisiones empresariales de reestructuración<sup>9</sup>.

## **2.2. La eficiencia de la conexión entre decisiones de reestructuración empresarial con impacto en el empleo y situación legal de desempleo**

Según lo dicho, puede afirmarse, pues, que una parte importante de la función asignada a la prestación por desempleo es proporcionar a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración empresarial un ingreso alternativo al salario que dejan de percibir, por más que pueda discutirse si ésa es su función o si debe desempeñarla no sólo como una herramienta de atenuación de conflictos y de ahorro de costes, sino coordinada con otros objetivos de activación del empleo y sobre la base de un diseño prestacional diferente al actual y acorde con esa variable y múltiple función asignada. En todo caso, aceptando inicialmente que la prestación por desempleo cumple (otra cosa es cómo deba hacerlo, lo que se refiere a una dimensión más general) esa función de acompañamiento de las crisis empresariales cíclicas de empleo, lo que hay que considerar, todavía en el plano de la conexión entre reestructuración empresarial y situaciones legales de desempleo, es si esa funcionalidad es adecuada, plena y eficiente; en referencia por ahora sólo a la situación protegida.

Sin duda alguna que lo es en cuanto al origen de la pérdida o reducción del empleo. En los casos de reestructuración empresarial es claro que dicha circunstancia suele venir impuesta al trabajador y actúa pese a su voluntad contraria. El que la protección sólo se dispense cuando la pérdida del empleo es involuntaria no constituye, por tanto, ningún obstáculo para que la protección social cumpla el papel de amortiguador de las consecuencias negativas de las decisiones empresariales, haciéndolas menos gravosas para los trabajadores y, en consecuencia, más asumibles por éstos<sup>10</sup>. Porque lo es tanto el despido colectivo impuesto sobre la base del ex-

---

<sup>8</sup> También calificadas como “defensivas”, Monereo Pérez, cit. pp. 42 ss.

<sup>9</sup> En torno a estos temas, cfr. Monereo Pérez, cit. p. 45

<sup>10</sup> Dejando al margen, por ahora, la problemática, abordada jurisprudencialmente y legalmente, de la hipotética voluntariedad del acuerdo extintivo adoptado a partir de las previsiones contenidas en el convenio colectivo o en un contexto de regulación colectiva del empleo.

pediente de regulación de empleo regulado en el art. 51 ET, como los despidos individuales o plurales determinados por el empresario sobre la base del art. 52, c) ET, o las extinciones del contrato consecuencia de la incapacidad, jubilación o muerte del empresario individual. A lo dicho contribuye también el que decisiones voluntarias del trabajador de renuncia al empleo en el contexto de procesos de reestructuración empresarial (resolución por modificación sustancial de condiciones de trabajo, como caso típico) también se consideren, a efectos de la protección por desempleo, como involuntarias<sup>11</sup>.

Algo semejante, aunque no completamente, puede decirse en relación con la suspensión del contrato. Según se ha visto, el art. 208 LGSS considera situación legal de desempleo protegible la suspensión o desactivación temporal del vínculo jurídico laboral, siempre que la decisión se haya adoptado, precisamente, en el marco de un expediente de regulación de empleo. La plena funcionalidad de la protección prevista en el art. 208 LGSS deriva del hecho de que el art. 47 ET no permite, con base en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, otro tipo de decisión suspensiva que no se adopte en un expediente de regulación de empleo; así se desprende del tenor literal de los arts. 47 ET y 20 del RD 43/1996, de 19 de enero, reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. No hay opción, pues, para decisiones empresariales suspensivas de reestructuración adoptadas de forma unilateral, al margen de todo expediente de regulación, como es el caso de los despidos objetivos por amortización que cumplen una función igual a la de los despidos colectivos adoptados a partir del acuerdo o la aprobación de un expediente de regulación de empleo. Al no haber esa alternativa, la funcionalidad de la protección por desempleo respecto de este tipo de decisiones empresariales con repercusión en el trabajo, permanece intacta<sup>12</sup>. Otra cosa es que se considere adecuado que suspensiones que afecten a varios trabajadores pudieran adoptarse por el empresario con un mecanismo similar al del art. 52,c) ET, esto es, al margen de un expediente de regulación de empleo<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Así, por ejemplo, la disp. final 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de reformas en materia de Seguridad Social, establece, con carácter general, que las jubilaciones anticipadas, causadas entre el 1 de enero de 2004 y la entrada en vigor de la propia ley (el 1 de enero de 2008, conforme a su disp. final 6ª), y motivadas por ceses de la relación laboral producidos en virtud de expedientes de regulación de empleo son involuntarias; debiéndose revisar las denegaciones de jubilaciones anticipadas solicitadas por trabajadores en esa situación por considerar voluntario su cese en el trabajo.

<sup>12</sup> Confirmando que no caben suspensiones colectivas impuestas al margen de un expediente de regulación de empleo, la Sentencia del TCo 213/2005, de 21 de julio.

<sup>13</sup> Lo que, al igual que los despidos, podría estar justificado; incluso más aún, incentivado con preferencia al despido objetivo, que podría ser elegido como medida empresarial de reestructuración que no requiere expediente alguno, como alternativa a una suspensión colectiva que siempre lo exige. Se trataría de una especie de suspensión por causas objetivas.

En cuanto a la protección por desempleo en los casos de reducción de jornada, como se ha visto antes (art. 208.1, 3) LGSS), esa reducción sólo está tutelada desde el desempleo si, entre otros requisitos, tiene una cierta entidad mínima (una tercera parte, al menos, de la jornada); lo que, en principio, no es criticable puesto que es una opción legal de concentrar la tutela en situaciones de pérdida relevante del trabajo, y un tercio del tiempo constituye desde luego una reducción significativa que puede convertirse en un umbral de referencia. Otras exigencias, ahora contenidas en el art. 203 LGSS, son las siguientes: de una parte, el que la reducción sea necesariamente temporal, excluyendo tanto las *“definitivas como las que se extingan a todo el periodo que resta de la vigencia del contrato”*; de otra parte, el que se trate de una reducción autorizada en expediente de regulación de empleo.

Respecto de lo primero, parecería que no se justifica una protección reservada a la reducción temporal ya que el impacto de una reducción permanente o definitiva, en términos de protección por desempleo, será mucho más intensa (y, por tanto, más merecedora de tutela) que una reducción temporal que puede abarcar periodos muy limitados. La razón de fondo puede encontrarse en el hecho de que, mientras una reducción temporalmente limitada de la jornada de trabajo por causas relacionadas con la empresa (las cuatro típicas ya repetidamente referidas) puede ser adoptada en un expediente de regulación de empleo, no sucede lo mismo con una reducción permanente o definitiva. Y ello se debe al principio de voluntariedad del trabajo a tiempo parcial que prohíbe (como lo indica expresamente el art. 12.4.e) ET) la conversión de un trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial sin el concurso de la voluntad del trabajador; consentimiento que no será preciso si se trata de un expediente de regulación de empleo negociado o debidamente autorizado, pero siempre temporal.

De aquí también la segunda exigencia, que es lógica, esto es que sólo se protejan las reducciones de jornadas autorizadas a través de dicho instrumento, se llegue al mismo mediante una negociación previa o directamente ante el fracaso de la misma<sup>14</sup>. Aunque hay que señalar, no obstante, que la posibilidad de una negociación previa que desemboque en una autorización administrativa o la autorización administrativa misma en caso de desacuerdo en el periodo de consultas, siendo regla habitual en relación con los despidos colectivos (art. 51 ET) o los traslados (art. 40 ET), no lo es en cuanto a la reducción de la jornada, que no supone extinción del contrato sino sólo una modificación sustancial del mismo, aunque sea temporal. Pero, de acuerdo con el art. 41, la modificación colectiva sólo es posible a partir del acuerdo con los representantes o, en su defecto, por decisión del empre-

---

<sup>14</sup> En el sentido de que la reducción temporal de la jornada sólo puede imponerse, conforme a la actual versión del art. 12 ET, por medio de un expediente regulación de empleo, la Sentencia del TCO 2134/2005, de 21 de julio, que, además, considera constitucional (en el sentido de que no vulnera el art. 14 CE) el que el desempleo se prevea sólo para reducciones temporales y no definitivas de la jornada de trabajo.

sario; sin que se prevea autorización administrativa alguna. De manera que el art. 203.3 LGSS ha incorporado un nuevo supuesto de autorización en relación con la decisión empresarial con repercusión colectiva de reducir la jornada; sin que pueda saberse a ciencia cierta, por las razones antes dichas, si la remisión al procedimiento de autorización típico de la extinción o de la suspensión del contrato (regulado por el RD 43/1996, de 19 de enero) significa igualmente admitir que es necesaria una negociación previa que, al igual que en los otros casos, puede desembocar en un acuerdo que será autorizado o en una autorización directa si no hay acuerdo previo. O, si por el contrario, la exigencia de la autorización excluye la necesidad de negociación previa. Siendo razonable la primera de las opciones que permite, como un procedimiento más flexible y funcional, acordar en la empresa la decisión modificativa que deberá ser autorizada por la autoridad laboral<sup>15</sup>.

No obstante lo dicho, algunas disfuncionalidades es posible detectar en cuanto a esta cuestión de la conexión entre situación legal de desempleo protegida y procesos de reestructuración empresarial. En primer lugar y empezando por esta última cuestión, la norma del desempleo no prevé situaciones como la de una reestructuración empresarial articulada a través de un expediente de regulación de empleo que apruebe una reducción de la jornada de alcance inferior al tercio mínimo exigido por el art. 208.1,3) LGSS. Nada impide, parece, este tipo de decisiones ya que la ley no impone, en cuanto a la reducción de jornada colectiva autorizada, un mínimo de reducción; de forma que ésta puede ser de cualquier dimensión temporal, no llegando o superando el tercio de referencia del art. 208 LGSS. Si esto es así, los trabajadores afectados por autorizaciones de reducción de jornada inferiores a un tercio se encontrarán en una situación de desprotección desde el punto de vista del desempleo; lo que, incluso, puede forzar a reducciones artificialmente más amplias con el objetivo de acogerse a la protección social.

Podrá argumentarse, como antes se ha hecho, que en esos casos la reducción será cuantitativamente escasa y que, en consecuencia, no se justifica la protección por desempleo. Pero, sin duda, esta regulación tiene una repercusión negativa para los trabajadores afectados que no tendrán derecho a protección económica alguna y para los cuales la regulación del desempleo es disfuncional respecto de su situación de desempleo parcial. Aunque, quizás, ello pueda llevar a que el empresario

---

<sup>15</sup> En este sentido, I. González Del Rey Rodríguez, *La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 47-48, quien subraya cómo, no estando contemplada la reducción de jornada como una de las alternativas en el RD 43/1996, de 19 de enero, sin embargo, esta misma norma, a través de su disp. adic. Única, modifica el RD 625/1985, de 2 de abril, reglamento de la protección por desempleo, añadiendo como situación legal de desempleo, precisamente, la de reducción de la jornada, impuesta por el empresario en virtud de autorización administrativa de la autoridad laboral “*en expediente de regulación de empleo*”. Sobre estos temas, también, X. Sola Monells, “La situación legal de desempleo por reducción de jornada”, en el volumen *Desempleo*, cit. pp. 1415-1436.

sólo recurra a esta fórmula si se trata de medidas de entidad suficiente, al no contar, si son de dimensión inferior, con el consenso de los trabajadores que se opondrían, debido, entre otras razones, a la carencia de protección por desempleo. En todo caso, siendo la protección proporcional a la pérdida del salario en el caso del desempleo parcial (art. 211.4 LGSS), ni siquiera razones de coste para el sistema público justifican esa limitación. Una posición más flexible, que permitiera reducciones de jornada con protección por desempleo aunque afecten en menor medida del tercio a la jornada, seguramente sería más funcional; de forma que, concebida la reducción de jornada como un instrumento de adaptación a las crisis o, más genéricamente, a las exigencias del mercado, esta medida se vería apoyada desde el sistema público de protección tutelando a los trabajadores afectados en proporción a la reducción del salario experimentada, con independencia de la entidad de la reducción<sup>16</sup>.

Pero el aspecto en torno al que se plantea como mayor intensidad la crítica a la conexión entre las medidas de reestructuración empresarial y la regulación de la situación legal de desempleo es el de la voluntariedad de la pérdida de la ocupación. De entrada, hay que decir que se trata de una insistencia legal en una dimensión de la protección por desempleo de carácter contradictorio. Sobre todo si se contempla la prestación desde una perspectiva amplia y se tienen en cuenta las orientaciones más recientes en relación con la dinámica de las transiciones en el mercado de trabajo. Conforme se viene sosteniendo desde hace algunos años y el Libro Verde ha recogido<sup>17</sup>, la flexibilidad del mercado de trabajo remite a una garantía (que es la aportación de seguridad en esta búsqueda de equilibrios, más que de conservación del empleo concreto), de la profesionalidad y del estatus del trabajador. De forma que deben articularse mecanismos que garanticen las transiciones de la situación de activo a la de desempleado o inactivo (conciliación de la vida laboral y personal, periodos formativos, etc.), así como el paso de tales situaciones de nuevo a la actividad por reingreso del trabajador en el mercado de trabajo. Y, entre otros instrumentos de garantía (mayor amplitud y flexibilidad de las licencias por formación o por cuidado de hijos o mayores; ventajas prestacionales asociadas a estas situaciones, no sólo la atribución de periodos ficticios de cotización; prestaciones for-

---

<sup>16</sup> Debe recordarse que, en el caso de la jubilación parcial, se permite una reducción de la jornada (siendo tutelada la parte reducida por la prestación proporcional de jubilación de hasta un 75 por 100, (e, incluso, antes de la reforma de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas de reformas de la Seguridad Social, en un porcentaje superior). Es decir que la jornada residual tiene que tener una dimensión mínima del 25 por 100. Pensar, por asimilación, en una protección del desempleo parcial por reducción de jornada que sea, como mínimo del 25 por 100, acompañaría mejor una regulación con otra, acogería más supuestos de reducción y dejaría un margen de actividad notable (un 75 por 100), pero con un descenso también relevante de la ocupación.

<sup>17</sup> Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI. Comisión de las Comunidades Europeas, 22 de noviembre de 2006 (COM (2006) 708 final).

mativas de diversos signo, orientación profesional individualizada<sup>18</sup>, etc.), indudablemente debe jugar un papel central el aseguramiento de un ingreso de sustitución de las rentas del trabajo que se dejan de percibir. Un ingreso (llámese prestación por desempleo, prestación de garantía de recursos, o salario ciudadano) que seguramente deberá estar condicionado al despliegue individual de iniciativas de mantenimiento de la profesionalidad (formación o empleabilidad) o de retorno a la actividad (de manera central, la disposición u obligación de aceptar ofertas de colocación adecuada y suscribir el compromiso de actividad)<sup>19</sup>.

En este marco, la involuntariedad en la pérdida del empleo carece de sentido ya que muchas de esas transiciones pueden, y serán normalmente, fruto de la opción personal del trabajador. Se podrá sostener, relacionando estas reflexiones con el tema de las reestructuraciones empresariales, que ésta suelen tener efectos destructores de empleo no queridos por los trabajadores afectados. Pero la exigencia legal de involuntariedad de la pérdida de empleo no está vinculada a la constatación de que el desempleo es normalmente, como así sucede, involuntario para el trabajador, sino más bien, a la idea, muy arraigada en algunas normas dispersas de la Seguridad Social (la reguladora del accidente de trabajo en casos como los de autoleonismo o suicidio, o la antiguamente derivada del rechazo de tratamiento médico en conexión con incapacidad temporales o definitivas) según la cual el sistema público no puede proteger a quien es causante de su propia situación de necesidad, al margen de que exista o no realmente. Como una forma de excluir de la protección los comportamientos especulativos del trabajador asegurado que, con su sola decisión de dimitir de su trabajo, habría generado la contingencia protegida y la subsiguiente tutela. En todo caso, los nuevos enfoques transicionales rechazan esta criba genérica para sustituirla por otras herramientas de control de la situación del trabajador y de incentivo o fomento del retorno a la actividad.

Volviendo ahora a la hipótesis de las reestructuraciones empresariales, ciertamente, como se ha aceptado, la mayoría de los casos se tratará de decisiones empresariales negociadas con los representantes o autorizadas por la autoridad laboral,

---

<sup>18</sup> Sobre estas acciones formativas como parte de la prestación por desempleo, hay que remitirse al art. 206.2 LGSS.

<sup>19</sup> A este respecto, pueden verse las aportaciones al XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, publicadas en el libro *Desempleo*, cit.; más concretamente, D. Montoya Medina y C. Blasco Jover, "El nuevo compromiso de actividad y la redefinición del concepto de colocación adecuada tras la Ley 45/2002: los despropósitos de una reforma en la protección por desempleo" (pp. 681-700); G. Fabregat Monfort, "La noción de colocación adecuada tras la Ley 45/2002, a propósito de la potestad del servicio público de empleo en la delimitación de la adecuabilidad de una ocupación" (pp. 779-795); R. Tascón López, "Consideraciones acerca del renovado concepto de oferta adecuada de colocación" (pp. 797-819); y M. Espín Saez, "El compromiso de actividad o el control de la voluntad: un cambio de modelo" (pp. 911-930). También, A. Blasco Pellicer, *La reforma del sistema de protección por desempleo y de los salarios de tramitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 76.

pero, en todo caso, impuestas, al menos formalmente, a los trabajadores individualmente afectados. Pero ello no excluye una gestión empresarial de la crisis articulada mediante acuerdos individuales con los trabajadores (no necesariamente fraudulentos en cuanto alternativos al expediente de regulación de empleo o a la negociación), o mediante un cuadro general al que los trabajadores se adscriben voluntariamente, ya se establezca este marco en el convenio colectivo o en la negociación específica desarrollada en el periodo de consultas que prevén los arts. 41 y 51 ET. Se trata de situaciones que no han dejado de plantear problemas, sobre todo en los casos de extinción del contrato mediante pactos voluntarios e individuales de prejubilación o de jubilación anticipada pero que también tienen lugar en relación con decisiones de suspensión de los contratos o, incluso, de reducción de la jornada<sup>20</sup>.

En efecto, hasta la Sentencia del TS, en unificación de doctrina, de 25 de octubre de 2006 (RJ 2006/8262), los acuerdos de extinción de los contratos, en el contexto de un plan de prejubilaciones, se consideraban decisiones extintivas por mutuo acuerdo, lo que obligaba a acceder a la jubilación anticipada que aplicaba coeficientes reductores de la cuantía de la pensión menos favorables (el 8 por 100 fijo por año de anticipo, establecido en la disp. transit. 3ª LGSS, para la jubilación anticipada transitoria, que puede ser plenamente voluntaria, sobre la que luego se volverá) que los aplicables en el caso de que el acceso a la jubilación anticipada procediera de una pérdida involuntaria del empleo (requisito de la jubilación anticipada ordinaria del art. 161 bis LGSS, con coeficientes más bajos y por tanto con un resultado más favorable a los trabajadores). Así lo establecieron numerosas Sentencias del TS, entre las que puede citarse la de 30 de enero de 2006 (RJ 2006/4350)<sup>21</sup>. En cambio, la Sentencia de 25 de octubre de 2006, matiza ese criterio, diferenciando si la extinción del contrato de trabajo, en la fase de prejubilación, se ha producido simplemente en el marco de las previsiones del convenio colectivo, como una oferta a los trabajadores para que acepten voluntariamente acogerse a dicha prejubilación, evitando el expediente de regulación de empleo (en cuyo caso, la extinción se considera voluntaria, derivada del mutuo acuerdo). O si, en cambio, se trata de una aceptación por parte del trabajador de las ventajas pactadas colectivamente en el contexto de una decisión extintiva empresarial en el marco de un expediente de regulación de empleo; considerando que, en este caso, la existencia de un expediente de regulación de empleo y la autorización al empresario para imponer extinciones de los contratos de trabajo ya hace involuntaria dicha extinción, individualmente considerada, aunque se

---

<sup>20</sup> Así lo pone de manifiesto, con cita de supuestos concretos, Sola Monells, cit. p. 1420.

<sup>21</sup> Sobre estas Sentencias, C. Gala Durán, “Comentario de la STS de 30 de enero de 2006 (recurso núm. 5320/2004): acuerdos de prejubilación, involuntariedad en el cese y determinación de los coeficientes reductores aplicables en el caso de la jubilación anticipada”, *Iuslabor* 3/2006 y M. García Muñoz. “El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la autoridad laboral: ¿extinción por despido colectivo o mutuo acuerdo de las partes?”, *Temas Laborales*, 82/2006, pp. 205-222.

haya articulado como una aceptación voluntaria del trabajador a someterse a dicho expediente, perdiendo en consecuencia su puesto de trabajo.<sup>22</sup>

Como puede apreciarse, una interpretación flexibilizadora de la exigencia de involuntariedad que se alinea con la reclamación, más global, de la supresión de la involuntariedad como requisito previo indispensable para generar el derecho a la prestación por desempleo. Lo mismo puede decirse de la suspensión temporal de los contratos o de la reducción de la jornada. Indudablemente, esta reducción, adoptada en el marco de un expediente, es una decisión empresarial de reestructuración; pero no es tan claro que propuestas de reducción de entidad relevante (más del tercio de la jornada), con carácter temporal (respetando, por tanto, la exigencia legal) pero voluntariamente aceptadas por algunos trabajadores no puedan ser también una forma de reestructurar la empresa. La aceptación voluntaria de la jubilación parcial (y de la reducción de la jornada asociada a ella) es, sin duda y como se verá más tarde, una herramienta de reestructuración empresarial de naturaleza muy semejante a la aceptación voluntaria de una reducción temporal de la jornada, y, sin embargo, no se requiere que se adopte de forma colectiva e imponiéndose a la voluntad del trabajador.

### **2.3. El alcance y la dinámica de la protección por desempleo en relación con los procesos de reestructuración empresarial**

Ya se ha dicho antes que la situación protegida por la prestación por desempleo se caracteriza por la secuencia activo-pasivo-activo, de tal forma que la tutela se articula sobre la base de un tiempo limitado y un pronto retorno a la actividad. Se trata de un diseño adecuado al principio de activación, conforme al cual, uno de los objetivos de la protección por desempleo es procurar el retorno más pronto posible del trabajador a la actividad. Y ciertamente que en la norma española pueden verse manifestaciones de cómo esa lógica se ha impuesto, precisamente en el artículo 231 LGSS que se refiere a las obligaciones de los trabajadores beneficiarios de la protección por desempleo. Basta recordar a este efecto la obligación de participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales; suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad; buscar activamente empleo y participar en las acciones de mejora de la ocupabilidad; el diseño y seguimiento de los itinerarios personales de inserción; el concepto de colocación adecuada que deberá ser aceptada por el trabajador; o, en fin, las consecuencias negativas que se derivan del incumplimiento de las obligaciones citadas en términos de infracción grave (art. 17.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, Texto Refundido de la ley de Infracciones y Sanciones en el orden Social, LISOS). En este

---

<sup>22</sup> Sobre este cambio de la jurisprudencia, M. García Muñoz. "El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la Autoridad Laboral: extinción por despido colectivo. El nuevo criterio unificado", *Temas Laborales*, 90/2007, pp. 263–283.

punto, puede decirse que el ordenamiento español ha hecho esfuerzos en los últimos años, al menos en el plano normativo, por alinearse con esa lógica, al margen de que todavía quede mucho trecho por recorrer y las innovaciones normativas y los múltiples programas aun no hayan dado los efectos esperables<sup>23</sup>.

Sin embargo, al margen de estas cuestiones que afectan más bien al diseño de la protección por desempleo y al peso relativo dentro de ella de las que tradicionalmente se clasifican como políticas activas o pasivas, lo cierto es que uno de los rasgos típicos de la protección por desempleo es la limitación temporal<sup>24</sup>, en primer lugar, de la prestación menos sometida a requisitos, esto es, la del nivel contributivo, sólo dependiente, además de la constatación de la situación legal de desempleo, de la existencia de una cotización previa. Lo que significa, obviamente, que la escala de duración contenida en el art. 210 LGSS no está hecha en función de la necesidad del sujeto protegido, sino en razón de sus contribuciones previas en términos de cotización. La protección, pues, no es funcional a la situación de necesidad sino que, prescindiendo de su permanencia (pese a todas las acciones de activación citadas, lo que es perfectamente posible), acaba cuando se agota el tiempo de tutela que se haya generado por la cotización previa. Es una consecuencia inevitable de la fuerte dosis de contributividad del sistema de protección por desempleo, insistentemente reforzada en las sucesivas reformas y que indudablemente determina un déficit objetivo como es que la tutela pública cesa aunque persista la causa que la justifica: la carencia de una ocupación pese al deseo y la capacidad de desarrollarla.

En sí misma, esa limitación temporal no es un rasgo negativo<sup>25</sup> siempre que la misma no signifique, para algunos trabajadores, el fin de toda tutela dentro del Sis-

---

<sup>23</sup> Serrano Argüelles, cit., págs. 224-238.

<sup>24</sup> No se menciona en el texto la cuestión de la cuantía de la prestación contributiva, necesariamente a caballo entre la función sustitutiva de rentas previas (consecuencia, por otra parte, de la aplicación del principio contributivo) y la de no ofrecer ingresos alternativos de tal entidad que desincentiven la búsqueda de trabajo. Una problemática esta última de indudable trascendencia en relación con trabajadores de escasa cualificación cuyos hipotéticos ingresos salariales son de una cuantía muy cercana al salario mínimo. Este es el papel que cumple el art. 211.3 LGSS al establecer un tope a la prestación de un 175 por 100 del indicador de rentas de efectos múltiples (IPREM), cuantía que puede subir, como máximo, hasta un 225 por 100 del mismo IPREM si el trabajador tiene responsabilidades familiares por hijo a cargo (más de uno, en este caso; y el 200 por 100 del IPREM, si es uno solo). Debe recordarse que, para el año 2009, la cuantía del IPREM mensual es de 527,24 euros (art. 2.2 del Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, actualizado para el año 2009 por la disp. adic. 28ª de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009); mientras que la del salario mínimo interprofesional es de 624 euros al mes. Es decir, que un trabajador desempleado sin carga familiar obtendría una cuantía (la del 175 por 100 del IPREM), superior al salario mínimo en casi un 30 por 100.

<sup>25</sup> Tiene, sin duda, un efecto incentivador de la búsqueda de empleo, colaborando funcionalmente al retorno del trabajador al mercado de trabajo, para lo cual tendrá más predisposición mientras más se acerque el final de la prestación contributiva. Expresa, por otra parte, en virtud de la posible relación

tema. Lo que sólo puede solucionarse previendo una protección que acompañe a la situación de necesidad materializada en la carencia de una ocupación o en la persistencia del desempleo. Así sucede en España, donde ya se sabe que la protección por desempleo está constituida por tres escalones dentro del mismo Sistema<sup>26</sup> y un cuarto externo a él, que no siendo propiamente una forma de protección del desempleo sino de carácter más general, como son las rentas de inserción de las Comunidades Autónomas<sup>27</sup>. En efecto, y ciñéndonos a los niveles dentro del Sistema, hay que citar la protección contributiva, el subsidio asistencial y la renta activa de inserción. Pues bien, estas dos últimas prestaciones son la prolongación del subsidio contributivo sólo que, con carácter general, cubren mal la necesidad de una tutela económica (con todos los condicionamientos activos que se quiera) mientras dure la situación real de necesidad. Quizás no sea ocioso recordar aquí el mandato específico en este sentido del art. 41 de la Constitución.

No es mi intención, obviamente, analizar aquí el régimen jurídico de ambos niveles prestacionales<sup>28</sup>; pero sí considerarlos de forma global poniendo en evidencia sus déficits para cumplir una función eficiente de protección de la situación de necesidad consistente en la carencia mantenida de un empleo u ocupación; situación en la que pueden venir a encontrarse muchos de los trabajadores expulsados definitivamente de su trabajo debido a la puesta en práctica de reestructuraciones empresariales. Antes, sin embargo, de abordar esta materia, interesa destacar aquí un rasgo concreto de la regulación de la prestación o subsidio contributivo por des-

---

que se establezca entre cotizaciones y prestación, un cierto equilibrio, típico de las prestaciones contributivas, que es positivo desde el punto de vista del equilibrio financiero del propio sistema. En este sentido, Serrano Argüelles, cit. pág. 229–231.

<sup>26</sup> De una relevancia notable cada uno de ellos. Así, según datos del Servicio Público de Empleo Estatal ([www.mtin](http://www.mtin)) en el año 2009, los beneficiarios de la prestación contributiva son 1.565.448 trabajadores, mientras que de la asistencial y de la renta activa de inserción son 990.878 y 102.181 trabajadores, respectivamente. Siendo de notar el incremento constante de los tutelados por este último nivel que, desde el año 2002, han pasado de ser 50.777 beneficiarios a los más de 102.000 actuales, doblando su número. Un incremento que no han experimentado con la misma intensidad mantenida (salvo en el último año como consecuencia de la situación de crisis) las otras dos prestaciones por desempleo.

<sup>27</sup> Efectivamente, las rentas autonómicas de inserción vienen a cubrir una situación de necesidad más general como es la carencia de recursos del sujeto o de la unidad familiar, en cuanto que situados por debajo del umbral de la pobreza, proyectándose como una prestación ciudadana más que profesional. No obstante, como se ha indicado (O. Fernández Márquez, “Rentas de inserción, Seguridad Social y competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas”, en el volumen *Desempleo*, cit., págs. 503-505), pese al carácter inespecífico de las rentas de inserción que dan amparo a situaciones a situaciones de necesidad con independencia de la causa que las motiva, finalmente las mismas acaban protegiendo esencialmente al beneficiario contra la contingencia del desempleo o de la desocupación.

<sup>28</sup> Sobre el nivel asistencial, D. Toscani Jiménez. *El nivel asistencial de protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, 2004.

empleo donde se manifiesta una cierta falta de funcionalidad de dicha regulación para generar una protección eficiente de los trabajadores desempleados provenientes de procesos de reestructuración empresarial.

Me refiero a la cuestión regulada por el art. 210, apartados 2 y 3 LGSS. Más concretamente, se trata de la forma de valorar y computar las cotizaciones en los casos de extinción de la prestación, prevista en el art. 21,3.1 d) LGSS, por el desempeño de un trabajo por cuenta ajena de duración igual o superior a doce meses (veinticuatro, si se trata de un trabajador autónomo). En este caso, pese a determinarse la extinción del derecho a la prestación, el art. 210.3 LGSS prevé un derecho de opción para el trabajador entre *“reabrir el derecho inicial por el periodo que le restaba y las bases y tipos que le correspondían o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas”*. Ninguna objeción a esta alternativa que viene a respetar el principio contributivo, ahora en beneficio del trabajador. Lo criticable es el último inciso de apartado 3, conforme al cual, si el trabajador opta por reanudar la prestación anterior extinguida, *“las cotizaciones que generaron aquella prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior”*. Dicho sintéticamente, las últimas cotizaciones, que han generado un derecho a protección que no se ha utilizado, se pierden si el trabajador opta por reanudar la prestación anterior. En cualquier caso, opte por lo que opte y se pueda o no generar un nuevo derecho, o se pierde el resto del tiempo de prestación ya generado y no consumido, o se pierden cotizaciones no utilizadas para generar un derecho del que no se haya disfrutado; todo ello con ignorancia del principio contributivo, en perjuicio del trabajador.

No se entiende bien, salvo por razones de ahorro de costes para el sistema público y de recorte de las prestaciones, esta regla limitativa que, finalmente, acaba desincentivando la aceptación de un nuevo trabajo por parte de un trabajador desempleado cubierto por la prestación por desempleo; consciente de que, mientras que le reste un amplio periodo de tiempo de prestación contributiva generada por el primer desempleo, no le será de interés aceptar una nueva ocupación que, tenga la duración que tenga, siempre supondrá la ineficacia de las nuevas cotizaciones para generar un nuevo derecho al desempleo. Esta regla limitativa del derecho a la tutela se completa con la contenida en el segundo párrafo del apartado 2 del mismo art. 210 LGSS. Según este precepto, en el cómputo de las cotizaciones a efectos de determinar el periodo cotizado, dentro de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, no se cuentan las cotizaciones hechas por la entidad gestora durante el tiempo de abono de la prestación anterior; lo que es lógico ya que, si se ha extinguido el contrato, la cotización abonada por la entidad gestora no comprende, entre otras, la de desempleo, art. 214.3 LGSS.

Pero no lo es tanto, si se trata de una prestación por desempleo derivada de la suspensión de la relación laboral. En efecto, en este caso, la cotización por desempleo subsiste y, lo que es más significativo, la abona la empresa, completando sólo la entidad gestora la parte correspondiente al trabajador (art. 214.2 LGSS); y, no

obstante (y salvo el caso excepcional del desempleo por suspensión de la relación laboral debida a un caso de violencia de género) esas cotizaciones se pierden igualmente sin que valgan para generar, pese a no haber sido consumidas, una futura prestación por desempleo. De nuevo se está en presencia de una norma que ignora las exigencias del principio contributivo, tan rígidamente exigido en otras dimensiones de la prestación, siempre con finalidad limitativa. Esta es una cuestión que, en su momento, recibió un trato contrario en los casos en los que la suspensión del contrato (con sus preceptivas prestaciones por desempleo en beneficio del trabajador) era consecuencia de un expediente de regulación de empleo. De forma que el tiempo de prestación durante la suspensión no se consumía respecto de la sucesiva prestación por desempleo derivada de una extinción posterior (ambas, en expediente de regulación de empleo); siempre que la suspensión subsidiada durase, como mínimo, seis meses. Un trato preferencial que se ampliaba también a los casos de prestaciones por desempleo parcial en los casos de reducción de jornada<sup>29</sup>. Una forma, sin duda, de favorecer los expedientes suspensivos y de reducción de la jornada laboral frente a los extintivos y, en general, los procesos de reestructuración empresarial menos agresivos.

Curiosamente, esta regla se ha recuperado parcialmente, si bien por ahora con carácter transitorio, por el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas<sup>30</sup>. Con dos medidas muy relacionadas. La primera consiste en ofrecer una bonificación del 50 por 100 de la cotización empresarial por contingencias comunes a las empresas que opten por la suspensión de los contratos o la reducción temporal de la jornada y siempre que hayan sido autorizadas en expedientes de regulación de empleo o conforme a la aplicación de la legislación concursal y siempre, además, que las empresas se comprometan a mantener el empleo de los trabajadores afectados al menos durante un año con posterioridad a la finalización de la suspensión o reducción autorizada (art 1). Un evidente intento de incentivar, en el marco de situaciones de crisis o de reestructuración, la suspensión

---

<sup>29</sup> La regla de favor en relación con las suspensiones y reducciones de jornada, adoptadas en el contexto de un expediente de regulación de empleo, se contenía en la primitiva Ley reguladora de la Prestación por Desempleo (art. 8.3) y fue suprimida por el Real Decreto-Ley 1/1992, de 3 de abril (luego Ley 22/1992, de 30 de julio). De esta forma, la protección por desempleo eliminó uno de los aspectos más directamente funcionales a las reestructuraciones empresariales, influyendo en éstas para intentar reconducirlas hacia soluciones alternativas a la extinción de los contratos.

<sup>30</sup> Convalidado por el Parlamento a través de Resolución del Congreso de los Diputados de 26 de marzo de 2009. Sobre el tema, M.R. Vallecillo Gámez, "Como frenar la sangría de empleos en España: nuevas medidas sociolaborales para el mantenimiento de la ocupación", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. Centro de Estudios Financieros, 30/2009, págs. 67 y ss.

o reducción de la jornada de los trabajadores afectados frente a las decisiones puramente extintivas<sup>31</sup>.

Junto a esta medida y en evidente conexión con ella, y a los efectos que aquí interesan, el art. 3 del mismo RDL 2/2009, regula lo que denomina “*reposición del derecho a la prestación por desempleo*”. Que consiste en que, “*cuando se autorice a una empresa en virtud de expediente de regulación de empleo o procedimiento concursal a suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días u horas de trabajo*”, y luego, “*se autorice por resolución administrativa en expediente de regulación de empleo o por resolución judicial en procedimiento concursal la extinción de los contratos o se extinga el contrato al amparo del art. 52,c) ET*” (es decir, la secuencia suspensión o reducción y posterior extinción de los mismos contratos afectados), el trabajador tendrá derecho a que se integren en la nueva y última prestación por desempleo derivada de la extinción, la duración de la prestación que hubiera recibido en la situación de suspensión o reducción de la jornada, aunque con el límite de 120 días. A esto es a lo que la norma llama “*reposición del derecho a la prestación por desempleo*”, que no es otra cosa que la consideración como no consumidos, aunque no en su totalidad, de los días de protección en la situación legal suspensiva o reductiva anterior, que vendrá a sumarse a los que se generen conforme a la nueva situación de desempleo<sup>32</sup>.

Se trata de una regla compleja que requiere alguna aclaración que permita valorar su alcance. La hipótesis típica sería la de un trabajador que genera un derecho a la prestación por desempleo por suspensión del contrato (en las situaciones limitadas establecidas: autorización laboral o judicial), que consume parte del derecho que hubiera generado (que, conforme a la escala del art. 210.1 LGSS podría llegar a 720 días de prestación) y que, posteriormente, ve extinguido su contrato por despido objetivo, autorización administrativa o resolución judicial. Si la extinción ha tenido lugar sin solución de continuidad (lo que es, obviamente, posible), no podría generarse un nuevo derecho ya que no existirían cotizaciones computables (ya se sabe que las que se abonan durante la suspensión no cuentan a efectos de futuras prestaciones) por lo que se produciría una continuidad en el disfrute de la misma prestación hasta su agotamiento o una nueva ocupación. Sólo que, y aquí la aportación del RDL 2/2009, la duración se incrementaría en el tiempo ya consumido (con el límite de 120 días). Una manera, pues, de favorecer a los trabajadores afectados por procesos de reestructuración a quienes se permite un doble disfrute (con el límite ya dicho de los 120 días) de la misma prestación generada.

---

<sup>31</sup> No se trata de una bonificación temporalmente ilimitada ya que sólo puede abarcar, como máximo, 240 días por trabajador (es decir, ocho meses) y las solicitudes de suspensión o reducción colectiva deben haber producirse entre el 1 de octubre de 2008 (con un cierto efecto retroactivo, pues) y el 31 de diciembre de 2009.

<sup>32</sup> Vallecillo Gámez, cit., pp. 77-80.

Otra hipótesis, también típica (y mucho más de conformidad con las previsiones del RDL 2/2009) es la de un trabajador que igualmente genera un derecho a la prestación por desempleo por suspensión del contrato (en las situaciones limitadas establecidas: autorización laboral o judicial), que consume parte del derecho que hubiera generado (que, conforme a la escala del art. 210.1 LGSS, podría llegar a 720 días de prestación), que se reintegra al trabajo tras el fin del periodo de suspensión<sup>33</sup> y que, posteriormente, ve extinguido su contrato por despido objetivo, autorización administrativa o resolución judicial. Puesto que hay retorno a la actividad laboral y luego una nueva situación de desempleo por extinción del contrato, pueden darse a su vez dos situaciones. Una, que el trabajo se haya mantenido un año o más tras la suspensión. En este caso, el trabajador habría generado un nuevo derecho que podría elegir, o reanudar el anterior interrumpido por el trabajo. Pues bien, sólo si opta por la reanudación tendrá derecho al beneficio de la suma o recuperación de los 120 días que como máximo permite el RDL 2/2009; así lo establece el art. 3.3 del RDL 2/2009, al señalar que *“la reposición prevista (...) se aplicará al mismo derecho a la prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal o reducción temporal de la jornada de trabajo”*, insistiendo además en que la base de cotización y la cuantía a percibir, durante la reposición, serán las mismas que las que correspondieron a los periodos objeto de la reposición<sup>34</sup>. La otra posibilidad, no descartable desde luego, es que el trabajo haya durado menos de un año, en cuyo caso el trabajador no habría generado un nuevo derecho y estaría obligado a reanudar el remanente temporal del derecho anterior, si bien sumando a los días de prestación que restaran los 120 días que como máximo permite el RDL 2/2009. En ambos casos, de nuevo, un doble disfrute del tiempo de tutela pero que, basado en la reanudación del derecho anterior siempre

---

<sup>33</sup> Precisamente es lo que pretende la bonificación del art. 1 del RDL 2/2009, ya analizada, puesto que este beneficio está condicionado al mantenimiento del empleo durante al menos un año tras la finalización de la suspensión o de la reducción de los trabajadores afectados.

<sup>34</sup> No se entiende bien por qué la reposición del derecho a la prestación sólo puede operar cuando se reanuda la prestación anterior y no cuando se opta por la nueva que pudiera haberse generado. Lo que, por cierto, será lo habitual (o así al menos lo pretende el RDL 2/2009) si se conecta este beneficio con el incentivo al mantenimiento del empleo tras la suspensión, fijado en un año como mínimo para que el empresario pueda conservar el derecho a la bonificación aplicada conforme a la previsión del art. 1 del RDL 2/2009, ya comentada. De forma que, de haber trabajado tras la suspensión el mínimo del año exigido a la empresa para mantener la bonificación, el trabajador tendría derecho a una prestación nueva de 120 días (art. 210.1 LGSS) a los que se añadirían, como máximo, los 120 días ya disfrutados durante el desempleo por suspensión. No es así y quizás se deba a que el legislador considera que, con sólo un año de trabajo, se genera precisamente un tiempo de prestación equivalente al máximo de la reposición, por lo que fuerza al trabajador a elegir la reanudación del derecho anterior que es, al margen lo que reste, lo que le permite sumar los días de reposición. Con el coste que ya se ha indicado, de la pérdida, a efectos de futuras prestaciones, del tiempo de cotización posterior a la suspensión.

supondrá la pérdida de las cotizaciones realizadas tras de la suspensión y por el tiempo de trabajo posterior.

Una tercera hipótesis, un tanto excepcional, está prevista en el propio art. 3.2 RDL 2/2009 y es cuando, autorizada la primera suspensión del contrato o reducción de la jornada, el trabajador agota el tiempo de la prestación contributiva durante la suspensión o la reducción, para posteriormente, tras un tiempo de trabajo, ver de nuevo suspendido su contrato o reducida su jornada (segunda suspensión o reducción), pero sin haber generado un nuevo derecho (no han trabajado el mínimo del año requerido). En este caso, el RDL 2/2009, le otorga el derecho a recuperar (reponer) o disfrutar por segunda vez, aun no pudiendo ni reanudar una prestación que ya está agotada ni generar una nueva por carecer de cotizaciones suficientes, la duración de la prestación contributiva por el mismo número de días que la hubiera percibido en la primera suspensión o reducción, pero ahora con el límite de 90 días. Como se ha dicho, se trata de una previsión un tanto marginal que, además, también está limitada temporalmente de forma muy estricta ya que la primera suspensión o reducción debe haberse autorizado entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, y la segunda suspensión o reducción entre la entrada en vigor del RDL 2/2009 (8 de marzo de 2009, como se ha indicado antes) y el mismo 31 de diciembre de 2009.

En conclusión, pues, y como una valoración sintética de la funcionalidad de las prestaciones contributivas por desempleo en relación con los procesos de reestructuración empresarial, no puede decirse que existan reglas especiales de tutela para estas situaciones que favorezcan la adopción de decisiones empresariales de reestructuración con repercusión en el empleo. Ni siquiera del tipo de las introducidas por el RDL 2/2009 que, además de ser incompletas, tienen carácter transitorio, circunscribiendo su efectividad a un espacio de tiempo limitado. Esto dejando a salvo que, por exigencias de la función general de la protección por desempleo de tipo contributivo, tanto la cuantía como la duración de la protección están limitadas.

#### **2. 4. Los déficits funcionales de las prestaciones asistenciales por desempleo**

Puesto que la limitación temporal de la tutela contributiva parece ser una exigencia inevitable, corresponde a otras prestaciones de desempleo continuar la protección aunque con rasgos y sobre bases diferentes. Es la función que desarrollan las prestaciones no contributivas o asistenciales de desempleo; en concreto, el denominado subsidio por desempleo (art. 206 LGSS) y la renta activa de inserción (RD 1369/2006, de 24 de noviembre), considerada como una parte de la protección por desempleo por la disp. final 5ª LGSS, aunque con perfiles particulares. Del conjunto de la acción protectora por desempleo de este nivel asistencial pueden destacarse los siguientes rasgos que, en cuanto déficits desde el punto de vista de

la eficacia de la tutela, también se proyectan con su carga negativa sobre la protección de los trabajadores desempleados procedentes de procesos de reestructuración empresarial.

En primer lugar, la existencia de criterios de selección subjetivos de los sujetos protegidos más allá de la carencia de recursos suficientes de subsistencia que es el rasgo básico de las prestaciones de naturaleza asistencial. En efecto, si se atiende al subsidio asistencial de desempleo podrá comprobarse que, además de lógicamente ser un parado inscrito como demandante de empleo y estando dispuesto a trabajar, y de “*carecer de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias*” (art. 215.1,1) LGSS), el mismo art. 215 reclama (salvo los casos particulares de inmigrantes retornados, liberados de prisión e inválidos recuperados) que el beneficiario tenga responsabilidades familiares o más de cuarenta y cinco años. Lo que excluye a los parados sin recursos y sin responsabilidades familiares menores de esa edad, muchos de los cuales pueden proceder de procesos de reestructuración. En cuanto a la renta activa de inserción, su ámbito subjetivo es igualmente limitado ya que (además de la condición de desempleado y la carencia de recursos<sup>35</sup>) para ser beneficiario de la misma el trabajador deberá tener más de 45 años y ser, acumuladamente, desempleado de larga duración<sup>36</sup> (art. 2 RD 1369/2006)<sup>37</sup>. En consecuencia, el paso de la protección contributiva a las asistenciales supone la expulsión de la tutela de un importante número de trabajadores desempleados y carentes de ingresos suficientes.

En segundo lugar, como se sabe, el subsidio asistencial por desempleo se organiza como una continuación de la prestación contributiva. Lo que, en sí mismo,

---

<sup>35</sup> Cuyo umbral se sitúa, como en la hipótesis del subsidio por desempleo, en el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional en cómputo mensual, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

<sup>36</sup> Entendiéndose por tal quien haya estado inscrito ininterrumpidamente como desempleado en la oficina de empleo durante 12 meses o más (art. 2.1, b) RD 1369/2006). Un requisito que puede considerarse equivalente a un largo periodo de espera, con el coste de la desprotección del sujeto que aspire a recibir la renta activa de inserción, que deberá permanecer como desempleado inscrito y demandante de empleo sin percibir prestación alguna durante algún tiempo.

<sup>37</sup> Dejando al margen los casos, también excepcionales, de minusválidos, emigrantes retornados, y pensionistas de invalidez no contributiva (art. 2.2 RD 1369/2006). Sobre la renta activa de inserción, R. Esteban Legarreta, E. La renta activa de inserción, Tirant lo Blanch, 2006, quien discute (p. 119) que la renta activa sea en realidad una prestación pura por desempleo ya que no se protege la pérdida del empleo sino la carencia del mismo. Aunque puede alegarse que la protección de la pérdida del empleo no es la única funcionalidad posible de la protección por desempleo ya que, en muchos casos, también se tutela la carencia de ocupación o la de desempleado involuntario; también sobre la renta activa, A. Romero Burillo y J. Moreno Gene. El nuevo régimen jurídico de la renta activa de inserción, Thonsom/Aranzadi, 2007.

ya supone una limitación subjetiva añadida, con su correspondiente efecto expulsivo: quienes vean extinguidos sus contratos (o suspendidos) sin derecho a la prestación contributiva por desempleo, tampoco accederán a la prestación asistencial. La excepción establecida en el art. 215.1,2) LGSS, al regular el que puede denominarse como “subsidio contributivo” (en la medida en que se tiene derecho al mismo si se ha cotizado previamente un mínimo: tres o seis meses, según el trabajador tenga o no responsabilidades familiares), atenúa algo ese efecto expulsivo, aunque por escasa duración si se trata de desempleados sin responsabilidades familiares ya que la prestación no durará en este caso nunca más de seis meses (como improrrogables, los califica el art. 216.2,b) LGSS. Se trata, además, de un subsidio que consume las cotizaciones que han facilitado su obtención; de forma que, no podrán computarse para futuras prestaciones por desempleo de tipo contributivo (art. 216.2,b) LGSS).

En tercer lugar, y esta es una cuestión más bien técnica y de regulación u organización eficiente de la prestación, el subsidio asistencial por desempleo se manifiesta como una confusa panoplia de situaciones protegidas. Así hay subsidios diferenciados (en cuanto a requisitos y duración) para una serie de colectivos diferentes; que, además, pueden acumularse en algunos casos y en otros no. Como ejemplo de esa diversidad, que supone también diversidad de la calidad y del alcance de la protección, pueden citarse lo siguientes tipos de desempleados: de cualquier edad con responsabilidades familiares; mayores de cuarenta y cinco años sin responsabilidades familiares; emigrantes retornados; liberados de prisión; inválidos recuperados; mayores de cincuenta y dos años; mayores de cuarenta y cinco años que hubieran agotado una prestación contributiva de la duración máxima; y fijos discontinuos que hayan agotado una previa prestación contributiva siempre que hayan cotizado durante su vida laboral un mínimo de nueve años.

La misma caótica relación de sujetos potencialmente beneficiarios se proyecta sobre la tutela que pueden recibir: seis meses prorrogables por semestres hasta los dieciocho meses como máximo con carácter general, siempre que existan responsabilidades familiares; un máximo de veinticuatro meses para los desempleados menores de cuarenta y cinco años que hubieran agotado un derecho previo a prestaciones por desempleo de al menos ciento ochenta días; un máximo de veinticuatro o treinta meses en el caso de los desempleados mayores de cuarenta y cinco años, según que la duración previa de la prestación contributiva sea como mínimo de ciento veinte o ciento ochenta días; tres, cuatro, cinco o veintiún meses en el caso de desempleados con responsabilidades familiares pero que, sin tener derecho a la prestación contributiva, hubiera cotizado un mínimo de tres, cuatro, cinco o seis meses, respectivamente; seis meses como máximo para el desempleado en la situación anterior pero sin responsabilidades familiares, siempre que hubiera cotizado un mínimo también de seis meses; hasta la jubilación, para los trabajadores que reciben el subsidio de mayores de cincuenta y dos años. Además, el subsidio especial de mayores de cuarenta y cinco años, compatible con algunos de los anteriores,

durará sólo seis meses, mientras que el de los trabajadores fijos discontinuos durará los mismos meses que se hubieran cotizado en el año anterior a la solicitud<sup>38</sup>.

Como conclusión, puede señalarse que lo relativo a la diversidad de subsidios, requisitos y duraciones no puede ocultar que, en todo caso, se trata de situaciones limitadas cuya acumulación es muchas veces producto de regulaciones *ad hoc* para determinados colectivos y no fruto de un planteamiento general de ampliación de la tutela. Persiste, en consecuencia, el hecho de que el ámbito subjetivo es restringido, fruto de la suma un tanto confusa de colectivos determinados, pero excluyendo otros muchos que, finalmente, carecerán de tutela. El desempleado menor de cuarenta y cinco años sin responsabilidades familiares es el caso típico. Mucho más si se considera que el concepto de responsabilidad familiar es, a su vez, muy restrictivo. Nótese que el art. 215.2 LGSS considera tales no sólo tener a cargo al cónyuge (para nada se refiere a las uniones de hecho, ni para sumar ingresos ni para dividir los obtenidos), hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados o menores acogidos; además, es necesario que ese núcleo familiar en su conjunto, incluido el solicitante, obtenga una renta total, dividida por el número de los componentes del núcleo familiar, inferior al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluidas las pagas extraordinarias. Un umbral excesivamente reducido sobre todo si, además, se excluyen por definición de la responsabilidad familiar al cónyuge, los hijos o menores acogidos que obtengan rentas de cualquier naturaleza que superen el mismo porcentaje del salario mínimo interprofesional.

Si nos atenemos a la duración del subsidio<sup>39</sup>, la característica principal es que, en todo caso y salvo el supuesto del subsidio para mayores de cincuenta y dos años que se puede prolongar hasta la edad en la que es posible solicitar la pensión de jubilación (art. 216.3 LGSS), se trata de una duración limitada que abarca entre la muy reducida de los 3 meses del subsidio contributivo (para quienes, sin tener derecho a la prestación contributiva han cotizado como mínimo tres meses, art. 216.2 LGSS) hasta el máximo de treinta y seis meses (para los desempleados mayores de cuarenta y cinco años que hayan agotado una prestación contributiva de desem-

---

<sup>38</sup> Esta compleja relación se contiene en los arts. 215 y 216 LGSS

<sup>39</sup> Como en el caso de la prestación contributiva por desempleo, la cuantía del subsidio se ajusta a su función de garantía de rentas de subsistencia, si bien puede ser criticable por tratarse de una cuantía muy escasa. En concreto, el art. 217 LGSS la cifra en el 80 por 100 del IPREM mensual (aproximadamente 425 euros mensuales). Un treinta por ciento más que la cuantía mensual de las pensiones no contributivas, establecida, por el art. 42 de la Ley 2/2008, de Presupuestos Generales para el año 2009, en 4690.14 euros anuales (lo que dividido por las 14 pagas pertinentes según el art. 14 del RD 357/1991, de 15 de marzo, de desarrollo de la LGSS en materia de pensiones no contributivas, arroja una cifra de 335.01 euros al mes). A este respecto, y en general en relación con las prestaciones de desempleo, Monereo Pérez habla de un proceso de asistencialización del mismo, cit., pp. 54–56.

pleo de dos años de duración, generando el subsidio de mayores de esa edad, desempleados de larga duración, al que se sumarían los treinta meses del subsidio estándar previsto para los mayores de esa edad con responsabilidades familiares, art. 216.1 LGSS). Una prolongación, pues, de una prestación limitada en el tiempo (la contributiva) que, a su vez, queda limitada temporalmente pese a la subsistencia de la situación de necesidad real y del desempleo.

En cuarto lugar, el requisito de la carencia de recursos, establecido en el art. 215.3 LGSS, se define, a su vez, de forma muy amplia en lo que hace a los ingresos y rentas computables. De forma que se considerarán tales cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el beneficiario; ya se trate de bienes mobiliarios o inmobiliarios, de actividades económicas o de naturaleza prestacional, las plusvalías o ganancias patrimoniales, y los rendimientos del patrimonio. Sólo pueden hacerse dos matizaciones a este cómputo. Una, es la exclusión de la vivienda habitual del beneficiario; otra, mucho más relevante en lo que aquí interesa, que el importe correspondiente a la indemnización legal que proceda por extinción del contrato, se perciba de una sola vez en forma de capital o en forma periódica como renta, no tendrá la consideración de ingreso computable, lo que, sin duda, favorece el acceso a esta prestación de quienes proceden de expedientes de regulación de empleo, despidos objetivos, o de resoluciones del contrato con derecho a indemnización. La referencia a la “*indemnización legal*”, sin duda menciona la cuantía establecida en la norma; lo que significa que el incremento sobre esa cuantía legal sí se computará a efectos del cálculo de los recursos. Tampoco se entenderá que es ingreso computable otro concepto, igualmente relevante a los efectos que aquí interesan, como es la cuantía de las cuotas destinadas a financiar el convenio especial con la Seguridad Social; un convenio que, con el fin de garantizar las expectativas de pensión futura, los trabajadores sometidos a expedientes de regulación de empleo pueden suscribir, estando obligada la empresa a financiarlo si tienen al menos cincuenta y cinco años (51.15 ET). Se volverá sobre este tema más adelante. En definitiva, aun partiendo de un concepto muy amplio de recurso computable, y de un umbral particularmente reducido (el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional con carácter general), las modificaciones operadas en cuanto a la indemnización por extinción y la cuota del convenio especial han moderado en alguna forma, particularmente para los trabajadores procedentes de un expediente de regulación de empleo (sólo a esta hipótesis se refiere el art. 51.15 ET), el rigor de la regla.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Blasco Pellicer, cit. pp. 70-75. Dentro de la problemática de la compatibilidad de ciertos recursos con el subsidio de desempleo, hay que recordar que el art. 215.3.2 LGSS acepta una cierta compatibilidad del subsidio con el desempeño de un trabajo, si bien, lógicamente, los ingresos derivados de esta actividad se computan a efectos del nivel de recursos. Por otra parte, el art. 221 LGSS establece que la prestación o el subsidio por desempleo serán compatibles con el trabajo por cuenta propia o ajena si, en el primer caso, no implica la inclusión en algunos de los regímenes de la Seguridad Social; y, en el segundo, si se trata de un trabajo a tiempo parcial, con la consiguiente minoración proporcional de la cuantía del subsidio.

En quinto lugar, y ahora respecto del tercer nivel de protección por desempleo como es la renta activa de inserción, además de las restricciones señaladas que delimitan su ámbito subjetivo, pueden citarse otras limitaciones; sin contar las que comparte con el subsidio asistencial por desempleo como son el tope de ingresos o umbral de carencia y su forma amplia de cómputo (art. 2 RD 1369/2006, de 24 de noviembre). Así, existe un principio de exclusión que tiene como finalidad evitar la continuidad en la percepción de la renta activa. En concreto, el art. 2.4 del RD citado impide que sea beneficiario de la renta activa de inserción quien lo haya sido en los 365 días naturales anteriores a la fecha de solicitud, salvo, como habitualmente, los casos más particulares de los discapacitados y de las víctimas de violencia de género (lo que imposibilita la concatenación de anual del beneficio); tampoco puede serlo quien haya sido beneficiario de la renta activa durante tres programas anteriores, aunque no haya disfrutado del tiempo máximo de percepción (con la finalidad no ya de evitar la continuidad en el disfrute sino la reiteración en el mismo aun discontinua). Son reglas impeditivas de la tutela que se apoyan en una idea de que la protección que proporciona la renta activa de inserción (además de estrechamente vinculada a un compromiso de actividad y a acciones de inserción, arts. 3 y 7 RD 1369/2006) no es ni indefinida, ni tampoco permanente. Todo ello al margen de que la cuantía prevista sea la misma que para el subsidio asistencial por desempleo (el 80 por 100 del IPREM mensual vigente, art. 4 RD 1369/2006). Finalmente, la duración de esta prestación es de 11 meses como máximo; siempre que se mantengan las condiciones exigidas para su disfrute (art. 5 RD 1369/2006).

En sexto lugar y, por último, se ha dicho antes que la protección social que pueden recibir los trabajadores desempleados se articula en cuatro escalones. Descritos y analizados los tres primeros (que son los que propiamente se definen como prestaciones por desempleo), todavía otra prestación, esta no de desempleo y ni siquiera de Seguridad Social, puede cumplir (y, de hecho, la cumple) la función de proporcionar ingresos sustitutivos a los trabajadores desempleados que hayan agotado las prestaciones por desempleo. Se trata de los salarios de inserción, ciudadanos o de solidaridad a los que se refiere el art. 2.2 del RD 1369/2006, antes citado para la renta activa de inserción, al establecer el cómputo como renta de la cuantía de los que califica como “*salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las Comunidades Autónomas*”. Esta referencia normativa pone de manifiesto una posible compatibilidad entre ambas ayudas, siempre que no se supere con la totalidad de los ingresos el umbral de recursos. Pero que sean compatibles no impide, desde luego, que sean sucesivos o alternativos; mucho más lo primero dadas las reglas más estrictas de exclusión de la renta activa de inserción.

En todo caso, interesa resaltar que este tipo de salarios o rentas básicas se rigen por principios semejantes entre sí y, a su vez, con los subsidios asistenciales por desempleo o la renta activa de inserción. Así, los elementos de coincidencia se re-

fieren a: la unidad familiar de convivencia y sus recursos como referencia; el concepto amplio de ingresos computables; el tope de recurso establecido en relación con la propia cuantía de la prestación; la vinculación de la prestación con compromisos y acciones de inserción del beneficiario; una cuantía mensual referenciada al salario mínimo interprofesional; una cuantía porcentual de esa referencia que sólo por acumulación de responsabilidades familiares puede llegar al 100 por 100 que será, además, máxima; una duración máxima, en lo que se asemeja a la renta activa de inserción, de sólo seis meses al año; sin que, por el contrario, quede excluida la percepción reiterada, en forma anual, de dicha renta mínima o básica. Sólo en lo que se refiere al ámbito subjetivo, estos sistemas son más generosos ya, al margen de la exigencia de residir durante un cierto tiempo antes en la Comunidad Autónoma de que se trate, los beneficiarios son las unidades familiares, cualquiera que sea su composición, salvo las personas mayores de 65 años, los extranjeros no comunitarios o las personas que se encuentren en prisión<sup>41</sup>.

## 2.5. Observaciones finales

Algunas reflexiones generales para finalizar este apartado de las relaciones entre las decisiones empresariales de reestructuración y la protección por desempleo.

En primer lugar, es preciso subrayar que la articulación de la protección por desempleo, en cualquiera de sus niveles y variedades no está, en principio, en función directa de las consecuencias, en términos de desocupación total o parcial, temporal o definitiva, de los trabajadores afectados por procesos de reestructuración. De hecho, las normas del desempleo no están creadas para atender específicamente esas consecuencias sino que, en general, sirven a todas las situaciones de pérdida del empleo al margen de su causa. Es verdad que existen algunas normas aisladas que sí se refieren a estos procesos, pero constituyen la excepción. Es el caso, por ejemplo, de las de carácter excepcional, por cierto, contenidas en el RDL 2/2009, en relación con la denominada reposición del derechos a prestaciones por desempleo consumidas en un precedente desempleo por suspensión colectiva de la relación laboral, o de las que, en el terreno del subsidio asistencial, prevén la exclusión

---

<sup>41</sup> Sobre esta materia, S. González Ortega. "Garantía de recurso mínimos de subsistencia y renta activa de inserción en la Comunidad Autónoma andaluza", CARL. Veinte años de Relaciones Laborales en Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2004, pp. 222-253. Todos estos caracteres en el Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula la creación del Programa de Solidaridad de los andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad, que recoge el llamado ingreso mínimo de solidaridad; que puede servir de ejemplo de otras prestaciones semejantes proporcionadas por las Comunidades Autónomas.

del cómputo de las rentas o ingresos del potencial beneficiario, a efectos de la determinación de la carencia de recursos, de la indemnización legal por extinción del contrato o de las cuotas abonadas en concepto de convenio especial, conforme a lo establecido en el art. 51.15 ET.

Donde sí se aprecia una mayor conexión entre reestructuración empresarial y desempleo es en la enumeración de las situaciones legales de desempleo protegidas. No podía ser de otra forma ya que esas situaciones son una de las fuentes típicas de desempleo. Pero estas causas, que ciertamente en ese repertorio de situaciones legales de desempleo ocupan un lugar relevante, se encuentran enumeradas junto a otras igualmente importantes en la dinámica de la protección por desempleo: el despido disciplinario, el despido objetivo por causas de ineptitud, inadaptación, absentismo o fin de las dotaciones presupuestarias que ponen fin a contratos indefinidos con la administración pública o con entidades sin fin de lucro del art. 52 ET; o la extinción de los contratos temporales. Además, si se atiende a la formulación concreta de esas situaciones legales de desempleo, mientras en lo que se refiere a las decisiones extintivas su acogimiento es completo (incluyendo despidos objetivos, colectivos y extinciones por muerte, incapacidad y jubilación del empresario), resulta más limitativo, en relación con las suspensiones del contrato y las reducciones de jornada. En todo caso, dada la exigencia de la involuntariedad de las extinciones, de las suspensiones y de las reducciones de jornada, no tienen cabida sino muy indirectamente, los supuestos de acuerdo individual, ni siquiera en el contexto de reestructuraciones acordadas colectivamente.

En segundo lugar, siendo la protección por desempleo suficientemente amplia desde el punto de vista subjetivo y correcto, en términos generales, su tratamiento en cuanto a la duración y la cuantía, permitiéndole cumplir con amplitud su función protectora de todas las situaciones de desempleo, incluidas las derivadas de las reestructuraciones empresariales, no puede decirse lo mismo de los otros niveles de protección, ya sea el subsidio asistencial, ya la renta activa de inserción. Como se ha puesto de manifiesto antes, tanto una forma de protección como otra se caracterizan por limitar extraordinariamente el número de sujetos protegidos al reclamar el cumplimiento de otros requisitos o rasgos añadidos al básico de la carencia de recursos (al margen de que su tratamiento en términos de cómputo de ingresos, de umbral mínimo y de cuantía de la prestación pueda discutirse), tales como la responsabilidad familiar, la edad de cuarenta y cinco años o el desempleo de larga duración. Por otra parte, la protección, en términos de permanencia y continuidad es irregular, intermitente, desordenada y diversa según las situaciones, pero, prácticamente en todos los casos, limitada, de una forma u otra, en el tiempo (salvo el subsidio para mayores de 52 años). Sólo las rentas de inserción de las Comunidades Autónomas, no siendo propiamente una prestación por desempleo, ofrecen características de estabilidad, sin exigir mayores requisitos subjetivos que la carencia de recursos de la unidad familiar; al margen de que su cuantía sea igual-

mente reducida<sup>42</sup>. Algo que reformas coyunturales de prolongación de la protección por desempleo también parecen acoger en línea de principio. Sin duda que la búsqueda del equilibrio entre protección suficiente e incentivo al retorno a la actividad ha condicionado fuertemente esta regulación, otorgándole esas características a veces contradictorias.

En cuanto a esas medidas coyunturales, hay que mencionar el Real Decreto-Ley 10/2009, de 13 de agosto, por el que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción. Se trata de una norma temporal (de una duración inicial de seis meses solamente) dedicada (como señala su art. 1) a proporcionar cobertura económica, con carácter extraordinario, a personas en situación de desempleo que hayan agotado todas las prestaciones de este tipo y carezcan de rentas y adquieran el compromiso de participar en acciones de inserción. Su lógica interna, sus requisitos y su cuantía hacen asimilable esta tutela a la proporcionada por el subsidio asistencial por desempleo, configurándose en realidad como una prolongación del mismo; de aquí que esta prestación extraordinaria de desempleo sea incompatible también con salarios sociales, rentas mínimas o ayudas análogas de asistencia social (art. 9 del RDL). Lo más llamativo del RDL en relación con el tema que aquí interesa es la exclusión que impone de sus beneficios (art. 2.4) a los trabajadores desempleados que hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo, *“durante la suspensión de la relación laboral o la reducción de la jornada de trabajo en virtud de expedientes de regulación de empleo”*. La reserva del beneficio del RDL sólo, en lo que aquí interesa, a los desempleados definitivos y totales (quizás innecesaria ya que es difícil que trabajadores en desempleo en el marco de expedientes suspensivos o de reducción de jornada puedan llegar a la situación de agotamiento de todo tipo de prestación por desempleo) obedece, posiblemente, a la finalidad de concentrar las ayudas en quienes han perdido definitivamente todo trabajo y carecen por lo mismo de cualquier protección; entendiéndose que quien conserva un empleo, aunque en suspenso, o un trabajo a tiempo parcial, no se encuentra en la situación de extrema necesidad del colectivo destinatario de estas ayudas excepcionales.

Para acabar. En realidad, la pregunta central que sobrevuela todo este apartado es la de si realmente la protección por desempleo ha de articularse de forma que favorezca o facilite la adopción de decisiones de reestructuración con efectos negativos sobre la ocupación, constituyendo una manifestación de lo que puede denominarse como una socialización de los costes de las reestructuraciones o si, por el contrario, esa protección ha de mantenerse en un terreno neutral en relación con

---

<sup>42</sup> Se trata de una conclusión que niega, al menos en línea de principio y salvo reformas coyunturales y posiblemente provisionales, la implantación de un salario social financiado con cotizaciones sociales que garantice la continuidad de la tutela, sea sobre la base de la garantía de una renta básica o de un salario social incondicionado (Monereo Pérez, cit. pp. 27-57).

esas incidencias del empleo, rechazando una excesiva subordinación de la regulación social a los intereses de la empresa, con dos tipos de consecuencias negativas. Que, de un lado, la protección social se articule de forma diferenciada, privilegiando, en detrimento del beneficiario, las situaciones de desempleo originadas por decisiones empresariales de reestructuración; de otra parte, que exista un desplazamiento del coste empresarial hacia el sistema público, favoreciendo en exceso decisiones extintivas de las empresas sin ningún tipo de contrapartidas (como la que podría, por ejemplo, consistir en una aportación económica empresarial especial a la financiación del sistema de protección por desempleo) e introduciendo elementos de inestabilidad financiera de esos sistemas (sobre todo en situaciones generalizadas de crisis empresarial), como sucedería de organizarse la tutela de desempleo como una subvención sistemática de las decisiones empresariales.

En todo caso, parece inevitable que el desempleo cumpla, junto a la función de protección, la de regulación del mercado de trabajo en atención a las crisis cíclicas y a la evolución de las necesidades del mercado de trabajo<sup>43</sup>. Conforme a un modelo mixto que, sin retener el coste de las reestructuraciones íntegramente en el lado empresarial (las indemnizaciones pertinentes por extinción, fórmulas de aseguramiento de prestaciones sociales a los trabajadores afectados, o incrementos selectivos de las cotizaciones sociales)<sup>44</sup>, tampoco signifique un desplazamiento total del coste de los procesos de reestructuración hacia el sistema público de protección social, haciendo que dicho sistema tenga que asumir, sin posibilidad de reacción, las consecuencias de las decisiones empresariales individuales<sup>45</sup>.

### **3. LAS PRESTACIONES PÚBLICAS FUNCIONALES A LA REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL (II): LA JUBILACIÓN**

#### **3.1. Planteamiento general**

La segunda de las contingencias protegidas por el Sistema de Seguridad Social que puede tener una relación directa con la reestructuración de plantillas es la de

---

<sup>43</sup> Monereo Pérez, cit. p.27.

<sup>44</sup> Es decir, no aplicando estrictamente el riesgo de empresa; en caso contrario, además, se produciría un efecto negativo ya que imputar al empresario el coste de la reestructuración podría suponer bloquear o retrasar decisiones empresariales imprescindibles para garantizar la eficiencia de la empresa, su competitividad y la propia conservación de los puestos de trabajo (Martín Valverde, cit. pp. 1130)

<sup>45</sup> Martín Valverde. Cit. pp. 1130–1133.

jubilación. En efecto, en la medida en que la jubilación significa el abandono definitivo por parte del trabajador de la vida profesional, materializando el tránsito definitivo desde activo a pasivo, es indudable que puede funcionar como una vía para reducir excedentes de mano de obra de las plantillas de las empresas, para ajustar su dimensión o para transformarla en el sentido de rejuvenecerla o de sustituir trabajadores con antigüedad y experiencia, pero con más derechos, garantías y menos formación, por trabajadores más jóvenes, mejor formados, más flexibles y polivalentes o, sencillamente, menos costosos. Esto es, para facilitar la puesta en práctica de las medidas laborales derivadas de la reestructuración de la empresa, en cualquiera de sus dimensiones extintivas.

La alta funcionalidad de la jubilación como destino de los trabajadores excedentes de los procesos de reestructuración empresarial se fundamenta en los siguientes hechos. En primer lugar, la jubilación puede significar una alternativa aceptable para trabajadores que están en el tramo final de su vida activa, sobre todo si la prestación económica que se les ofrece en términos de pensión sustituye razonablemente los ingresos previos de activo<sup>46</sup>. En segundo lugar, la jubilación, en la medida en que es una decisión voluntaria del trabajador de cesar definitivamente en su actividad profesional, no es necesariamente una situación traumática ni impuesta como puede ser el caso de los despidos colectivos. En tercer lugar, puesto que la jubilación, cuando es voluntaria, constituye jurídicamente una dimisión del trabajador, no hay extinción del contrato impuesta por el empresario y, en consecuencia, no hay obligación de indemnización alguna, al margen de que la empresa contemple la posibilidad, normalmente recogida en convenios colectivos, de incentivar ese abandono al cumplir la edad pensionable, ya sea la estándar de 65 años (art. 161.1 LGSS) u otra anterior, igualmente general, como es la de 64 años (disp. final 4ª LGSS y RD 1194/1985, de 17 de julio)<sup>47</sup>. Calidad prestacional, libertad individual y ausencia de costes para la empresa son, así pues, los rasgos básicos de la jubilación.

---

<sup>46</sup> Esa calidad prestacional la ofrece, en términos generales, la pensión de jubilación en España lo demuestra la cuantía media de las pensiones que se cifra en 857.38 euros, si bien las cuantías son mucho más elevadas en las jubilaciones más recientes. En concreto, la cuantía media en las pensiones de los beneficiarios entre 65 y 69 años es de 968.59 euros, y de 1.211 en los pensionistas entre 60 y 64 años; por otra parte, y por lo que se refiere a los complementos de mínimos, sus beneficiarios son, aproximadamente un 26 por 100 del total de pensionistas de jubilación, alcanzando la cifra de 1.245.000; si bien en algunos Regímenes Especiales, como el Agrario o el de Empleados de Hogar, el porcentaje asciende al 55 por 100 (195.325 y 100.385 pensionistas, respectivamente). Todos estos datos en [www.mtin/seguridadsocial/estadísticas](http://www.mtin/seguridadsocial/estadísticas).

<sup>47</sup> La llamada “jubilación especial para mayores de 64 años”, tal y como está regulada en el ordenamiento español, no ofrece excesivas alternativas de gestión flexible de la plantilla a la empresa debido a las siguientes razones: la escasa diferencia con la edad de jubilación estándar; la naturaleza voluntaria de la misma ya que no puede imponerse a los trabajadores (aunque sí a los empresarios si así lo establece el convenio colectivo aplicable o se ha acordado con el trabajador mediante pacto indivi-

El único factor discordante en este esquema es que el momento de la jubilación a la edad estándar (los 64 o 65 años) retrasa mucho el fin de la relación laboral y, sobre todo, la sitúa en una franja de edad muy estrecha y precisa desde la perspectiva de una reestructuración empresarial; además de que, como se ha dicho, finalmente es una decisión voluntaria del trabajador que puede decidir permanecer en la empresa, aun habiendo cumplido la edad de jubilación, no acompañándose a la lógica y a las exigencias de las decisiones empresariales de regulación del empleo.

Lo anterior no quiere decir que la fijación de la edad estándar de jubilación no tenga trascendencia alguna sobre el empleo. Es evidente que sí ya que su retraso, por ejemplo, tendrá sin duda un efecto de demora sobre el momento de abandono del mercado de trabajo, obligando a los futuros beneficiarios de la pensión a permanecer en activo ese tiempo suplementario hasta alcanzar la nueva edad. Con esta finalidad de prolongación de la vida activa se asiste en los últimos tiempos a propuestas reiteradas y extendidas de incrementar la edad estándar de jubilación buscando un doble beneficio: el propio mantenimiento de la tasa de actividad en el segmento de trabajadores de edad madura (cuyo constante descenso en los últimos años constituye una de las preocupaciones centrales de las políticas de empleo) con sus efectos positivos de conservación del nivel de ingresos y de integración socio-laboral de los afectados; y la mejora de la situación financiera del sistema público de protección merced a una menor duración de la pensión de jubilación y del mantenimiento de las cotizaciones mientras el sujeto se encuentre en activo. Obviamente, no son estos, sin embargo, los intereses empresariales desde la perspectiva de la reestructuración empresarial. Por el contrario, y para poder utilizar eficazmente la jubilación de los trabajadores como un instrumento de gestión y de regulación de la plantilla de la empresa, las exigencias son otras.

En primer lugar, la posibilidad de forzar el abandono de la vida activa del trabajador (aunque, en realidad, se trate de una extinción impuesta del contrato de tra-

---

dual, art. 2 RD 1194/1985); la obligación empresarial de suscribir el contrato de sustitución que, además, ha de tener como mínimo una duración igual a la anticipación de la jubilación respecto de la edad estándar, esto es, un año; y deben contratarse necesariamente a trabajadores desempleados, aunque esta exigencia se haya debilitado por la jurisprudencia. En definitiva, la jubilación especial a los 64 años puede cumplir una función en el marco más general de la política de empleo, como una forma de propiciar un adelantamiento, sin impacto reductor sobre la cuantía de la pensión, del abandono del mercado de trabajo por los trabajadores, mientras que, a la vez, se obliga a la empresa a contratar otros trabajadores para sustituirlos. Una medida, pues, de reparto de trabajo y no de solución de los problemas estructurales de las empresas relacionados con la dimensión de la plantilla y sus características. En torno a esta jubilación especial, J. García Ortega. "La jubilación especial para mayores de 64 años", en el volumen Tratado de Jubilación, (Libro homenaje al Prof. L.E. De la Villa), Iustel, 2007, pp. 1167-1193. La escasa incidencia de este tipo de jubilación se pone de manifiesto en los datos ofrecidos por el Servicio Público de Empleo Estatal ([www.mtin](http://www.mtin)), según los cuales, las cifras de contratos de sustitución para la jubilación a los 64 años son, para los años 2003 a 2008, 1135, 1684, 1697, 1608, 1978 y 2045, respectivamente, sobre un total de entre catorce y dieciséis millones de contratos anuales en esos mismos años.

bajo que, normalmente y dada su edad, llevará al trabajador a jubilarse) sin que esa imposición extintiva adquiera la naturaleza de despido; por lo que, pese a tratarse de una terminación forzosa del contrato por causa atinente al trabajador (o relacionada con su persona como es la edad) pero indudablemente involuntaria, no tendrá la condición de resolución unilateral ni generará derecho a indemnización alguna, es decir, no tendrá costes añadidos para la empresa. En segundo lugar que, aun cuando la jubilación siga considerándose voluntaria, se abra el abanico de edad; de forma que la jubilación sea posible a diferentes edades y no sólo a la edad estándar. Naturalmente que, cuando se reclama la apertura del abanico de edad para la jubilación, no se proponen edades superiores a la estándar (lo que sería un ejemplo de retraso o demora de la jubilación, siempre posible si esta es voluntaria) sino, al contrario, edades anteriores para permitir la exclusión de la empresa por jubilación (que, normalmente, se articulará como autoexclusión). Es lo que se califica como jubilación anticipada. En tercer lugar, que la exclusión anticipada del trabajador pueda hacerse de forma parcial o gradual (una de las dimensiones de la llamada jubilación flexible) no sólo desde la edad estándar sino, sobre todo, desde antes de esa edad, combinando anticipación y parcialidad. Con ello se pretende lograr la finalidad de una desconexión laboral paulatina del trabajador (en beneficio propio, pero sobre todo de la maniobra de sustitución de trabajadores maduros por otros más jóvenes, aunque sea de forma parcial y progresiva), que, además, carece de costes para la empresa derivados de esa extinción parcial y evita el efecto traumático (y la consiguiente resistencia del trabajador) del paso brusco de activo a pasivo a una edad más temprana que la de jubilación y sin compensación económica alguna.

Así pues, tres son las alternativas de la jubilación que pueden ser funcionales a la reestructuración de las empresas: la jubilación forzosa, la jubilación anticipada y la jubilación parcial. En este orden se analizarán con la misma metodología aplicada en el epígrafe anterior, es decir, contemplando estas modalidades de jubilación no para describir su respectivo régimen jurídico sino para determinar en qué medida su regulación actual las hace adaptadas, contrarias o neutrales en relación con las decisiones empresariales de reestructuración.

### **3.2. La jubilación forzosa: un viaje de ida y vuelta**

Actualmente regulada por la disp. adic. 10ª ET, se trata, como se ha dicho, de una causa extintiva del contrato de trabajo y así figura en el art. 49.1.f) ET; sólo que, al afectar a trabajadores en edad de solicitar la pensión de jubilación del Sistema de Seguridad Social, provocará normalmente el paso de los interesados a la condición de pensionistas. Por este motivo se hace referencia a esta circunstancia con la denominación, incorrecta técnicamente pero sintética y expresiva, de jubilación forzosa; aunque, en realidad, el trabajador al que se le imponga la extinción de su contrato de trabajo es libre de jubilarse o no (otra cosa son sus posibilidades reales de obtenerla),

buscando otra actividad profesional en otro sector o en otra empresa. Tratándose de una extinción impuesta del contrato de trabajo vigente, como así lo declara la disp. adic. 10ª ET (“*en los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social*”<sup>48</sup>), se encuentra, no obstante, al margen de toda obligación indemnizatoria de carácter legal, no teniendo el trabajador al que se obliga a abandonar su actividad por el cumplimiento de una edad determinada, derecho a compensación económica alguna. Salvo que, lógicamente, así lo establezca el convenio colectivo que, por otra parte, es el instrumento normativo que el ET prevé para imponerla.

Puesto que la jubilación forzosa arroja al trabajador concernido hacia la búsqueda de una nueva ocupación o hacia el abandono definitivo de la actividad laboral, la norma legal establece una serie de garantías o exigencias destinadas a proteger sus expectativas prestacionales. Por cierto que sólo las que se refieren a la protección que pueda obtener en el ámbito de la jubilación y, en ningún caso, en el terreno de la búsqueda de empleo ya que, como se sabe, la extinción del contrato por jubilación forzosa del trabajador no constituye situación legal de desempleo puesto que, entre los requisitos para obtener las prestaciones por desempleo, se encuentra el de “*no haber cumplido la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación*” ( art. 207,d) LGSS)<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Este es el sentido de las Sentencias del TS, ambas de 9 de marzo de 2004 (RJ 2004/ 841 y RJ 2004/873) conforme a las cuales, en la medida que la jubilación forzosa opera en el marco de las causas de extinción del contrato, no puede imponerse si no existe una habilitación legal que permita a los convenios su aprobación; tratándose, en caso contrario, de una discriminación por razón de edad que afecta al derecho constitucional al trabajo (art. 35.1 CE) al carecer ya del fundamento objetivo y razonable de los objetivos de empleo, de conformidad con la Sentencia del TCo 58/1985, de 30 de abril, dedicada a resolver, precisamente, la adecuación constitucional de las cláusulas de jubilación forzosa impuestas por la negociación colectiva. Las Sentencias del TS son clave para resolver la cuestión acerca de si, una vez derogada la disp. adic. 10ª ET, podía negociarse e imponerse por convenio colectivo jubilaciones forzosas; siendo la respuesta negativa. Sobre estas cuestiones, puede verse. J. Montalvo Correa, “La jubilación forzosa como instrumento de política de empleo”, en Tratado de Jubilación. cit. pp. 1023–1037.

<sup>49</sup> Siendo las únicas excepciones a esta prohibición que el trabajador no tenga acreditado el periodo mínimo de cotización para generar el derecho a la pensión (circunstancia no frecuente dada la corta duración de dicho periodo mínimo: sólo 15 años, art. 161.1.b) LGSS); lo que es lógico ya que, en caso contrario, la jubilación forzosa ni siquiera sería tal (o sería una jubilación sin protección económica o sin pensión) y, además, el trabajador no estaría protegido frente a la situación de desempleo a la que se vería abocado en la búsqueda de un trabajo para conseguir reunir los años de cotización que le faltaran para acceder a la pensión contributiva de jubilación. Se habla, además, de pensión contributiva y no de pensión no contributiva ya que sería un coste excesivo e injustificado para el trabajador en activo que se le obligara a abandonar la actividad profesional si pudiera obtener la pensión no contributiva (lo que, careciendo de recursos, puede hacer precisamente a la edad estándar de jubilación establecida en el art. 161.1 LGSS, que es la misma que la fijada para obtener una pensión no contributiva de jubilación, art. 167 LGSS); en la medida en que su condición de activo y la acumulación de algunos años de cotización, aunque no suficientes, deben permitirle lograr los que le faltan hasta generar la pensión contribu-

Esas garantías se resumen en una: que el trabajador afectado por la extinción del contrato tenga cubierto el periodo mínimo de cotización exigido en la LGSS (art. 161.1), así como los demás requisitos legales (que no es otro que, precisamente, la edad, y en concreto la ordinaria de jubilación y no otra anterior) para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación<sup>50</sup>.

La otra exigencia de la disp. adic. 10ª LGSS no es de protección de las expectativas prestacionales del trabajador sino que supone más bien un requisito para que los convenios colectivos puedan introducir esas cláusulas de jubilación forzosa, conectando esas previsiones con medidas de política de empleo de carácter positivo (creación o sostenimiento del empleo, calidad del mismo, o estabilidad contractual) y no de índole negativa, más coyunturales y concretas, como son las que suelen acompañar a las medidas empresariales de reestructuración. Conviene detenerse en estas exigencias porque condicionan enormemente, sobre todo en función de cómo se interpreten, la funcionalidad de la jubilación forzosa en relación con las medidas de reestructuración empresarial.

Es indudable que la jubilación forzosa puede ser también (además de una herramienta de política general de empleo basada en la idea del relevo generacional y del reparto de trabajo, sobre todo en situaciones de crisis del empleo y de desempleo elevado) útil al interés de la empresa y, por tanto, en principio funcional, aunque con las limitaciones indicadas, a las decisiones de reestructuración. No supone ninguna ventaja para el trabajador, que siempre podrá jubilarse a esa misma edad de forma vo-

---

tiva de jubilación. La excepción que la jubilación forzosa significa respecto de la regla general de la voluntariedad de la jubilación no puede suponer un deterioro añadido de la situación del trabajador que perdería forzosamente su empleo actual y no podría solicitar la pensión contributiva ni se le permitiría prolongar su trabajo ni, desactivando el impacto de la jubilación forzosa impuesta en convenio colectivo, obtener nuevos periodos de cotización, obligándosele (por cierto, sólo a quienes carecieran de rentas, lo que significaría un trato diferente sin justificación para estos trabajadores frente a quienes sí tuvieran rentas por encima del umbral fijado para las pensiones no contributivas) a convertirse en pensionista de jubilación pero en el nivel no contributivo.

<sup>50</sup> La disp. adic. 10ª, letra b), ET permite que los convenios colectivos que impongan la jubilación forzosa también puedan establecer que, para extinguir forzosamente los contratos de trabajo de los trabajadores que cumplan la edad estándar de jubilación, el trabajador reúna un periodo previo de cotización más amplio que el mínimo legal. Se trata de una medida que tiene como fin, evidentemente, evitar imponer la jubilación forzosa a trabajadores que reúnan un periodo de carencia mínimo o muy reducido y que, en consecuencia, se vean abocados a solicitar una pensión de jubilación de escasa cuantía a tenor de la aplicación de la escala de porcentajes de la base reguladora de la pensión establecidos en el art. 163 LGSS. Ciertamente, trabajadores obligados a jubilarse sólo con el periodo mínimo de quince años de cotización sólo obtendrían pensiones de cuantía muy baja, casi siempre por debajo de la cuantía mínima garantizada anualmente en la Ley de Presupuestos y en el RD, igualmente anual, de fijación de la cuantía de las pensiones y de revalorización de los importes de las que ya viniesen siendo disfrutadas. Con lo que el coste de la jubilación recaería sobre el Sistema de Seguridad Social al tener que abonar complementos de mínimos. Pero eludir esta carga no está en manos del sistema público, al ser una posibilidad que deben materializar los negociadores que pueden coincidir en la conveniencia de utilizar la jubilación forzosa como instrumento de reestructuración, desplazando parte de su coste hacia la Seguridad Social.

luntaria y, si acaso, una pérdida ya que se le impide completar periodos más amplios de cotización y generar una pensión de mejor calidad; ni tampoco para el sistema de protección social, e incluso puede ser una carga económica en razón de lo dicho acerca de los complementos de mínimos, ya que la conversión de activo en pasivo a esa edad estándar de jubilación no supone un coste añadido a lo que es la previsión normal (o, incluso posterior a lo normal, dado que, en España, la edad promedio de jubilación se sitúa en algo más de los 63 años, es decir, casi dos años antes que la edad estándar). Si la jubilación forzosa pudiera imponerse sin condicionamiento de empleo alguno (o prácticamente simbólicos, como sucedía en general en la etapa previa de vigencia de la jubilación forzosa<sup>51</sup>), ciertamente sería un instrumento de interés para la empresa a la hora de proceder a regulaciones de empleo; si bien de interés secundario frente a otras opciones o herramientas más abiertas y flexibles, vinculadas sobre todo con la anticipación de la edad de jubilación.

Sucede, no obstante, que la revitalización de la jubilación forzosa<sup>52</sup>, que ciertamente sólo se explica, desde el punto de vista empresarial, como instrumento de

---

<sup>51</sup> Sobre el simbolismo de estas exigencias de empleo conectadas a la versión anterior de la disp. adic. 10ª ET que, por otra parte, al referirse a la jubilación forzosa impuesta por convenio colectivo sólo contenía una habilitación general y generosa para que la negociación colectiva pudiera pactar “*libremente edades de jubilación*”, MONTALVO CORREA, cit. p. 1027, quien afirma que la indefinición normativa y el tratamiento dado a la jubilación forzosa en los convenios colectivos propició una jurisprudencia vacilante y contradictoria que, finalmente, se decantó por la no exigibilidad de condicionante alguno en materia de empleo, siendo la Sentencia del TS de 14 de julio de 2000 (RJ 2000/6630) la más significativa en este punto al excluir manifestaciones expresas de contrapartidas en el terreno del empleo a la introducción de la jubilación forzosa en convenio colectivo, por considerar que el propio convenio refleja implícitamente esas consideraciones en relación con el empleo, en línea con algunas afirmaciones de la Sentencia del TCo 58/1985, ya citada. En este sentido, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, “La jubilación como instrumento de saneamiento empresarial: el retorno de la jubilación forzosa y el juego de la jubilación anticipada”, en el volumen *Las relaciones laborales en la reestructuración y en el saneamiento de las empresas*, cit. p. 1202.

<sup>52</sup> El título del epígrafe haciendo referencia a un viaje de ida y vuelta quiere resumir el vaivén normativo experimentado por la jubilación forzosa. Permitida por la primera versión del Estatuto de los Trabajadores (disp. adic. 5ª); habilitada constitucionalmente por la Sentencia del TCo 58/1985, de 30 de abril; justificada por razones de empleo, pero exigidas estas de forma muy flexible y laxa hasta resultar superfluas bastando cualquier justificación genérica incluso negativa como la de preservar los puestos de trabajo restantes –lo que era muy funcional a intereses empresariales (en un sentido parecido, la Sentencia del TCo 280/2006, de 9 de octubre)—; derogada luego por el RDL 5/2001, de 2 de marzo (más tarde, Ley 12/2001, de 9 de julio); y rehabilitada posteriormente, en términos más exigentes, por la Ley 14/2005, de 1 de julio. Sin duda que la reintroducción de la jubilación forzosa por convenio colectivo, que es contradictoria con las orientaciones actuales de la política de empleo en el sentido de propiciar tanto la permanencia en activo como la demora de la jubilación (estos al menos son los objetivos declarados de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible), sólo se justifica por exigencias empresariales, sin duda vinculadas a procesos de reestructuración, recuperando un instrumento de flexibilidad para adaptar las plantillas a los cambios de todo tipo. Otra cosa es que, dados los actuales condicionamientos legales para permitir la jubilación forzosa por convenio colectivo, esas jubilaciones puedan cumplir la función que, desde la perspectiva empresarial, se espera de ellas.

regulación de empleo, también puede cumplir otra función más amplia, vinculada a la política general de empleo. Como una forma de forzar el relevo generacional en el mercado de trabajo al cumplir el trabajador la edad estándar o prevista de jubilación; aunque esta finalidad sea contradictoria con la de propiciar la flexibilidad de la jubilación, la prolongación de la vida activa, el mantenimiento en activo pese al cumplimiento de la edad de jubilación y el retraso de dicha decisión del trabajador. Precisamente estas eran las finalidades de la citada Ley 35/2002, de 12 de julio, acerca de la jubilación gradual y flexible; por lo que la restauración de la jubilación forzosa supone un cambio de rumbo o de criterio en el que se priman más otros objetivos vinculados a la expulsión forzosa del mercado de trabajo de trabajadores de cierta edad. Pero, en la medida en que la recuperación de la jubilación forzosa se ha realizado en el marco de la habilitación constitucional que sólo la justifica como medida de política de empleo general y no de gestión de una concreta plantilla en particular, se imponen ciertos condicionantes vinculados a esa primera finalidad que tienen prioridad sobre los estrictamente empresariales.

Este es el sentido que hay que dar a las exigencias de la actual disp. adic. 10ª ET, de tenor literal diferente de la anterior versión, al establecer que la jubilación forzosa sólo será posible si se vincula a *“objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo”*.

Así lo ha considerado el TS, en Sentencia de 22 de diciembre de 2008 (RJ 2009/1828) que, en concreto, establece indicaciones acerca de la forma cómo han de interpretarse las exigencias de la nueva disp. adic. 10ª ET. En primer lugar, y en cuanto en qué consisten esos condicionantes, entiende que la enumeración de la disp. adic. 10ª es meramente ejemplificativa pero que, en todo caso, la expresión de vincular esa jubilación a objetivos de empleo debe significar no sólo la conservación del puesto de trabajo (mediante la ocupación de la vacante), también la mejora de la contratación existente en la empresa (por ejemplo, transformando los contratos temporales en indefinidos), o el sostenimiento del nivel de empleo (no provocando, en consecuencia la amortización del puesto de trabajo), o el incremento del empleo o la adopción, en términos de calidad, de medidas en el ámbito de la promoción profesional, la conciliación de la vida laboral y personal, o la innovación tecnológica. Esto es, una exigencia de concreción de las medidas casi siempre relacionadas con el sostenimiento del empleo, su incremento o la mejora de la calidad, que casan mal con las necesidades derivadas de los procesos de reestructuración, normalmente vinculadas a la pura y simple supresión del puesto de trabajo del trabajador jubilado forzosamente. En segundo lugar, el TS establece, en relación con el cómo, que esos objetivos de empleo han de singularizarse y concretarse, no bastando la repetición en el convenio de las expresiones literales de la ley o la formulación de objetivos generales e imprecisos (como *“retórica hueca”* ca-

lifica estas prácticas la Sentencia). Finalmente, esas medidas así caracterizadas deben figurar en el convenio colectivo que establece la jubilación forzosa, estableciendo una conexión directa entre este tipo de jubilación y las específicas medidas de empleo a adoptar en contrapartida.

En consecuencia y como conclusión, la jubilación forzosa puede ser valorada como una modalidad de la jubilación que puede cumplir alguna función en relación con la gestión empresarial interna de la mano de obra. Pero se trata, sin duda, de una función menor. No sólo por las propias limitaciones de modalidad de jubilación (finalmente sólo sirve para forzar a jubilarse a trabajadores que cumplen la edad estándar, sin que pueda proyectarse hacia trabajadores en un arco de edad más amplio); también porque, tal y como está hoy regulada, la jubilación forzosa sólo se justifica constitucional y legalmente si está vinculada a medidas de conservación y mejora de la calidad del empleo en la empresa, no necesariamente coincidentes con las necesidades derivadas de una reestructuración empresarial. Además, las exigencias para que pueda existir válidamente, en la forma en que han sido interpretadas por el TS (concreción, contenido del convenio, vinculación entre jubilación y medidas de empleo<sup>53</sup>) hacen que sea más complejo, y posiblemente menos interesante desde el punto de vista empresarial, utilizar la jubilación forzosa como una medida de reestructuración de la plantilla. Finalmente, la jubilación forzosa parece desplazarse hacia un lugar secundario, como corresponde a las orientaciones más modernas de las políticas de empleo y que justificaron en su día la derogación de la disp. adic. 10ª ET.

### 3.3. Las jubilaciones anticipadas

Desde el punto de vista de los Sistemas de Seguridad Social, la jubilación anticipada es una posibilidad excepcional, mucho más en el marco de las tendencias, ya subrayadas, hacia la flexibilidad y gradualidad de la edad de jubilación, que apuntan más bien a la prolongación de la vida activa y al fomento de la permanencia en activo. Así lo confirma el Preámbulo de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Y como tal medida excepcional es tratada con reglas que subrayan esa excepcionalidad en relación con las previstas para la jubilación ordinaria; como, por ejemplo, limitación subjetiva, requisitos particulares, cálculo diferente de la cuantía prestacional y dinámica especial del derecho. Reglas que reflejan una cierta resis-

---

<sup>53</sup> Sobre estos aspectos, G. Moliner Tamborero, "Convenios y jubilación forzosa, Una primera aproximación al contenido de la disposición transitoria de la Ley 14/2005", *Actualidad Laboral*, 21/2005, pp. 2504-2519; también, J. Rivero Lamas, "La jubilación como medida de fomento del empleo", en *Tratado de jubilación*, cit. pp. 1075-1091.

tencia del sistema de protección y una administración cautelosa de la anticipación<sup>54</sup>. No obstante, existen razones que pueden justificar la aceptación de la jubilación anticipada y su funcionalidad; entre las que pueden encontrarse las vinculadas a las políticas de empleo (insistiendo quizás en orientaciones hoy día poco asumibles como las del relevo generacional y el reparto de trabajo) y, sin duda alguna, las relacionadas con la gestión empresarial de la plantilla y sus necesidades de reestructuración, reducción o rejuvenecimiento.

Las jubilaciones anticipadas han recibido un tratamiento normativo en España sometido a frecuentes cambios en los últimos años, seguramente propiciado por la tensión contradictoria que pesa sobre este tipo de jubilaciones. De una parte, los requerimientos empresariales e incluso sindicales por una regulación más permisiva de tales jubilaciones anticipadas (de aquí, por ejemplo, las presiones hacia la aplicación de coeficientes reductores más reducidos por cada año de anticipación, considerados como una penalización de la jubilación anticipada) y, por otra, la tendencia del Sistema de Seguridad Social a controlar o restringir las jubilaciones anticipadas (no sólo por razones de coste para el propio sistema, sino también para frenar la propensión detectada a una significativa separación entre la edad estándar y la real de jubilación<sup>55</sup>). No obstante, el peso de las jubilaciones anticipadas en España es muy relevante<sup>56</sup> y no parece que ese signo vaya a variar, precisamente por

---

<sup>54</sup> Resistencia aunque no tanto por razones de tipo financiero ya que las jubilaciones anticipadas, si bien determinan que un trabajador activo deja de trabajar y de cotizar al Sistema y, a la vez, comienza a percibir la pensión con anterioridad a la fecha estándar, generando una duración de la pensión vitalicia más amplia, la reducción de la cuantía, sobre todo si es notable (como sucede con las anticipaciones máximas que provocan una reducción de hasta el 40 por 100), hace que, a largo plazo, el coste total de la pensión sea más reducido. Es verdad que para que esto sea así es necesario que el tiempo de percepción de la pensión sea amplio, lo que será habitual conforme ponen de manifiesto las expectativas de vida y el envejecimiento de la población. De darse esta circunstancia, una comparación teórica entre el coste para la Seguridad Social del mismo jubilado según lo haya sido a partir de los 65 años con una pensión completa o a partir de los 61 años con una pensión reducida, arroja un resultado favorable para la jubilación anticipada. En este sentido, A. Desdentado Bonete y A. Duran Heras. "Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número extraordinario sobre jubilación flexible, 2002, p. 56.

<sup>55</sup> Que, como se ha indicado, en España se sitúa en los 63,5 años.

<sup>56</sup> Así lo demuestran los datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración ([www.mtin.seguridadsocial.estadísticas](http://www.mtin.seguridadsocial.estadísticas)) según los cuales, de las altas iniciales de pensiones de jubilación producidas en el mes de agosto de 2009 (confirmando una tendencia sostenida en meses y años anteriores), las correspondientes a menores de 65 años fueron 5.954; mientras que las de mayores de esa edad se cifraron en 6.104. Esto es, un 49.3 por 100 de las jubilaciones fueron anticipadas, bien es verdad que comprendiendo tanto las jubilaciones anticipadas en sentido propio como las jubilaciones anticipadas parciales o las jubilaciones a edad reducida, por aplicación a la edad de determinados coeficientes reductores a la edad en ciertas actividades (sobre esta última jubilación, M. Miñarro Yanini, "La jubilación a edad reducida", en Tratado de Jubilación, cit. pp. 1219-1239). Respecto del año 2008, esas mismas estadísticas ponen de manifiesto que las jubilaciones a una edad inferior a 65 años fueron un total de 107.057

el apoyo empresarial y sindical a las mismas y su resistencia a su supresión o a un control o una penalización más intensa. Un apoyo que también encuentra eco en los propios trabajadores los cuales se manifiestan igualmente favorables al abandono definitivo y anticipado de la actividad laboral. Ya sea debido a las condiciones de trabajo particularmente duras de algunos sectores de actividad (la construcción, por ejemplo); ya sea por la fuerte competencia de trabajadores más jóvenes, mejor formados, más polivalentes y menos costosos; ya sea, en fin, por el hecho de que la tasa de sustitución de los ingresos de activo por las pensiones de jubilación es bastante alta en España, sobre todo en las pensiones más recientes<sup>57</sup>.

Como se sabe, existen dos tipos de jubilaciones anticipadas: la ordinaria y la transitoria. Esta segunda, que es anterior en el tiempo, se regula por la disp. transit. 3ª.1.2ª LGSS y procede de la primera versión del Texto Articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966. En su origen estaba dotada de una finalidad sin relación alguna con objetivos de empleo o de reestructuración empresarial ya que se trataba de beneficiar a personas que, en enero de 1967, estaban adscritos a una mutualidad laboral en la que era posible la jubilación a los 60 años. Conservar transitoriamente esas expectativas es lo que justificó en su momento la regulación de esta jubilación anticipada cuyo tiempo de vigencia está ya próximo a acabar en la medida en que el requisito de la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 hace que, a día de hoy y por el transcurso de más de cuarenta años, pocos sean los trabajadores que puedan beneficiarse de esa jubilación anticipada por haber trabajado en ese mo-

---

(de las cuales, 49.930 de menores de 61 años, incluyendo jubilaciones a edad reducida y anticipadas, correspondiendo el resto a trabajadores de edades comprendidas entre 61 y 65 años), mientras que las jubilaciones a edades posteriores a los 65 años fueron 162.698. Lo que confirma igualmente que el porcentaje de jubilaciones producidas con anterioridad a los 65 años alcanzan porcentajes muy relevantes, siempre superiores al 40 por 100 del total. Una tendencia que se acentúa en el Régimen General de la Seguridad Social, en el que, en el año 2008, las jubilaciones a edades inferiores a los 65 años superaron a las otorgadas a partir de edad (96.084 frente a 80.314). Sin que la participación en esa cifra de las jubilaciones a edad reducida (inferior a los 60 años) sea muy notable, concentrándose por razones obvias asociadas al tipo de trabajo, además de en el Régimen General, en los Regímenes de la minería del carbón y de trabajadores del mar. Más relevantes son las jubilaciones anticipadas parciales (27.354 en el año 2006, 29.445 en el año 2007, 36.884, en el año 2008). En consecuencia, el grueso de las jubilaciones en edades inferiores a los 65 años se centran en las que se califican como jubilaciones anticipadas en sentido propio. Con carácter más general, los datos estadísticos ponen de manifiesto que, del total de pensiones actualmente en vigor, mientras que sólo hay 12.773 pensionistas menores de 60 años (sin duda procedentes de las jubilaciones a edad reducida), hay 350.235 pensiones de menores de 65 años, 1.217.443 pensionistas entre 65 y 69 años, 1.078.917, 1.056.136 y 1.345.745, de las franjas de edad comprendidas entre 70-74, 75-70, y más de 79 años. Naturalmente que muchas de las actuales pensiones de personas con más de 65 años proceden de jubilaciones que en su día fueron anticipadas.

<sup>57</sup> De forma que, no obstante la aplicación de coeficientes reductores de la cuantía de la pensión, el trabajador puede aspirar a percibir una pensión digna; mucho más si la empresa, incentivando la decisión de jubilarse anticipadamente, se compromete a complementar de alguna manera la cuantía de la pensión, ya sea temporalmente o de forma vitalicia.

mento y cumplir ahora entre 60 y 65 años<sup>58</sup>. Ciertamente esta jubilación anticipada transitoria está regida por reglas particulares, más flexibles que las que rigen para la jubilación anticipada ordinaria. Como son: que la jubilación se puede anticipar hasta los 60 años; que no se exige otro tiempo de cotización que el mínimo de los 15 años para acceder a la pensión (art. 161.1, b) LGSS); y que la decisión de jubilarse anticipadamente es absolutamente voluntaria y no depende de un tipo concreto de causa que haya provocado la pérdida o el abandono del empleo y si esta pérdida es voluntaria o involuntaria. Con la contrapartida de que se impone una penalización o aplicación de un coeficiente reductor fijo sobre la cuantía de la pensión consistente en un 8 por 100 por cada año o fracción de año de anticipación.

No interesa tanto aquí, por todas las razones dichas, detenerse en la jubilación anticipada transitoria sino en la otra modalidad como es la jubilación anticipada ordinaria, regulada por el art. 161, bis. 2 LGSS. En primer lugar, porque se trata de una jubilación anticipada ofertada a todos los trabajadores sin distinción, de aquí la denominación de ordinaria; en segundo lugar, porque contiene reglas más restrictivas de acceso en relación con la edad ya que sólo puede tener lugar a partir del cumplimiento de 61 años; en tercer lugar, porque los requisitos también son más exigentes: inscripción como demandante de empleo durante seis meses, un mínimo de cotización de treinta años y, sobre todo, que el cese en el trabajo no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. Lo que conecta, como es apreciable, con pérdidas del empleo por causas que justificarían la colocación del trabajador en situación legal de desempleo (así lo señala expresamente el propio art. 161.1,d) LGSS), esto es, en alguna de las situaciones que ya se analizaron en los primeros epígrafes de este trabajo y que tenían una relación directa con procesos de reestructuración empresarial.

Dicho de forma sintética. En la jubilación anticipada transitoria el perfil habitual es el de un trabajador que, habiendo sido mutualista en enero de 1967, reúne como mínimo los quince años de cotización y decide jubilarse antes de la edad estándar, eligiendo el momento de hacerlo a tenor del cálculo que pueda hacer entre reducción de la pensión y tiempo que resta hasta el cumplimiento de los 65 años, tomando esa decisión (aunque no está desde luego excluido) no necesariamente en el marco de un proceso de reestructuración. Por el contrario, en la jubilación anticipada ordinaria ese perfil varía para ser el de un trabajador que ha perdido su empleo de forma involuntaria (lo que remite sin duda, entre otras causas, a despidos objetivos, expedientes de regulación de empleo, resoluciones del contrato por incumplimiento empresarial o modificación sustancial de condiciones de trabajo), que busca ocupación durante seis meses, y que, teniendo 61 años al menos y habiendo cotizado ampliamente (treinta años como mínimo) decide jubilarse sopor-

---

<sup>58</sup> Según F.J. Fernández Orrico, "La jubilación flexible en la práctica", Aranzadi, 2002, p. 40, la jubilación anticipada transitoria dejará de ser aplicable en el año 2010, alcanzar los 64 años quienes tenían 21 años el 1 de enero de 1967.

tando un recorte de su pensión que disminuirá en función de los años de cotización que acredite por encima de los treinta mínimos. Dado, además, el acercamiento parcial de la jubilación anticipada transitoria a la jubilación anticipada ordinaria<sup>59</sup>, esta será la que se tome como referencia en el análisis de su funcionalidad en relación con las decisiones de reestructuración empresarial.

Pues bien, la jubilación anticipada ordinaria (regulada por el art. 161.3 LGSS) ofrece una imagen que se caracteriza por los siguientes rasgos: de una parte, se configura como una opción más restrictiva, no sólo porque retrasa un año la edad (de 60 a 61 años), 61 años que deben ser reales y no ficticios por aplicación de coeficientes reductores; también porque hay que acreditar un periodo mínimo de cotización de treinta años para los cuales, además, no pueden tenerse en cuenta las cotizaciones correspondientes a las pagas extraordinarias (es decir, los llamados días-cuota). Sólo con estos requisitos y, sobre todo con el de cotización, la jubilación anticipada se manifiesta como una opción subjetivamente limitada a trabajadores que hayan contribuido previamente con un alto número de años de cotización; lo que pone de manifiesto las razones financieras que han determinado fuertemente el establecimiento de los requisitos descritos. Mucho más cuando la disminución del porcentaje de reducción de la pensión por año de anticipación se asocia a más tiempo de cotización hasta alcanzar al mínimo de reducción (el 6 por 100) por el máximo de cotización (cuarenta años o más). Llegados a este punto puede decirse que las reformas últimas de la jubilación anticipada ha ido en la línea de restringir y controlar esta opción, reservándola para trabajadores de amplias carreras de seguro y de cotización al Sistema; aunque las cifras totales antes mencionadas pongan de manifiesto que el número de trabajadores afectados sigue siendo notable.

---

<sup>59</sup> Se acaba de decir que el tratamiento de la jubilación anticipada transitoria es más flexible para el aspirante a jubilarse anticipadamente (no se indaga sobre la causa de pérdida del empleo que puede ser precisamente la dimisión que expresa la voluntad de jubilarse; bastan los quince años de cotización), aunque requiera la condición de mutualista y tenga un coste del 8 por 100 fijo por año de anticipo. Pero, comparativamente, la jubilación anticipada ordinaria también tiene algunas ventajas, fundamentalmente que el coeficiente o porcentaje reductor de la cuantía de la pensión puede ser inferior al 8 por 100, llegando al 6 por 100 en los casos de un trabajador que acredite una cotización de cuarenta años o más. Por eso, la disp. transt. 3ª LGSS permite aplicar a los trabajadores que se jubilen por la vía transitoria las ventajas previstas para la jubilación anticipada ordinaria, siempre que esos trabajadores cumplan, además de las exigencias de la jubilación anticipada transitoria, dos de los requisitos centrales de la ordinaria: la cotización mínima (los treinta años) y que el cese en el trabajo sea por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. Otro ejemplo de ese acercamiento se encuentra en la disp. adic. 4ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas de reforma de la Seguridad Social, donde se mejoran las pensiones de los jubilados anticipados transitorios que hubieran optado por este tipo de jubilación antes del 1 de enero de 2002 (cuando se introducen en la disp. transit. 3ª LGSS las normas descritas de acercamiento de la jubilación anticipada transitoria a la ordinaria), siempre que en ese momento acreditaran treinta y cinco años de cotización (¿ por qué no treinta o cuarenta?) y que la extinción del contrato del que se hubiera derivado el acceso a la jubilación anticipada se hubiera producido por causa no imputable al trabajador, reiterando la mención al art. 208.1 LGSS (es decir, el que establece las situaciones legales de desempleo).

Pero, junto a los anteriores, la jubilación anticipada está sujeta a otros dos requisitos que son particularmente relevantes en esta perspectiva de conexión entre la reestructuración empresarial y la jubilación. En primer lugar, el más significativo, cual es que sólo pueden jubilarse anticipadamente (desterrando la voluntariedad de la jubilación anticipada, característica de la transitoria) quienes, siendo trabajadores activos, hayan cesado en su trabajo como consecuencia de la extinción del contrato que les vinculaba a la empresa en virtud de causas no imputables a la libre voluntad del trabajador. Dejando, por ahora al margen esta peculiar conexión entre extinción del contrato y jubilación anticipada, es preciso aclarar el sentido de este cese no imputable a la libre voluntad del trabajador; lo que hace el propio art. 161 bis LGSS, después de intentar dar contenido a esta circunstancia, afirmando que, finalmente, “*se considerará, en todo caso, que el cese se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el art. 208.1.1 LGSS*”, es decir, el que regula las situaciones legales de desempleo a efectos de la prestación del mismo nombre. El segundo requisito es el de la inscripción como demandante de empleo durante un plazo de seis meses al menos, inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación. Sin duda, ambos requisitos refuerzan el carácter restrictivo de la regulación de la jubilación anticipada, si bien en sentido muy particular.

En efecto, resulta llamativo que la posibilidad de acceder a una prestación (la de jubilación) se someta a un requisito propio de otra (la de desempleo en cuanto a la situación legal de desempleo), estableciendo, además, una suerte de periodo de espera de seis meses en los que el potencial jubilado anticipado debe estar inscrito como demandante de empleo en búsqueda de ocupación (otro requisito propio del desempleo). En realidad, la jubilación anticipada se ofrece, según la orientación de la norma, como una salida última para quien ha perdido su empleo por causa no imputable a él mismo y no encuentra otro alternativo pese a su disposición para desempeñarlo; finalmente es un remedio al desempleo de larga duración (seis meses) que afecta a trabajadores de edad avanzada (a partir de 61 años). De aquí esa difusa relación entre el cese en el trabajo previo y la jubilación anticipada. Y de aquí también que el trabajador deba encontrarse en activo (aunque desempleado en búsqueda de ocupación) y no alejado definitivamente del mercado de trabajo; y que la búsqueda del empleo haya fracasado para evitar que la jubilación anticipada se convierta en una alternativa a un trabajo que se está desempeñando de forma regular.

En el inicio del proceso del trabajador debe estar en activo ya que, sin empleo real en origen, no cabe jubilación anticipada. Lo que no está dicho es la antelación con que ese empleo debe haberse tenido y perdido. Sin duda se cumple la exigencia legal si el empleo perdido es inmediatamente anterior (salvo los reglamentarios seis meses de espera) a la jubilación anticipada. Pero puede pasar que el trabajador, tras perder el empleo, haya pasado a una situación de desempleo protegido, agotando todas las prestaciones posibles (incluida la del subsidio para mayores de 52 años) y, finalmente, acuda a la jubilación anticipada. La conexión entre pérdida del

empleo y jubilación es aquí ya muy débil; pero no niega en absoluto la pretensión de la norma de forzar a que la jubilación anticipada sólo se obtenga tras el fracaso del intento de permanecer en activo, o disponible para realizar cualquier trabajo. Lo que todas estas situaciones expresan con claridad y duración; mucho más quizás que quien, tras la pérdida del empleo, se refugia de forma inmediata en la jubilación anticipada.

De aquí seguramente el añadido del art. 1.5 del RD 1132/2002, de 31 de octubre, norma reglamentaria de desarrollo para la Seguridad Social del Trabajo a tiempo parcial y la jubilación parcial, en el sentido de que también pueden acceder a la jubilación anticipada ordinaria, cumpliendo todos los requisitos mencionados, quienes, tras perder su empleo de forma involuntaria, pasan a disfrutar de la prestación por desempleo y ésta se agote; o quienes, disfrutándola, deciden jubilarse anticipadamente, sin esperar a su agotamiento, o quienes son beneficiarios del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, en cualquier momento en que cumplan los requisitos, en concreto el de la edad mínima de los 61 años; o, en fin, quienes, siendo mayores de 52 años (y de 61, hay que añadir) hayan agotado la prestación por desempleo y no tengan derecho al subsidio previsto para mayores de 52 años (por no caer de rentas, por ejemplo), si están inscritos en la oficina de empleo.

De todo lo anterior se desprende que la jubilación anticipada es una suerte de meta final que requiere un recorrido previo que parte de la pérdida involuntaria del empleo, que transita por el desempleo y por la búsqueda infructuosa de empleo (al menos durante seis meses), para desembocar finalmente en la jubilación, como solución última. Con este diseño parece que el recorrido es estrictamente individual, entre otras cosas porque ese trayecto puede ser muy largo (pasando por el disfrute de las prestaciones de desempleo de todo tipo e, incluso, por la asistencial prevista para los mayores de 52 años), alejando la decisión de jubilarse de la causa primera de pérdida del trabajo y porque, finalmente, la decisión de abandono del trabajo es voluntaria. Ninguna conexión, al menos no directa, puede establecerse a priori entre las decisiones de reestructuración empresarial que pudieron ocasionar ciertamente la pérdida originaria del empleo (y que fueron tratadas obligadamente, como mínimo seis meses, como situación de desempleo fuera o no subsidiado) y la jubilación anticipada. Algo que, en teoría, podría decirse también de quien se jubila a los 65 años, tras un tiempo de desempleo posterior a una reestructuración de plantilla que supuso su despido, estableciendo una ligazón causal entre despido colectivo y jubilación ordinaria. Esta lejanía y el debilitamiento de la conexión entre pérdida del empleo y jubilación anticipada<sup>60</sup> hace que sólo de forma compleja pueda hablarse de funcionalidad de este tipo de jubilación respecto de la reestructuración de plantillas.

---

<sup>60</sup> Salvo por lo que se refiere a la voluntariedad de la pérdida del empleo y su efecto impeditivo de la jubilación anticipada ordinaria. A este respecto, debe recordarse lo establecido por la Sentencia del TS de 25 de octubre de 2006 (RJ 2006/8262), matizando la teórica voluntariedad del trabajador que se

Una serie de circunstancias permiten, no obstante, restablecer esa conexión y poder afirmar que la regulación de la jubilación anticipada, con todas sus limitaciones, puede cumplir ese papel. En primer lugar, porque la pérdida originaria del empleo que abre la posibilidad ulterior de acceder a la jubilación anticipada está ocasionada (o puede estarlo muy frecuentemente), por decisiones extintivas empresariales que materializan esos procesos de reestructuración; así se manifiesta por la remisión normativa que identifica involuntariedad con situación legal de desempleo, siendo esas situaciones mayoritariamente, como se ha visto antes, expresión de tales decisiones empresariales de reestructuración. De esta forma, la jubilación anticipada final se convierte en una salida de la empresa para los excedentes de empleo de una cierta edad; bien es verdad que a través de decisiones extintivas que tienen su coste para el empresario ya que el hecho de que, al final, el trabajador decida jubilarse no excluye su derecho a obtener las indemnizaciones pertinentes, al margen de las prestaciones por desempleo que pudiera generar.

En segundo lugar, aunque el trayecto desde la ocupación a la jubilación anticipada puede ser muy largo (reafirmando la naturaleza individual y voluntaria de la decisión de hacerlo ya muy alejada de la pérdida inicial del empleo que pudo, quizás, estar motivado por causas objetivas o en el marco de un expediente de regulación de empleo), también puede ser todo lo corto que la norma permite (seis meses de búsqueda de empleo, se tenga o no derecho a las prestaciones por desempleo); por lo que es perfectamente posible un diseño empresarial de reestructuración de la plantilla que se inicie con la extinción de los contratos mediante despido objetivo o colectivo y que se conecte, casi de inmediato, con la jubilación anticipada del trabajador. Puesto que es la causa de la extinción la que abre el proceso, está en manos de la empresa provocar su puesta en marcha; aunque eso sí contando con la voluntad y la aceptación del trabajador que se adherirá a un diseño que, partiendo del despido con indemnización, pasando durante más o menos tiempo por el desempleo, le coloca en situación de solicitar la jubilación anticipada. Depende, pues de la empresa, abrir o no ese camino; lo que permite también negociaciones al respecto; por ejemplo, de la indemnización a percibir que es el coste mayor para la empresa de toda esta operación.

Pero, en tercer lugar, donde esa conexión entre extinción del contrato de trabajo y jubilación anticipada se pone más de manifiesto es en el confuso segundo párrafo del art. 161 bis.2, d) LGSS, donde expresamente se indica que los dos requisitos de pérdida involuntaria del trabajo y de búsqueda de empleo durante un periodo de seis meses no serán exigibles en un determinado supuesto en el que aparece la empresa no sólo como el motor del proceso que lleva a la jubilación anticipada, sino como autora o responsable de un diseño global que vincula extinción (por des-

---

acoge a un plan de prejubilación en el contexto de un expediente de regulación de empleo en la empresa, así como la calificación como involuntarios de todos los ceses producidos en virtud de un expediente de regulación de empleo, tal y como ordena la disp. final 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas de reforma de la Seguridad Social.

pido objetivo o colectivo), periodo intermedio de desempleo y jubilación anticipada. Todo ello bajo una denominación que constituye una novedad en la normativa de Seguridad Social como es referirse a acuerdos de prejubilación. Ya que es en este esquema donde la jubilación anticipada tiene relevancia como pieza final de un proceso que se inicia con decisiones empresariales de reestructuración, es en el apartado correspondiente a la prejubilación donde se analizará.

Finalmente, la jubilación anticipada (básicamente la ordinaria) se manifiesta como una versión de la pensión de jubilación que puede ser funcional a los procesos de reestructuración empresarial, aunque con dificultades que se derivan del carácter voluntario final de la jubilación anticipada (que no de la causa inicial de pérdida del empleo) y de la distancia que incluso la misma norma establece (el mínimo de seis meses a la búsqueda del empleo) entre la extinción del contrato y la decisión de jubilarse. Sólo en la peculiar hipótesis en la que la propia LGSS establece un hilo conductor entre todas esas etapas, bajo el amparo del convenio colectivo o del acuerdo individual de prejubilación, el proceso se presenta de forma unitaria, confirmando entonces que la jubilación anticipada es la etapa final de un recorrido que empieza, precisamente, por la extinción del contrato consecuencia de decisiones empresariales de reestructuración.

Pero incluso en este supuesto la jubilación anticipada es una solución costosa para la empresa. Debido, en primer lugar, a las indemnizaciones que habrá de pagar; que serán normalmente altas ya que, para ofrecer la jubilación anticipada como meta, es necesario que el trabajador tenga un periodo mínimo de cotización de treinta años o cercano a él, lo que, junto con la edad, que deberá ser también cercana a los 61 años, permite suponer que el trabajador tendrá normalmente mucha antigüedad en la empresa con su repercusión al alza en el coste de los despidos, incluso si objetivos o colectivos. En todo caso, jubilarse anticipadamente o no es una decisión del trabajador y sólo la posesión de todos los requisitos para hacerlo (algo en lo que, salvo en la causa de la pérdida del empleo, la empresa tiene poca o ninguna intervención) puede servir de factor de disuasión para que los trabajadores afectados acepten ser excluidos de la empresa por razones técnicas, económicas, organizativas o de producción. De no ser así, no podrán jubilarse anticipadamente y su resistencia a la extinción del contrato será muy alta.

### **3.4. La jubilación anticipada parcial**

La jubilación parcial se regula por el art. 166 LGSS y el RD 1131/2002, de 31 de octubre, estableciendo dos tipos de jubilaciones parciales: la anticipada, prevista para los trabajadores que hayan cumplido 61 años (60, si son trabajadores a los que pudiera aplicarse la disp. transit. 3ª LGSS, sobre la jubilación anticipada transitoria), y la que afecta a trabajadores de más de 65 años (o jubilación parcial ordinaria o postergada). No interesa obviamente aquí esta segunda que difícilmente

puede funcionar como una herramienta al servicio de las decisiones empresariales de reestructuración. Pero sí, sin duda alguna, la jubilación anticipada parcial. Que, como ha sucedido con la jubilación anticipada ordinaria o transitoria, ha sufrido cambios normativos muy relevantes que pueden ubicarse en dos momentos.

El primero de ellos, con el RD 1312/2002, de 31 de octubre<sup>61</sup>, que, al establecer las reglas de cálculo de la propia pensión de jubilación parcial así como de la jubilación completa tras una fase de jubilación parcial, introdujo una serie de reglas muy favorables a esos cálculos, reglas que siguen subsistiendo, por cierto. De forma que, en primer lugar, la pensión parcial se calcula conforme a las reglas generales, sin que le afecte, mediante coeficientes reductores por ejemplo, que la jubilación se perciba con anticipación a la edad ordinaria. En segundo lugar, el hecho de haber trabajado parcialmente durante la jubilación parcial no afecta a la cuantía de la prestación por jubilación completa ya que, de una parte, para el cálculo de la base reguladora se tienen en cuenta las bases de cotización correspondientes al periodo de trabajo a tiempo parcial, pero incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si el beneficiario hubiera trabajado a tiempo completo; y, de otra parte, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión, el tiempo de trabajo parcial simultáneo con la jubilación parcial se computa como periodo cotizado a tiempo completo, sin que le afecten las normas particulares en materia de Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial.

Sin duda que estas reglas, decididamente favorables a la jubilación parcial anticipada, han provocado el recurso muy frecuente a esta fórmula como manera de afrontar procesos de reestructuración empresarial; así lo manifiestan las cifras que reflejan cómo el número de jubilaciones parciales anticipadas se ha multiplicado por cuatro en el periodo comprendido entre 2003 y 2008. La jubilación parcial anticipada, además, presenta ventajas también para las empresas ya que pueden organizar un procedimiento de sustitución paulatina de los trabajadores de edad madura (justamente lo que se llama rejuvenecimiento de plantillas) mediante la combinación de la jubilación parcial, el trabajo parcial y el contrato de relevo, sin ningún coste indemnizatorio impuesto por la ley, más allá de lo que esas empresas quieran asumir en el contexto de un diseño global de puesta en práctica de estas jubilaciones parciales. El amplio margen legal para ubicar la reducción de la jornada del jubilado parcial en la franja que se considere conveniente así como la obligación de mantener en vigor el contrato de relevo sólo mientras dure esa misma jubilación parcial, también han favorecido el recurso a este tipo de medida, sin duda vinculadas a decisiones estructurales de la empresa con repercusión en su nivel de empleo.

---

<sup>61</sup> En aplicación de las reformas introducidas por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social y la Ley 35/2002, de 12 de julio, todas ellas sobre el trabajo a tiempo parcial, la jubilación parcial y el contrato de relevo.

El segundo hito normativo que ha afectado a la jubilación parcial anticipada se concreta en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Se trata de una regulación limitativa que pretende corregir lo que se ha considerado un recurso excesivo por parte de las empresas a este tipo de jubilación anticipada con el consiguiente desplazamiento de los costes de la reestructuración hacia el Sistema de Seguridad Social, en razón sobre todo del nulo impacto del trabajo parcial previo ni sobre la cuantía de la misma jubilación parcial ni sobre la cuantía de la jubilación ordinaria total subsiguiente. En consecuencia, la reforma ha introducido una serie de correcciones que configuran el cuadro normativo actual, si bien todavía es pronto para percibir su impacto ya que la Ley 40/2007 ha añadido una nueva disposición transitoria a la LGSS, la número decimoséptima, según la cual, todas las reformas restrictivas que ahora se mencionarán, se aplicarán de forma gradual en un periodo que puede durar entre cinco o siete años. Además de que dicha disp. transit. 17ª LGSS se cierra con una cláusula general, conforme a la cual, el régimen jurídico de la jubilación parcial vigente a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007 seguirá aplicándose a los trabajadores afectados por compromisos adoptados con anterioridad a esa fecha y plasmados en convenios o acuerdos colectivos, mientras estos acuerdos estén en vigor, con el tope máximo del 31 de diciembre de 2009. Por una u otra razón, sólo tras esta última fecha y, más exactamente, a partir del quinto año de aplicación de la reforma (2012) podrá apreciarse el efecto restrictivo de las nuevas reglas.

Sin pretender, tampoco aquí, describir el régimen jurídico de la jubilación parcial anticipada (contenido en el art. 166 LGSS), si es interesante dejar constancia de los aspectos que la Ley 40 /2007 ha modificado con la finalidad de controlar el recurso a este tipo de jubilación parcial.

En primer lugar, la edad mínima en la que es posible acudir a la jubilación parcial se fija en los 61 años<sup>62</sup>, estableciéndose una progresión, medida en meses, desde los 60 años iniciales hasta los 61 años, siendo finalmente aplicable en plenitud esta edad a partir del séptimo año de vigencia de la reforma, esto es, en el 2014. Sorprende, sin duda, que ese corto salto de un año en la edad mínima de acceso a la jubilación parcial requiera un periodo transitorio tan desproporcionadamente extenso. Más importante que esa edad (60, por ahora, 61, en siete años) es la prohibición de aplicar coeficientes reductores de la edad o bonificaciones o anticipaciones de la misma (como antes era posible); de forma que sólo podrá ser jubilado parcial quien tenga realmente la edad mínima fija en la norma.

En segundo lugar, el art. 166 LGSS exige que el candidato a jubilarse anticipada y parcialmente acredite una antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años,

---

<sup>62</sup> Salvo, como sucedía con la jubilación anticipada, si se trata de trabajadores mutualistas el 1 de enero de 1967 a los que pueda aplicarse la disp. transit. 3ª LGSS, ya analizada antes, los cuales podrá jubilarse parcial y anticipadamente a los 60 años.

inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. Otro requisito exigible de forma gradual, previéndose un periodo transitorio de cinco años (exigiéndose dos años en el primero de aplicación de la reforma y un año adicional por cada año transcurrido hasta el año 2012 en que se exigirán finalmente los 6 previstos). La finalidad de esta modificación parece estar vinculada a concentrar la medida de la jubilación parcial en los trabajadores con una mínima vinculación temporal con la empresa y no como un recurso para desprenderse de trabajadores temporales o de reciente ingreso o, incluso, reingreso. De esta manera, la jubilación parcial anticipada acentúa su rasgo de ser una medida de reestructuración de la plantilla dirigida a trabajadores implantados en la empresa en razón de ese mínimo de antigüedad que se les exige, ya que otros trabajadores de menor antigüedad seguramente estarán vinculados mediante contratos temporales que hacen innecesario el recurso a la jubilación anticipada.

En tercer lugar, el trabajador debe acreditar un mínimo de 30 años de cotización, sin que se tenga en cuenta (como sucedía con la jubilación anticipada ordinaria) la cotización por pagas extraordinarias. Esta es, sin duda, una exigencia muy notable ya que multiplica por dos la carencia requerida puesto que, con anterioridad a la reforma, bastaba con la mínima general de quince años para acceder a la pensión ordinaria de jubilación. También en este caso se prevé un periodo transitorio de cinco años (que finaliza en el año 2012), conforme al cual se exigirán progresivamente 18, 21, 24, 27 o 30 años de cotización, en cada año que abarca dicho periodo transitorio. Esta exigencia aparece como fuertemente restrictiva, y sin duda lo es, si bien merece detenerse en su alcance real. En primer lugar, como sucedía con los 6 años de antigüedad en la empresa, concentra las posibilidades de la jubilación parcial anticipada en el colectivo de trabajadores que tienen una más amplia carrera de seguro; sin duda buscando evitar que trabajadores con una historia de cotización muy corta o mínima se beneficien de un tipo de jubilación altamente beneficiosa con un coste financiero muy alto para el Sistema. Restringir la medida a quien ha cotizado mucho tiempo restablece la lógica del principio de contributividad. Esto, desde la perspectiva del Sistema. Ahora bien, ni la antigüedad de seis años en la empresa, ni tampoco la exigencia de 30 años de cotización parecen tener un impacto excesivamente limitativo. Por cuanto, utilizada la jubilación parcial anticipada para excluir de la plantilla de la empresa a trabajadores cercanos a la edad de jubilación, estos normalmente reunirán ambos requisitos: el de antigüedad si son trabajadores vinculados a la empresa por contratos indefinidos; y el de cotización por la propia cercanía a la edad de jubilación que ese tipo de trabajadores suelen poder reunir con mayor o menor facilidad, salvo obviamente los trabajadores con carreras de seguro atípicas, una vez más penalizados en el ámbito de la Seguridad Social.

En cuarto lugar, la reforma también ha cerrado el arco de reducción de la jornada, pasando del muy permisivo de entre el 25 por 100, como mínimo, al 85 por 100, como máximo, al 25 por 100, como mínimo, al 75 por 100, como máximo; so-

metiendo esta restricción también a un proceso gradual de aplicación que abarca igualmente cinco años (2012), para ir reduciendo el máximo del 85 por 100 a un ritmo de dos o tres puntos porcentuales por año. Un cierre del abanico que, como es obvio, ha afectado a las reducciones más importantes de la jornada (cercanas, en la regulación anterior, a la jubilación completa hasta hacer casi simbólica la parte de actividad laboral restante); con la finalidad evidente, de un lado, de limitar la cuantía de la pensión parcial de jubilación generada, y, de otro lado, la de hacer real y efectiva la vinculación laboral residual del trabajador. Evitando, de paso, maniobras prácticamente fraudulentas consistentes en fijar una jornada residual de sólo el 15 por ciento del total, cifrar esa jornada residual en un número total de horas o días/año, no atribuir a esas horas un lugar concreto en el calendario laboral, establecerlas como una suerte de bolsa de horas a disposición de la empresa y, finalmente, no utilizarlas productivamente, aunque se retribuyan. Colocando al trabajador en una situación práctica de jubilado total, vinculado a la empresa por un contrato de trabajo a tiempo parcial de carácter simbólico.

De forma que la empresa, a un coste muy bajo (sólo el de las horas que el trabajador jubilado parcial debe realizar en el marco de su contrato de trabajo a tiempo parcial complementario, cotizadas, además, en la cuantía reducida de este tipo de contrato), al que, quizás, añada ciertos compromisos económicos (sobre todo en relación con prestaciones complementarias de la Seguridad Social, tales como planes de pensiones), puede desprenderse de un trabajador (o, mejor, de un grupo de trabajadores por cuanto estas medidas suelen insertarse en un plano global de reestructuración), hasta cuatro años antes del cumplimiento de la edad de jubilación ordinaria. Por parte del trabajador, la jubilación parcial calculada sin aplicación de ningún coeficiente reductor por edad, la conservación del nivel retributivo atribuido a la jornada de trabajo residual, la posibilidad de lograr el compromiso de la empresa de garantizar el nivel retributivo anterior a la jubilación parcial mediante complementos a su cargo, y el derecho a recalcular la pensión de jubilación al llegar a la edad estándar sin que el tiempo de jubilación parcial le afecten en sentido negativo, son todas ventajas que hacen que no suela existir oposición alguna a las propuestas empresariales. Además de que la aceptación de la jubilación parcial anticipada es absolutamente voluntaria para el trabajador, sin que quepa imponérsela por acuerdo colectivo ni por expediente de regulación de empleo.

Por último, la reforma ha afectado también al contrato de relevo que debe acompañar la jubilación parcial anticipada. Se exige ahora que, si el puesto de trabajo del relevista no puede ser el mismo o alguno similar al que venía desempeñando el jubilado parcial anticipado, por razones achacables a los requerimientos específicos del puesto (lo que, de paso, desmiente todos los planteamientos, un tanto utópicos que asocian a la jubilación parcial y al contrato de relevo una cierta función de sustitución generacional con una carga de transmisión de experiencias y conocimientos), cuando menos debe existir una correspondencia entre las bases

de cotización de ambos. Aquí, el valor inmaterial de la transmisión de experiencias y del fomento de una jubilación gradual y flexible, en teoría propio de la jubilación parcial, ha quedado desplazado por una dimensión económica, vinculada al coste de contratación del trabajador relevista en comparación con el del trabajador jubilado. De manera que basta que ese coste sea parecido, con la finalidad de evitar un relevo que sólo persiga el abaratamiento de la contratación, sustituyendo al jubilado por un nuevo contrato mucho más económico desde el punto de vista salarial y del gasto social. La semejanza, desde el punto de vista de la Seguridad Social, se centra en la cuantía de la base de cotización (referencia indirecta del salario, como se sabe), que no podrá ser inferior, para el trabajador relevista, al 65 por 100 de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial.

Para acabar con la reforma de la jubilación anticipada parcial hay que señalar que el art. 166 LGSS permite que la reducción de la jornada llegue hasta el porcentaje del 85 por 100 anterior a la reforma si el trabajador relevista es contratado a jornada completa y por tiempo indefinido y se reúnen por el relevado los requisitos máximos de los 6 años de antigüedad y los 30 años de cotización. Incluso, la disp. transit. 17ª LGSS permite, hasta el año 2012, que en estos casos la edad mínima de acceso a la jubilación parcial anticipada sea de 60 años. Aquí el objetivo de empleo es evidente, en la forma de incentivo para la contratación a tiempo completo y por duración indefinida, hasta el extremo de anular precisamente las reformas más incisivas de la Ley 40/2007.

Reformas las descritas todas ellas orientadas, de manera clara, a controlar y ordenar el recurso a la jubilación anticipada parcial, evitando maniobras especulativas y concentrando este procedimiento en trabajadores con una amplia historia de cotización a la Seguridad Social (menos costosos, pues, para ésta), con una antigüedad también notable en la empresa (para evitar que se use la jubilación parcial para trabajadores recientemente incorporados y con un pasado de vinculación con la empresa muy reducido o, incluso, para impedir ciertas maniobras que podrían ser consideradas fraudulentas), con una edad realmente cercana a la de jubilación (permitiéndose una anticipación de sólo cuatro años como máximo), y que realmente desempeñen un trabajo, aunque residual, en la empresa de la que se han desvinculado parcialmente. Es decir, un perfil que sigue haciendo que la jubilación parcial anticipada sea, como demuestran los datos, una de las soluciones más eficientes, tendiendo en consideración las prestaciones de la Seguridad Social, para proceder al rejuvenecimiento de la plantilla o a la amortización, a corto plazo, de determinados puestos de trabajo. Lo que son decisiones empresariales que se adscriben típicamente a los procesos de reestructuración.

Otra cosa es si sería más adecuado exigir, en los casos de jubilaciones parciales de carácter colectivo o que se diseñan globalmente como un instrumento de reestructuración, un mecanismo de control semejante al que se requiere en despidos colectivos, suspensiones o reducciones de jornada, esto es, un expe-

diente de regulación de empleo que desemboque en una autorización administrativa para poner en marcha ese plan de jubilaciones anticipadas parciales; aunque el obstáculo sea, desde luego, el que la decisión de jubilarse parcialmente es voluntaria. Pero podría subordinarse a un plan global que requiriera ser controlado y autorizado.

## 4. HACIA LA JUBILACIÓN A TRAVÉS DEL DESEMPLEO: LA PREJUBILACIÓN

### 4.1. La caracterización de la prejubilación<sup>63</sup>

Se decía al inicio de esta Ponencia que entre el desempleo y la jubilación existe una situación intermedia que se materializa por insertarse en una secuencia peculiar. En efecto, se trata de una situación (aunque habría que hablar mejor de un proceso) que parte de la exclusión del trabajo de trabajadores próximos a la edad de jubilación, una exclusión normalmente tutelada por la Seguridad Social mediante las prestaciones de desempleo (sean sólo las de tipo contributivo o también las asistenciales); que instala a los trabajadores afectados en un *impasse* o tiempo de espera hasta el cumplimiento de una edad que les permita excluirse definitivamente del mercado de trabajo con derecho a prestación por esta contingencia; y que finaliza con la jubilación mediante una de dos de las alternativas posibles (ya sea la anticipada, ya sea la ordinaria), aunque, dada la lógica de la prejubilación, será normalmente la primera<sup>64</sup>. Este proceso se caracteriza por dos rasgos básicos.

En primer lugar, que no puede hablarse propiamente de prejubilación si no existe un diseño que conecte todas las fases del proceso (extinción del contrato-desempleo-tiempo de espera-jubilación)<sup>65</sup>. Y, en segundo lugar, que la ubicación en

---

<sup>63</sup> Sobre todo lo relacionado con la prejubilación es imprescindible referirse al tratamiento monográfico pionero en esta materia como es el de L. López Cumbre. La prejubilación, Civitas, Madrid, 1998.

<sup>64</sup> Puesto que se trata de trabajadores sin vínculo laboral alguno activo, no les es posible jubilarse ni a la edad de 64 años ni mediante la jubilación parcial, ya que ambas modalidades exigen, como se ha visto antes, que el trabajador se encuentre en activo, es decir, en situación de alta, puesto que su justificación se encuentra en un contrato suscrito paralelamente por la empresa con otro trabajador (el contrato de sustitución o el contrato de relevo, respectivamente). Mientras que esa vigencia no es necesaria en el caso de la jubilación ordinaria o anticipada, a las que se puede acceder desde, incluso, la ausencia de alta.

<sup>65</sup> En teoría, cabría una prejubilación no programada que vendría a iniciarse con la extinción del contrato del o de los trabajadores (no sólo caben prejubilaciones colectivas sino también individuales), su paso posterior a la protección por desempleo (protección que será habitual, del signo que sea, debido

el desempleo de los trabajadores afectados se hace desafiando la que cada vez más es una exigencia de la protección de este tipo, cual es la de la voluntad de retorno lo más inmediatamente posible a la actividad laboral. De forma que quien se prejubila y mientras es sólo beneficiario de las prestaciones de desempleo no tiene pretensión real alguna de retornar a la actividad; es más, normalmente no se contempla siquiera como posibilidad<sup>66</sup>.

Actitud que queda favorecida por la situación del mercado de trabajo, la carencia de ofertas, la preferencia indiscutible de las empresas por trabajadores más jóvenes, las características propias de los trabajadores de edad madura (menos formación, o menos actualizada, menor polivalencia y adaptabilidad a los cambios), o, incluso, por el mismo funcionamiento de los sistemas públicos de empleo conectados a la cobertura del desempleo, obligados a seleccionar candidatos con determinados perfiles (que no favorecen desde luego a los trabajadores de edad madura) en relación con las ofertas de empleo que reciben<sup>67</sup>. De modo que, incluso en la lógica prestacional de la Seguridad Social, el prejubilado no es un auténtico desempleado sino sólo alguien que ha anticipado su salida del mercado de trabajo en relación con la edad en la que podría jubilarse (habitualmente de forma anticipada, por lo que la prejubilación se traduce en una doble anticipación o en una anticipación de la anticipación de la jubilación) y que sólo espera el cumplimiento de esa edad para confirmar esa salida, también prestacionalmente dado el cambio, sin solución de continuidad, desde el desempleo a la jubilación.

La existencia de este segundo rasgo se ha puesto de manifiesto desde hace tiempo en la propia cobertura del desempleo mediante la figura del trabajador

---

a la edad del trabajador y su normalmente amplia carrera profesional que le facilitará acceder a estas prestaciones; y, si no es el caso, la amplia gama de subsidios e, incluso, el previsto para mayores de 52 años, le permitirá normalmente obtener el subsidio asistencial por desempleo), y, finalmente, el acceso a la jubilación en el momento en que quiera o quieran hacerlo los afectados y en la modalidad en que puedan hacerlo. Pero no es un diseño programado ya que, una vez el trabajador es despedido, su conexión con la empresa desaparece e inicia un proceso personal en el que, desde luego, podrá explotar las posibilidades del sistema de protección para llegar en la mejor de las condiciones a la mejor de las jubilaciones. En definitiva, lo que da unidad al proceso, permitiendo hablar de prejubilación (sobre todo en conexión con decisiones de reestructuración empresarial), es el diseño global de los sucesivos tránsitos y la implicación de la empresa tanto en el inicio (tipo de extinción del contrato) como en su desarrollo (garantía de rentas anteriores, complemento de prestaciones, pago de convenio especial con la Seguridad Social, aportaciones a sistemas de previsión privada tales como seguros o planes y fondos de pensiones), cuanto más raramente en su final (complementos de la pensión de jubilación, etc.). La clasificación de las prejubilaciones en López Cumbre, *La prejubilación*, cit. pp. 96 y ss.; también, J.A. Sagardoy Bengoechea y J.L. Gil y Gil, "La jubilación como medida de reestructuración empresarial", *Tratado de jubilación*, cit. pp.1101 y ss.

<sup>66</sup> Así lo puso de manifiesto el Informe acerca de "Vida laboral y prejubilaciones". Consejo Económico y Social, 2/2000, p. 40.

<sup>67</sup> Aunque todo esto esté trayendo a un primer plano la cuestión subyacente de la discriminación por edad en las opciones empresariales e, incluso, en las propias políticas de empleo.

mayor de 52 años (edad, por cierto, rebajada hace algunos años desde los iniciales 55), para el cual, como se sabe, está prevista una variedad del subsidio asistencial cuyo beneficiario típico<sup>68</sup> es el trabajador que ha perdido su empleo (a una edad que puede ser incluso inferior a los 52 años, cubriendo la diferencia con la prestación contributiva, según su duración), que recibe la prestación contributiva de desempleo, que la agota y que no encuentra ocupación pese a estar, en teoría, dispuesto a trabajar. Pues bien, para hacer frente a esta situación, la LGSS incluye desde hace tiempo una prestación asistencial que, indudablemente tiene una naturaleza de puente hacia la jubilación puesto que sólo pueden acceder a ella quienes ya reúnan los requisitos para obtenerla (salvo la edad, lógicamente), en particular el periodo mínimo de cotización de quince años establecido en el art. 161.1, b) LGSS; además, la duración del subsidio confirma esa función de este tipo de prestación por desempleo ya que puede percibirse hasta el cumplimiento de “*la edad ordinaria que se exija en cada caso para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación*” (art. 216.3 LGSS), lo que, obviamente, no impide que sea hasta la jubilación anticipada, si es la opción del trabajador<sup>69</sup>.

Como es conocido, el Sistema español de Seguridad Social no contempla, entre las contingencias protegidas, la de prejubilación. Sólo el art. 161 bis.2, d), segundo párrafo LGSS se refiere a ella pero para adjetivar el instrumento que la origina (“*acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación*”); lo que, relacionado con el contexto donde esa calificación aparece, resalta el que antes se ha considerado uno de los rasgos característicos de la prejubilación: el que derive y se integre en un diseño, plan o programa de la secuencia activo-desempleo-jubilación, en relación con uno, varios o un colectivo de trabajadores. Puesto que no está recogida en la ley, no existe una definición normativa de la prejubilación.

No obstante, partiendo de lo dicho, la prejubilación puede definirse como la situación del trabajador que, desde una situación generada de desempleo total, cercana a la edad de jubilación, recibe prestaciones económicas por esa contingencia de desempleo hasta la edad en que puede o decide jubilarse. Se habla de prestaciones económicas porque se parte de la base de que, en la mayoría de las situaciones de prejubilación, el trabajador obtiene alguna protección del sistema público (aunque se trata de prestaciones, con carácter general, no diseñadas para servir de

---

<sup>68</sup> Pueden existir, desde luego, otras variantes más marginales: liberados de prisión, emigrantes retornados, inválidos recuperados (art. 215.3 LGSS en relación con los apartados anteriores del mismo artículo)

<sup>69</sup> Lo que será lo normal dadas las limitaciones que existen para percibir el subsidio asistencial de desempleo, fundamentalmente el tope de recursos o rentas y la escasa cuantía del subsidio (arts. 215.3 y 217 LGSS). El paso a la situación de jubilado, incluso si anticipadamente, mejorará, al menos a corto plazo, la situación económica del trabajador al recibir una prestación no condicionada por los recursos o ingresos personales o de la unidad familiar, cuya cuantía, además, será siempre superior, aunque fuere por la vía de la garantía de la pensión mínima.

puente a la jubilación, sino sólo utilizadas atribuyéndoles esa función); lo que no impide (es más, será lo normal) que también obtenga prestaciones privadas procedentes de la empresa, del tipo de las señaladas antes (esto es, una prejubilación de naturaleza mixta). De tratarse sólo de este tipo de contraprestaciones privadas (entre las que habrán de contarse desde la indemnización por la extinción hasta la aportación al convenio especial con la Seguridad Social, pasando por la garantía de rentas durante el tiempo de tránsito desde la pérdida del empleo hasta la jubilación), se estará en presencia de una prejubilación privada que, en este trabajo dedicado a la conexión entre reestructuración empresarial y protección social, no tiene relevancia<sup>70</sup>. Por otra parte, estas prejubilaciones privadas son muy infrecuentes debido al alto coste que suponen para la empresa y la complejidad de articular todo ese conjunto de compromisos con garantías para los trabajadores afectados.

Finalmente, la prejubilación se manifiesta como una situación, inserta en un proceso que se apoya en un diseño en el que se combinan diferentes mecanismos en un programa o plan de prejubilación (forma de extinción de los contratos, tutela del sistema público, complementos empresariales, jubilación), siendo el resultado de un entrecruzamiento de situaciones normativas y de prácticas empresariales orientadas a la gestión y el rejuvenecimiento de la plantilla.

#### **4.2. Elementos de la prejubilación programada y mixta relevantes para las decisiones de reestructuración empresarial**

Como en relación con prestaciones anteriores, no se trata de realizar aquí un análisis a fondo de la regulación o de los caracteres de la prejubilación, sino sólo de aquellos aspectos de la misma que pueden tener una relación directa con las decisiones empresariales de reorganización productiva y de reestructuración con efectos sobre la dimensión y la composición de la plantilla de la empresa, lo que sucede básicamente con las prejubilaciones programadas y mixtas. Tales elementos son fundamentalmente los siguientes: la edad a partir de la cual se pueden iniciar (o se inician de hecho) estos procesos de prejubilación; las causas que deben estar en el origen que las extinciones que llevan a los trabajadores a pasar de la situación de activo a la de desocupado pero con derecho a la prestación por desempleo; la participación de la empresa, sus compromisos, cargas, obligaciones y responsabilidades; los rasgos de la regulación por desempleo, tanto contributivo como asistencial, funcionales a la puesta en práctica del diseño prejubilatorio; el acceso a la pensión de jubilación y sus requisitos especiales si se trata de una jubilación anticipada y la repercusión del itinerario previo en la calidad de la pensión de jubilación.

---

<sup>70</sup> Salvo la peculiar hipótesis que se encuentra recogida en el art. 161bis.2, d) LGSS. Sobre este tipo de prejubilaciones privadas, en contraposición a las habituales de tipo mixto, López Cumbre. La prejubilación, cit. pp. 100-103.

#### ***4.2.1. La edad de inicio del proceso de prejubilación***

Puesto que no se trata de una contingencia protegida por el Sistema de Seguridad Social no existe ninguna norma que establezca (como sucede con la jubilación) una edad mínima a partir de la cual puede iniciarse este tipo de proceso. La que se puede calificar como habitualmente mínima (que, por supuesto puede acordarse en un caso concreto que sea más elevada por negociarse así en el acuerdo de prejubilación) será el resultado indirecto de las posibilidades legales de establecer un itinerario sin rupturas desde la pérdida del empleo hasta la jubilación, sea ordinaria o anticipada; lo que depende de la tutela que, para otras situaciones como el desempleo, exista en el ordenamiento de la Seguridad Social. Como consecuencia de esa valoración, dos pueden ser las referencias a la edad mínima de prejubilación: los 50 o los 52 años. Lo que no quiere decir que esas edades sean las habituales ya que es frecuente encontrar acuerdos de prejubilación que hacen iniciar el proceso a partir del cumplimiento de los 55 o 56 años; una edad más tardía sin duda como forma de reducir el coste de los complementos económicos a cargo de la empresa, acortando su tiempo de aplicación por cada trabajador afectado.

La identificación de esas dos edades mínimas de prejubilación obedece a dos reglas propias de la prestación por desempleo. En cuanto a los 52 años, porque, como se ha dicho antes, ésta es la edad a partir de la cual es posible percibir el subsidio asistencial de desempleo (habitualmente llamado, “subsidio de prejubilación” y así se le nombrará aquí). Dado que la duración de este subsidio acaba con la jubilación del trabajador, se manifiesta como el instrumento más eficiente para establecer la conexión entre desempleo y jubilación; otra cosa son sus déficits en cuanto a su calidad prestacional y las posibles restricciones a su acceso, que se recordarán más adelante. De forma que el trabajador, despedido a los 52 años, tiene garantizado que, duren lo que duren las prestaciones de nivel contributivo de desempleo, siempre podrá, tras su agotamiento, obtener una prestación asistencial que podrá conservar hasta que se jubile. Si, alternativamente, se hace referencia a los 50 años como edad mínima posible de inicio de los procesos de prejubilación es porque, afectando este tipo de expedientes a trabajadores de edad madura y habitualmente con una notable antigüedad en la empresa, no tendrán problemas para reunir el periodo máximo de cotización por desempleo que le atribuirá el derecho a percibir el de tipo contributivo durante el máximo de su duración, precisamente dos años (art 210.1 LGSS); transcurridos los cuales, ese mismo trabajador podrá pasar a recibir el subsidio asistencial para mayores de 52 años y, a partir de él, como en el caso anterior, conectar con la jubilación.

#### ***4.2.2. Las causas de la extinción contractual que se encuentran al inicio del proceso de prejubilación***

Puesto que la primera etapa del proceso de prejubilación consiste en la pérdida del empleo a consecuencia de la extinción del contrato, es importante que esa extinción sea susceptible de generar el derecho a las prestaciones por desempleo<sup>71</sup>. Para lo cual hay que recordar el mandato legal de que esa extinción se corresponda con alguna de las situaciones legales de desempleo previstas en el art. 208 LGSS y, fundamentalmente, que sea de naturaleza involuntaria. Esta exigencia hace hábiles a las extinciones de los contratos provocadas por despidos objetivos, ya sean individuales como colectivos (arts. 52 y 51 ET), por invalidez, muerte o jubilación del empresario (art. 49.g) ET), por resolución del contrato a iniciativa del trabajador a consecuencia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo art. 49.j ET), o, incluso, por agotamiento del término o el cumplimiento de la condición resolutoria, cuando ambas circunstancias son invocadas por el empresario (art. 49, b) y c) ET). En el esquema de la prejubilación no entran, pues,

---

<sup>71</sup> En teoría, también es posible iniciar todo el proceso mediante un acuerdo de suspensión del contrato. Esta alternativa, cuyo objetivo es mantener la vinculación del trabajador con la empresa, permitiéndole conservar derechos y expectativas asociadas a esa situación (participar en mejoras de los convenios colectivos con repercusión sobre los compromisos empresariales económicas durante el tiempo de prejubilación; conservar derechos de sufragio; poder retornar a la actividad poniendo fin al contrato sin necesidad de una nueva contratación; seguir siendo partícipe en activo de los planes de pensiones de la empresa; disfrutar de ventajas sociales del convenio como seguros médicos, entre otras; algo que, por cierto, también sería posible negociar con la empresa aun cuando el contrato se haya extinguido) ha sido mayoritariamente rechazada por la doctrina judicial que ha venido entendiendo que, en realidad, no hay suspensión sino extinción del contrato ya que no existe en realidad una finalidad de conservación del vínculo y tampoco una intención real de hacer retornar al trabajo al trabajador. En consecuencia, considera que el contrato de trabajo ha finalizado y que ha sido sustituido por otro tipo de contrato entre la empresa y el trabajador (que podría llamarse contrato de prejubilación) donde se establecen los compromisos de la empresa en relación con los trabajadores prejubilados. En este sentido, Sentencia el TS de 25 de junio de 2001 (Ar. 7079) y J. Cabeza Pereiro. “La prejubilación laboral”, en el volumen Nueva sociedad y Derecho del Trabajo, La Ley, Madrid, 2004, pp. 210-211, y, del mismo autor, “Algunas consideraciones sobre la prejubilación a la vista de la doctrina reciente”, Tratado de Jubilación, cit. pp. 55 y ss.; Sagardoy Bengoechea y Gil y Gil, cit. p. 1103 y R. Pradas Montilla, “Extinción del contrato y prejubilación”, Actualidad Laboral, 8/2005, pp. 898 y ss., quien sostiene que la prejubilación se vincula necesariamente con las causas de extinción del contrato, con un comentario acerca de la jurisprudencia del TS que considera que en la prejubilación lo que hay es extinción del contrato y no suspensión. Ello al margen de que la suspensión del contrato sólo permitiría acceder a la prestación por desempleo contributiva (siempre que acordada en el contexto de un expediente de regulación de empleo), pero difícilmente se justificaría una prestación asistencial, sin límite temporal o excesivamente amplio, asociada al subsidio de mayores de 52 años; una circunstancia como ésta evidencia que se trata de una suspensión ficticia (mucho más si inserta en un proceso de prejubilación) ya que no hay pretensión alguna por ninguna de las partes de que se produzca un retorno a la actividad en la empresa.

causas de extinción imputables a la voluntad del trabajador tales como el mutuo acuerdo o la dimisión (art. 49, a) y d). Incluso el despido disciplinario podría servir (art. 208.1.c) LGSS), aunque sea altamente improbable que un proceso de prejubilación se inicie por esta causa.

Si, además, se tiene en cuenta que una prejubilación programada suele ser colectiva, lo normal será que la extinción tenga lugar, bien mediante un despido plural del art. 52, c) ET, bien por un despido propiamente colectivo del art. 51 ET, instrumentado a través de un expediente de regulación de empleo, con la pertinente autorización administrativa, sea tras el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, sea tras el fracaso de éste, aunque en este último caso es difícil pensar en una prejubilación programada que no se apoye en el acuerdo entre trabajadores, ya directamente o a través de sus representantes, y el empresario. Sólo que, cuando tiene lugar la extinción múltiple de contratos de trabajo, sin que sea necesario por su número acudir a un expediente de regulación de empleo, la organización de la extinción, para preservar la doble expectativa de recibir la prestación por desempleo e integrarse en un proceso plural de prejubilación, es algo más compleja y alambicada. De forma que, junto a la decisión empresarial unilateral del empresario de despedir, recurriendo al despido objetivo del art. 52, c) ET (algo impuesto a los trabajadores y que, en consecuencia, es una causa de extinción involuntaria) será preciso acordar (lo que tanto puede hacerse individualmente como mediante un pacto colectivo) las aportaciones de la empresa en el itinerario de la prejubilación que comienza con esa suma de despidos individuales. De forma que habrá despidos individuales, pero, a la vez, un pacto (normalmente colectivo, pero puede que también individual pero plural) que establezca las condiciones futuras de la prejubilación que se pone en marcha. De aquí que se afirme<sup>72</sup>, que una cosa es la extinción del contrato y otra el acuerdo por el que se genera la situación de prejubilación, un negocio jurídico este segundo que es independiente o autónomo del extintivo y que queda encomendado, en general, a la autonomía individual de las partes, pudiendo pactar los términos en que el trabajador se prejubiliza y las prestaciones por parte de la empresa a las que tendrá derecho.

Que la fórmula anterior sea posible no excluye que lo habitual sea que todo el diseño se negocie en un acuerdo colectivo o en el pacto que se logre en el periodo de consultas dentro del expediente de regulación de empleo. De todas formas, si se quiere que el proceso de prejubilación avance sin dificultades es preciso que la desvinculación del trabajador de la empresa se haga preservando en esencia la condición de pérdida involuntaria del empleo; no sólo para obtener las prestaciones por desempleo sino también, como se recordará, para poder acceder a la jubilación anticipada que se hace depender precisamente de la involuntariedad inicial del desempleo. Es aquí donde se han suscitado algunas dudas acerca de la voluntariedad

---

<sup>72</sup> R. Pradas Montilla, "Extinción del contrato y prejubilación", cit., pp. 898-900.

o involuntariedad de la extinción del contrato, en el caso de planes de prejubilación cuya afectación a los trabajadores concretos se organiza mediante la predisposición voluntaria de tales trabajadores a ser incluidos en los expedientes de regulación de empleo o en los despidos objetivos.

La cuestión de la voluntariedad o involuntariedad, por parte del trabajador, en relación con el origen de su situación de prejubilado ha sido objeto de una cierta polémica doctrinal y de tratamientos jurisprudenciales divergentes, si bien unificados a partir de la Sentencia del TS de 25 de octubre de 2006 (RJ 2006/8262). La cuestión se ha suscitado debido, sin duda, a la complejidad del diseño de los procesos de prejubilación y a la necesidad de combinar situaciones y regulaciones diversas. Así, la hipótesis más obvia y menos problemática es la de un expediente de regulación de empleo autorizado por la autoridad laboral, a partir del acuerdo entre empresa y representantes en el periodo de consultas; un expediente que habilita al empresario a despedir a un cierto número de trabajadores que pueden o no estar identificados en el acuerdo y en la resolución del expediente, determinando el empresario quiénes serán los despedidos en el segundo caso; además, junto al acuerdo de extinción se han pactado colectivamente las condiciones que permiten hablar de un proceso de prejubilación, esto es, los compromisos económicos de la empresa con los trabajadores afectados en relación con la indemnización, el complemento de rentas, el pago de las cuotas por el Convenio Especial o, incluso, los complementos de la futura pensión de jubilación; finalmente, es el empresario el que decide qué trabajadores van a quedar afectados, comunicándoles su decisión de despedirlos. En este caso, la involuntariedad en la pérdida del empleo es indiscutible.

Pero la descrita no es la hipótesis habitual. Suele suceder en cambio que los procesos de prejubilación se diseñen, bien con carácter muy general e intemporal en el convenio colectivo (ofreciendo esta alternativa a los trabajadores que pudieran estar interesados en ella), bien en el acuerdo adoptado en el concreto expediente de regulación de empleo, quedando afectados por el mismo los trabajadores que manifiesten su voluntad en este sentido. Puesto que, finalmente, es la voluntad del trabajador, en los dos casos, la que hace que la pérdida del empleo se concrete subjetivamente, se ha interpretado que la pérdida del empleo es voluntaria y que, en consecuencia, ni el trabajador tendría derecho al desempleo, ni, más adelante, a la jubilación anticipada ordinaria (o transitoria asimilada a ella) con la ventaja de la aplicación, como se sabe, de coeficientes reductores de la cuantía de la pensión más bajos. Como se ha señalado<sup>73</sup> lo que “en realidad se hace es negociar planes de prejubilación o de readecuación de plantillas a los que los trabajadores interesados se adhieren voluntariamente, conformándose así el listado de trabajadores incluidos en el correspondiente ERE”.

---

<sup>73</sup> A.M. Badiola Sánchez, “Despido colectivo y jubilación”, en *Tratado de jubilación*, cit. p. 1481, “

La situación anterior ha hecho que, durante un cierto tiempo, la jurisprudencia haya considerado que se trata de una extinción del contrato por mutuo disenso, esto es, voluntaria por parte del trabajador, y, en consecuencia, no susceptible de generar el derecho a la prestación por desempleo ni, en su momento a la jubilación anticipada ordinaria; por no hablar de otras consecuencias como las referidas al derecho a la indemnización legal, igualmente negada por no tratarse de un despido<sup>74</sup>. Como se indicó páginas atrás, hasta la Sentencia del TS, en unificación de doctrina, de 25 de octubre de 2006 (RJ 2006/8262)<sup>75</sup>, los acuerdos de extinción de los contratos, en el contexto de un plan de prejubilaciones, se consideraban decisiones extintivas por mutuo acuerdo. Así lo establecieron numerosas Sentencias del TS, entre las que puede citarse la de 30 de enero de 2006 (RJ 2006/4350)<sup>76</sup>. En cambio, la Sentencia de 25 de octubre de 2006 diferencia si la extinción del contrato de trabajo ha tenido lugar en el marco de las previsiones del convenio colectivo, como una oferta a los trabajadores para que acepten voluntariamente acogerse a la prejubilación evitando el expediente de regulación de empleo; en cuyo caso, la extinción se considera voluntaria, derivada del mutuo acuerdo. O si, en cambio, se trata de una aceptación por parte del trabajador de las ventajas pactadas colectivamente en el contexto de una decisión extintiva empresarial amparada por un expediente de regulación de empleo; concluyendo que, en este caso, la existencia de un expediente de regulación de empleo y la autorización al empresario para imponer extinciones de los contratos de trabajo ya hace involuntaria dicha extinción, individualmente considerada, aunque se haya formulado como una aceptación del trabajador de acogerse a la prejubilación<sup>77</sup>.

Como el TS señala, *“no puede hablarse de que el origen de la prejubilación sea voluntario sino de la aceptación de ventajas pactadas colectivamente respecto de una decisión extintiva acordada unilateralmente por el empresario en el marco de un expediente de regulación de empleo...”*. Argumento aceptable, sobre todo si

---

<sup>74</sup> Badiola Sáánchez, cit. pp. 1484-1488.

<sup>75</sup> Sentencia seguidas de otras en el mismo sentido, como las de 17 de enero y 21 de julio de 2007,

<sup>76</sup> Sobre estas Sentencias, C. Gala Duran, “Comentario de la STS de 30 de enero de 2006 (recurso núm. 5320/2004): acuerdos de prejubilación, involuntariedad en el cese y determinación de los coeficientes reductores aplicables en el caso de la jubilación anticipada”, cit. y M. García Muñoz. “El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la autoridad laboral: ¿extinción por despido colectivo o mutuo acuerdo de las partes?”, cit. pp. 205-222.

<sup>77</sup> Sobre este cambio de la jurisprudencia, M. García Muñoz. “El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la Autoridad Laboral: extinción por despido colectivo. El nuevo criterio unificado”, *Temas Laborales*, 90/2007, pp. 263–283. También, L. López Cumbre, “La prejubilación en el proceso de transformación del sistema de protección social”, en *La Seguridad Social a la luz de sus reformas, pasadas, presentes y futuras*, Comares, Granada, 2008, p. 707 y Sagardoy Bengoechea y Gil y Gil, cit., p. 1109.

se pone en conexión con dos motivos más. Uno, que la decisión del trabajador de aceptar voluntariamente la prejubilación está fuertemente condicionada, en muchos casos, por el anuncio empresarial, de no aceptarse la prejubilación, de cambios en condiciones de trabajo que pueden afectar a la promoción, el lugar de trabajo o las funciones. Es verdad que este tipo de advertencias empresariales no necesariamente constituyen una amenaza que anule plenamente el carácter voluntario de la aceptación de la prejubilación, ni pueden ser consideradas constitutivas de coacción, pero sin duda hacen que la decisión del trabajador de acogerse al proceso de prejubilación pueda ser juzgada como matizada o relativamente voluntaria. El otro motivo está relacionado con la amenaza que sobrevuela sobre todos los procesos de prejubilación: el que, al afectar a los trabajadores de una cierta edad, pueda ser juzgada como una discriminación prohibida por esta causa. La aceptación voluntaria del trabajador se convierte así en la forma de evitar ese reproche<sup>78</sup>.

En relación con el tema de la involuntariedad de la extinción del contrato que coloca al trabajador en situación de prejubilado y de su incidencia sobre la posibilidad de acceder, no tanto a la prestación por desempleo sino a la jubilación anticipada ordinaria (que requiere, como se ha dicho antes, la involuntariedad de la causa que generó la pérdida del empleo), es necesario prestar atención al segundo párrafo del art. 161. bis.2,d) LGSS. Se trata de un párrafo muy confuso pero cuya finalidad puede resumirse, justamente, en que no es necesario que el contrato de trabajo se haya extinguido de forma involuntaria desde la perspectiva del trabajador (y tampoco que el trabajador esté seis meses inscrito como demandante de empleo) siempre que se den una serie de circunstancias. En primer lugar, que haya un acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación donde se impongan al empresario una serie de obligaciones respecto de esa situación; en segundo lugar, que esos compromisos comprendan el abono al trabajador, tras la extinción del contrato pero en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de la jubilación anticipada, de una cantidad equivalente, anualmente, a la que le hubiera correspondiendo si hubiera percibido las prestaciones por desempleo (algo que no sucede dada la voluntariedad del cese) a la que se añade la cuantía de las cuotas por convenio especial<sup>79</sup>.

Como puede apreciarse, se trata de una posibilidad, introducida desde el año 2001, que permite que el proceso de prejubilación se inicie, sin merma de las expectativas del prejubilado, con una extinción voluntaria del contrato, eludiendo las carencias que se derivarían para el trabajador; fundamentalmente, no tener derecho

---

<sup>78</sup> En este sentido, L. López Cumbre, “La prejubilación en el proceso de transformación..”, cit. pp. 706-708. En general, sobre discriminación por edad en la extinción del contrato, M. Nogueira Guastavino, “Extinción del contrato de trabajo y discriminación por razón de edad”, *Tratado de Jubilación*, cit., pp. 1425 y ss.

<sup>79</sup> Sobre esta cuestión, Cabeza Pereiro, “La prejubilación laboral...”, cit. pp. 241 y ss.

al desempleo y tampoco a la jubilación anticipada ordinaria. Aunque sea una alternativa particularmente costosa para la empresa, mucho más si, además de asumir la carga económica establecida en el art. 161.bis.2 LGSS, se prevén otro tipo de prestaciones o complementos.

#### ***4.2.3. Los compromisos empresariales***

Ya se ha indicado antes que las prejubilaciones que aquí interesan son sólo aquéllas donde, además de las prestaciones del sistema público (la de tránsito: el desempleo; la de llegada: la jubilación), existen compromisos económicos por parte de la empresa; esto es, una prejubilación programada y mixta. Puesto que las prejubilaciones son muy variadas, también lo son esos compromisos empresariales. Con carácter general, sin embargo, puede decirse que abarcan lo siguiente.

En primer lugar, el pago de la indemnización por despido, siendo el compromiso no tanto el hecho de abonarla (algo a lo que la empresa está obligada por imposición de las normas que regulan los despidos colectivos y objetivos) sino cómo hacerlo (si en la forma habitual, esto es, como una cantidad a tanto alzado o periódica en forma de renta, completando la cuantía de la prestación contributiva por desempleo) y en qué cuantía (si la estrictamente legal o incrementada). En segundo lugar, la empresa puede comprometerse a completar los ingresos del trabajador en situación de prejubilado (normalmente los derivados de la prestación de desempleo, sea contributivo o asistencial) mediante cantidades periódicas que, sumadas a las anteriores, alcanzan lo que puede calificarse como salario de referencia (no necesariamente el salario real percibido y en toda su integridad antes de la extinción del contrato, pudiendo ser una cuantía compuesta de diversos referentes establecidos en el acuerdo o contrato de prejubilación). En tercer lugar, la empresa puede asumir, al margen de cuando es obligatorio a tenor de lo establecido en el art. 51.15 ET, el pago de las cotizaciones correspondientes al convenio especial que el trabajador suscriba con la Seguridad Social, con la finalidad de preservar las expectativas de protección cuando acceda a la jubilación. En cuarto lugar, la empresa puede seguir abonando las cuotas o aportaciones que venía haciendo antes en nombre del trabajador activo a planes y fondos de pensiones, seguros de jubilación, de enfermedad u otros equivalentes de naturaleza privada. En quinto y último lugar, también puede asumir el compromiso de garantizar una cuantía final de la pensión de jubilación (que correspondería al concepto de salario pensionable), abonando la diferencia entre la pensión efectivamente recibida y dicha cuantía, mediante la externalización de esos compromisos económicos a través de planes de pensiones o seguros colectivos.

No es mi propósito analizar aquí todas las vicisitudes jurídicas que pueden suscitarse en torno a este amplio grupo de materias, muchas de ellas relacionadas con

la naturaleza y el contenido del acuerdo de prejubilación (si es colectivo) o del contrato de prejubilación (si es individual). Como por ejemplo, si la indemnización por extinción del contrato (que, en el caso de una extinción involuntaria, es obligada) puede ser abonada no sólo en forma de capital sino también de renta y, dentro de esta segunda opción, si puede ser externalizada como prima a abonar a una entidad aseguradora que asume el pago de una renta periódica; si esa indemnización legal mínima es mejorable (lo que es indudable) y si esa mejora puede abonarse igualmente en concepto de renta periódica; si puede acordarse un reparto de la indemnización a percibir durante el desempleo contributivo (compatible con otro ingreso) y como complemento de jubilación cuando se acceda a esa situación, salvando el tiempo intermedio del desempleo asistencial, debido al límite que impone en tope de rentas e ingresos para percibir dicha prestación por desempleo; si las prestaciones están no afectadas, porque así se acuerde, por los incrementos de los salarios de referencia; si deben percibirse en cuantía neta o bruta; si deben considerarse incluidas las pagas extraordinarias como referente de dicha cuantía; la forma y cuantía de la aportación de los compromisos económicos de la empresa en planes y fondos de pensiones o en seguros de jubilación; la aportación para financiar el convenio especial; la reversibilidad o no de tales compromisos, beneficiando a los herederos del trabajador, en caso de fallecimiento durante el tiempo de prejubilación; o, en fin, si esos complementos abonados por la empresa deben ser o no considerados como mejoras voluntarias de prestaciones de la Seguridad Social<sup>80</sup>.

En todo caso, interesa resaltar que algún cambio normativo ha facilitado la asunción y puesta en práctica de estos compromisos empresariales asociados a un proceso de prejubilación. Como es el caso de la obligación, establecida en el acuerdo o contrato de prejubilación, de seguir abonando las aportaciones a favor del trabajador en el sistema de planes y fondos de pensiones. En concreto, el art. 8.6 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (y en el mismo sentido el art. 11.6, b) y 25 del RD 304/2004, de 20 de febrero, reglamento de la Ley), permite las aportaciones al plan aunque se trate de un partícipe de un plan de empleo cuya vinculación con la empresa ha finalizado. Así lo hace al establecer la posibilidad de instrumentar, con carácter voluntario, el compromiso de la empresa de continuar sus aportaciones al plan, sometiéndose a la normativa financiera y fiscal que rige los planes de pensiones; si bien ello sólo será posible en relación con trabajadores que extingan su relación laboral y pasen a situación de desempleo en

---

<sup>80</sup> Para lo que hay dificultades importantes como es el que dichos compromisos suelen asumirse con independencia de que se acceda o no a las prestaciones del sistema público a las que, teóricamente, complementan; de forma que es imposible que existan mejoras de prestaciones cuando estas no existen. Cuestiones, las citadas, todas ellas abordadas por Cabeza Pereiro, "La prejubilación laboral.", cit. pp. 217-240.

virtud de un expediente de regulación de empleo. De forma que, pese al despido, la empresa podrá realizar aportaciones al plan imputándoselas al trabajador, incrementando sus derechos consolidados durante el tiempo de ubicación en la situación de prejubilación. Con esta regla, la legislación de los planes asume una evidente función de apoyo a los procesos de reestructuración, al permitir esas aportaciones al plan, pese a la extinción de la relación laboral.

#### ***4.2.4. Prejubilación y desempleo***

Se ha insistido mucho en que, en el contexto de una prejubilación programada y mixta, el acceso a la prestación por desempleo constituye la primera etapa de un proceso que finaliza con la jubilación. Pues bien, es indudable que en este punto la mecánica de la prejubilación, para ser efectiva, ha de hacer las cuentas con las normas que rigen las prestaciones públicas por desempleo. Ya se ha hecho referencia a la involuntariedad del desempleo y a su encaje con la dinámica de las prejubilaciones, mediante una ampliación del concepto de involuntariedad en cuando se trate de prejubilaciones que, aceptadas por los trabajadores individualmente, se inserta en un expediente de regulación de empleo que autoriza al empresario a despedir un determinado número de trabajadores. Pero la protección por desempleo tiene otras dimensiones que es necesario ajustar para que no constituyan un obstáculo a la aplicación del diseño prejubilatorio; que se concentran, sobre todo, en la fase del desempleo asistencial ya que, generada la situación legal de desempleo, la prestación contributiva es perfectamente compatible con cualquiera de los compromisos asumidos por la empresa.

Y, en concreto, el obstáculo principal está relacionado con el nivel de rentas o ingresos máximos que permiten la prestación asistencial y que, superados, hacen que el derecho a la misma no nazca o decaiga (art. 215 LGSS). No es que, desde luego, esta exigencia decaiga cuando se trata de situaciones de prejubilación, pero ciertas reformas de la LGSS han posibilitado que dos conceptos, centrales en la dinámica de la prejubilación, queden excluidos de cómputo. Se trata de la indemnización legal que el art. 215.2, segundo párrafo, expresamente excluye de cómputo, indicando que *“el importe correspondiente a la indemnización legal (obviamente la cuantía establecida por la norma, no los incrementos sobre ella que la empresa pueda haber negociado) que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta”*, y ello, como añade el apartado y es particularmente relevante aquí, *“con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica”*. Se trata de una reforma (introducida por la Ley 45/2002) que, sin duda, favorece las prejubilaciones, evitando que el pago de la indemnización por despido colectivo (aunque se articule en forma de renta) constituya, como normalmente sucedería, un factor de expulsión de la protección, provocando que el prejubilado carezca de la del

desempleo durante el tiempo, que puede ser largo, en que, según el diseño del plan de prejubilación, debería disfrutar de la prestación asistencial por desempleo hasta conectar con la jubilación. La segunda novedad es que tampoco se computan al mismo efecto las cantidades, también a cargo de la empresa, correspondientes a las cotizaciones del convenio especial; un compromiso que, aparte de ser obligado para los trabajadores mayores de 55 años (art. 51.15 ET) suele ser asumido con carácter general por las empresas en los procesos de prejubilación. Naturalmente que estas previsiones legales no impiden que deban computarse otras aportaciones empresariales, como sucede con la parte de la indemnización que supera el mínimo legal<sup>81</sup>.

Otra finalidad habitual de los procesos de prejubilación, temporalmente asociada al periodo de percepción por desempleo (sea contributivo o asistencial), es la de garantizar al prejubilado una pensión de jubilación lo más alta posible. Lo que puede lograrse de dos formas. Una, mejorando las bases de cotización que se han de tomar como referente para el cálculo de la pensión a través de la suscripción del pertinente convenio especial, asumiendo la empresa el pago a su costa de dichas cuotas. Otra, mediante complementos directos de la pensión de jubilación, habitualmente externalizados para garantizar su abono (sea mediante planes de pensiones, mutualidades laborales o seguros colectivos). Puesto que ya se ha hecho mención a esta última cuestión, procede abordar la primera.

Se trata de la regla contenida en el art. 51.15 ET (tras la reforma de la Ley 35/2002, de 12 de julio), según la cual, en los casos de expedientes de regulación de empleo que incluyan a trabajadores con cincuenta y cinco años o más de edad que no fueran mutualistas en enero de 1967 (exclusión que sólo se justifica porque estos mutualistas pueden acceder con más facilidad, como se ha visto, a la jubilación anticipada, si bien con el coeficiente reductor fijo por año del 8 por 100 de la cuantía de la pensión), la empresa está obligada a abonar las cuotas de un convenio especial a favor de los trabajadores afectados por la regulación de empleo. El régimen jurídico de tal convenio especial se encuentra regulado por la disp. adic. 31<sup>a</sup> LGSS<sup>82</sup>, de forma que, en síntesis, el ET y la LGSS han convertido en obligatoria para la empresa, la sometida justamente a una reestructuración del empleo, lo que venía siendo un compromiso que solía formar parte del diseño del proceso de prejubilación.

---

<sup>81</sup> Esto hace que, con alguna frecuencia, ese incremento sobre la indemnización legal se articule mediante el pago de primas de seguros orientadas a mejorar la jubilación una vez se haya accedido a ella, relegando la percepción de la indemnización legal en forma de renta a los tiempos de percepción del subsidio asistencial por desempleo, con el que es compatible como se acaba de ver.

<sup>82</sup> En la redacción dada por el RD-Ley 2/2009, de 7 de marzo) que ha introducido reformas en el sentido de acoger el impacto sobre el convenio especial de la posible compatibilidad entre el desarrollo de un trabajo y el tiempo de cotización por el convenio especial; de nuevo una norma que, si bien de forma tangencial, favorece la situación del trabajador prejubilado.

En consecuencia, las previsiones legales son ahora que el convenio especial beneficie a los trabajadores (con la edad mínima de referencia de los 55 años) afectados desde el cese en el trabajo (por expediente de regulación de empleo) o desde el cese de la obligación que cotizar por desempleo contributivo (tiempo en el que las cotizaciones orientadas a la jubilación no se deterioran en la medida en que la cotización continúa pese al desempleo pero, siendo contributivo, sobre bases cercanas al salario percibido por el trabajador hasta el momento de la extinción y el surgimiento del derecho a la prestación contributiva, arts. 206 y 214 LGSS); manteniéndose la obligación empresarial hasta el cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 61 años. Se trata de edades no elegidas de forma arbitraria, reflejando simultáneamente una realidad y una intención.

De forma que los 55 años se convierten en la edad de inicio del proceso de prejubilación (una manera de evitar que se produzcan prejubilaciones a una edad inferior que no se verían beneficiadas por el convenio especial obligatorio<sup>83</sup>); siendo el momento final el cumplimiento por parte del trabajador de los 61 años. Una edad límite en la medida en que, a partir de ella, el convenio especial podrá mantenerse pero a costa del trabajador; en este sentido la disp. adic. 31<sup>a</sup> indica que, a partir de los 61 años, las cuotas del convenio especial serán obligatorias y a cargo del trabajador. Una obligatoriedad limitada porque basta que el trabajador deje de pagar las cuotas del convenio para quedar excluido del mismo sin que se le pueda forzar a mantenerlo pese a su voluntad contraria. En todo caso, esta regla de edad límite de la obligación empresarial también pone de manifiesto que la edad a la que la norma considera que la jubilación definitiva debe producirse (aunque sea en su versión de jubilación anticipada) es la de los 61 años (precisamente la prevista para este tipo de jubilación anticipada ordinaria, como se ha visto antes), forzando esta opción al desplazar la carga económica del convenio especial de la empresa al trabajador. Lo cual no excluye que la empresa pueda aceptar asumir también esa carga hasta el cumplimiento de los 65 años por parte del trabajador, o hasta el momento en que éste decida jubilarse a partir de los 61 años.

Como se ha indicado, el convenio especial está orientado a conservar las expectativas de jubilación del trabajador prejubilado (en el terreno de la cuantía de la prestación) manteniendo el nivel de las cotizaciones que, más tarde, se utilizarán para calcular la cuantía de la pensión; cotizaciones que, en el tiempo del desempleo asistencial, sufren un deterioro notable ya que la base de cotización en un poco más elevada (125 por 100) que el tope mínimo (art. 218.3 LGSS). De aquí el sentido de la regulación, contenida en la citada disp. adic. 31<sup>a</sup> y en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, que regula el convenio especial en el Sistema de

---

<sup>83</sup> Un incentivo respecto de los trabajadores que, aceptando prejubilaciones antes de esa edad perderían ese beneficio; pero, quizás, también un incentivo para las empresas a forzar prejubilaciones a edades previas, con la finalidad precisamente de eludir el convenio especial obligatorio.

la Seguridad Social. De forma que las bases que se toman como referencia son el promedio de las correspondientes a los seis meses anteriores a la extinción del contrato (pudiendo ser incrementada, además, pero a partir del cumplimiento de los 61 años, de conformidad con el art. 6 de la Orden TAS/2865/2003<sup>84</sup>); lo que preserva la relación entre bases de cotización, salario de activo, bases de cotización durante la prejubilación y cuantía de la pensión de jubilación final<sup>85</sup>. La vinculación con el expediente de regulación de empleo se evidencia, por su parte, en el hecho de que la solicitud del convenio especial ha de hacerse en el momento de la tramitación del expediente de regulación de empleo; se articula claramente como un compromiso empresarial ya que tanto al empresa como el trabajador han de suscribir dicho convenio especial; supone una importante carga para la empresa que debe ingresar la totalidad del coste del convenio especial, aunque se permite el fraccionamiento por periodos anuales acompañándose esa solicitud de un aval; en todo caso, la carga económica del convenio especial es susceptible de aseguramiento o externalización. En definitiva, una obligación empresarial establecida en beneficio de los trabajadores sometidos a procesos de reestructuración y desplazados a la situación de prejubilados, si bien la edad final del beneficio a cargo de la empresa hace pensar en que la intención del legislador es provocar que la jubilación se decida por el trabajador precisamente a partir del cumplimiento de esa edad, 61 años, donde acaba la obligación empresarial<sup>86</sup>.

Por último, una regla favorecedora de la situación general del prejubilado es la que se refiere a la compatibilidad parcial entre trabajo y subsidio de desempleo para mayores de 52 años, al aceptar el art. 215.3.2 LGSS la posibilidad de que coincidan trabajo y percepción del subsidio al computar como renta para determinar el nivel de recursos también los ingresos derivados del trabajo, provocándose la suspensión del derecho si el trabajo es de duración inferior a los doce meses. Además, la disp. adic. 31ª LGSS contiene una previsión (modificada por el RDL 2/2009) según la cual, si durante la percepción del subsidio el trabajador realizase alguna actividad por la que se efectúen cotizaciones a la Seguridad Social, las cuotas co-

---

<sup>84</sup> La fijación de las bases de cotización durante el convenio especial es más favorable a una cuantía elevada, en el sentido que existen menos exigencias, en este tipo de convenios, para mantener las bases de cotización del tiempo de activo; así se manifiesta en el art. 6 de la Orden TAS/2865/2003, si se compara con la disp. adic. 31ª y con el art.20 de dicha Orden).

<sup>85</sup> Si bien no está prevista la actualización automática de las bases al compás de incremento de los topes máximos de cotización, que sólo puede aplicarse si así se solicita expresamente; de forma que en situaciones de prejubilación de larga duración las bases finales no actualizadas reflejan peor el nivel salarial de activo (art. 6 y 21 de la Orden TAS/2865/2003).

<sup>86</sup> Por cierto que, en el caso del art. 161 bis. 2, d) LGSS, esto es, cuando la prejubilación se inicia por una decisión voluntaria del trabajador, no existe la obligación empresarial de suscribir un convenio especial si bien el trabajador debe haber recibido de la empresa (para poder acceder en todo caso a la jubilación anticipada ordinaria) una cantidad equivalente a la cuota por convenio especial durante dos años.

rrespondientes a la actividad se aplican al tiempo del convenio posterior a los 61 años y a cargo del trabajador. Por último, hay que recordar la disp. transit. 5ª de la Ley 40/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, según la cual, la percepción del subsidio para mayores de 52 años es compatible con el trabajo por cuenta ajena en determinadas circunstancias, manteniendo la prestación y reduciendo el salario y la cotización<sup>87</sup>

En definitiva, una regulación claramente diseñada para favorecer y acompañar los procesos de prejubilación, intentando orientarlos con la finalidad que se inicien a partir de los 55 años y que finalicen con el cumplimiento del trabajador de los 61 años edad. Por cierto que este favorecimiento se reserva sólo para las prejubilaciones producidas en el contexto de un expediente de regulación de empleo, quedando al margen cualquier otra forma posible de articulación de dichas prejubilaciones (mediante despidos colectivos plurales, por ejemplo). Lo que, si bien toma razón de la forma habitual de diseñarse las prejubilaciones excluye de los beneficios establecidos a los trabajadores afectados por este tipo de prejubilaciones plurales.

#### ***4.2.5. La etapa final: el acceso a la jubilación***

La prejubilación como proceso finaliza con la jubilación del trabajador; que podrá hacerlo de forma anticipada o al cumplimiento de los 65 años. Aunque cualquiera de las alternativas, es algo aceptado, y así sucede frecuentemente, que el final de la prejubilación se produce con la jubilación anticipada. Muchas normas, como las que se acaban de mencionar, empujan en este sentido. Pero quizás merezca la pena, finalmente, mencionar las que se refieren a los sistemas de previsión complementaria; en concreto las relativas a los Planes y Fondos de Pensiones. (RD Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, Ley de Planes y Fondos de Pensiones y el RD 304/2004, de 20 de febrero) En relación con éstos, puede apuntarse que recientes reformas normativas han adaptado la protección social privada derivada de estos sistemas, a la situación habitual de la prejubilación y la jubilación anticipada. Así, pueden citarse, entre otras, las siguientes manifestaciones (art. 8 de la Ley de Planes y 7 a 9 del Reglamento)): la posibilidad de acceder a la prestación del sistema privado si el trabajador no puede acceder a la pensión de jubilación al cumplir los 65 años, si no trabaja ni cotiza a ningún régimen de la Seguridad Social; la posible anticipación de la prestación a los 60 años si hay un cese de la actividad y del alta en la Seguridad Social, aunque el trabajador no reúna todavía los requisitos para obtener una pensión de la Seguridad Social; el hecho de que puedan percibirse las prestaciones del plan a la vez que la jubilación en el sistema, aunque

---

<sup>87</sup> López Cumbre. "La prejubilación en el proceso de transformación...", cit. p. 702.

ésta sea anticipada; o, en fin, el que sea posible obtener las prestaciones del plan, correspondientes a la jubilación, si el partícipe, cualquiera que sea su edad, extingue la relación laboral y pasa a situación de desempleo. En todo caso, como se ha dicho, se trata de una flexibilización de las normas que rigen los planes de pensiones con la evidente finalidad de acompañarse a las situaciones de exclusión del mercado de trabajo, sobre todo producidas, aunque no sólo, en el contexto de un proceso de prejubilación.

## CONCLUSIONES

Muy breves, para poner fin al trabajo. Como ha podido apreciarse por las páginas precedentes, la prejubilación, no siendo una contingencia o situación expresamente prevista en las normas de Seguridad Social, sin embargo sí es tenida en cuenta a la hora de regular aspectos concretos que van desde la extinción del contrato mediante expediente de regulación de empleo, hasta la jubilación anticipada, pasando por la compatibilidad entre recibir el subsidio asistencial y la indemnización legal por despido o las previsiones de las normas que regulan los sistemas de previsión privada complementaria. Tratándose de una realidad no diseñada normativamente, su construcción se debe a la iniciativa y a la imaginación de quienes diseñan esos procesos de prejubilación, combinando realidades con normas, articulando, a veces forzosamente, lo establecido en relación con prestaciones aisladas, en principio no diseñadas para combinarse entre sí. Que la consecuencia sea o no la necesidad de convertir ese diseño en realidad normativa, estableciendo una regulación que recoja ese fenómeno es una cuestión que puede debatirse. Si bien no debe olvidarse que la prejubilación opera en la práctica como un mecanismo normalizado de redimensionamiento no traumático de plantillas, traduciendo un equilibrio (que quizás se deba revisar, imponiendo por ejemplo a las empresas que se benefician de estos procesos una cotización adicional en beneficio del sistema público) entre beneficio entre el interés empresarial en una gestión adecuada de las plantillas, la protección de los trabajadores afectados y el desplazamiento del coste de las reestructuraciones empresariales hacia la Seguridad Social. Al margen de que, en el terreno ya de las representaciones mentales y de los valores, sea necesario provocar un cambio de la cultura de la jubilación anticipada o de la prejubilación<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> L.E De la Villa y L. López Cumbre. “Jubilación y prolongación de la vida activa (las mil y una jubilaciones)”. *Revista del Ministerio de Trabajo*, nº extraordinario en materia de Seguridad Social, 2008, pp. 379 y ss.



# COMUNICACIONES



# **CRISIS DE EMPLEO Y NUEVA POLÍTICA JURÍDICA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO PARA EXTRANJEROS**

Luis Ángel Triguero Martínez  
*Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de  
la Seguridad Social*  
Universidad de Granada

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: PERSPECTIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE CONJUNTO
2. ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO DEL REAL DECRETO-LEY 4/2008, DE 19 DE SEPTIEMBRE, Y DEL REAL DECRETO 1800/2008, DE 3 DE NOVIEMBRE
  - 2.1. La nueva forma de capitalización del desempleo
  - 2.2. Ámbito subjetivo
  - 2.3. Requisitos y gestión de la prestación
  - 2.4. Derechos reconocidos a los beneficiarios
  - 2.5. Las ayudas complementarias tendentes a favorecer el retorno
3. CONCLUSIONES
4. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN: PERSPECTIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE CONJUNTO

Desde hace aproximadamente una década, la inmigración que ha llegado a nuestro país se identifica en gran medida con la definida y calificada por la teoría clásica de las migraciones como *inmigración económico-laboral*<sup>1</sup>. Es decir, aquella que tiene como protagonistas a personas nacionales de terceros Estados<sup>2</sup> que presentan un escaso nivel de desarrollo socioeconómico donde las condiciones de vida son difíciles –incluso también por motivos políticos–. Ante las mismas deciden emigrar hacia otros países y sociedades más desarrollados socioeconómicamente –entre los que se encuentra el nuestro y la nuestra– con la esperanza de encontrar unas mejores condiciones de vida y sociolaborales que les permitan alcanzar, tener y disfrutar de un desarrollo vital digno y mejor que el de sus países de origen.

El resultado es que los extranjeros inmigrantes presentes en nuestra sociedad son personas que trabajan –personas en su condición de trabajadoras–, para lo que es clave la posesión de la autorización de trabajo y el permiso de residencia. Por tanto, trabajadores que, o bien se encuentran ya incluidos en el mercado de trabajo nacional y están desarrollando una actividad laboral contribuyendo así al progreso y al desarrollo de la economía española, o bien quieren acceder al mismo y a ella, ya sea por vez primera o tratando de reincorporarse al mismo al encontrarse en situación de desempleo. Una situación en la que ha tenido que ver mucho el contexto de crisis económica y una de sus consecuencias más devastadoras, como es la destrucción de empleo, originándose por tanto una crisis de empleo.

Incide en esta situación la próxima reforma de la LO 4/2000, pues explícitamente trata de perfeccionar el sistema de inmigración legal y ordenada con fundamento en las necesidades del mercado de trabajo. Pretende vincular y regular la llegada a nuestro país de personas extranjeras inmigrantes en relación directa y vinculación estrecha con el anterior, quedando conectada la política de inmigración a la política de empleo, hasta tal punto de poder incluirse aquella en la última.

---

<sup>1</sup> Vid., al respecto, Zanfrini, L., *Sociología delle migrazioni*, Laterza, Bari, 2007, pp. 35-48. Garofalo, L., “Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale e comunitario”, en *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, AA. VV., Cacucci Editore, Bari, 2007, pp. 19-49.

<sup>2</sup> La LO 4/2000 en su artículo 1.1 ha venido definiendo al *extranjero* en sentido negativo y por exclusión: el que no es nacional español, con la excepción de no incluirse en ellos los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario –artículo 1.3–. Una definición que se matizará técnicamente en la próxima reforma legal en el mismo sentido excluyente al delimitar su ámbito de aplicación con referencia expresa a *los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*.

Se vendrá a confirmar así la nueva tendencia político-jurídica controladora económico-laboral en base a un criterio más de *necesidad nacional* que social y humanitaria en la regulación jurídico-política de las migraciones iniciada tanto a nivel de la Unión Europea –con la Directiva de Retorno o el Pacto Europeo por la Inmigración y el Asilo<sup>3</sup>– como a nivel concreto español –el Real Decreto–Ley 4/2008, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen, y el Real Decreto 1800/2008 que lo desarrolla–. Éstos últimos constituirán nuestro objeto de estudio.

Como se ha apuntado, inmigración y empleo presentan una conexión relevante. Más aún cuando el artículo 26.1 de la Ley 56/2003, de Empleo, reconoce a los inmigrantes –a grandes rasgos y sin particularizar en condición administrativa alguna– como colectivo prioritario con dificultades al que aplicar medidas para facilitar la integración en el mercado laboral. La principal consecuencia técnico-jurídica derivada de este precepto es la propia concepción del inmigrante como persona en su condición de trabajadora. Pero tampoco se ha de obviar y dejar de resaltar la conexión de este artículo con el 23 de la misma, en el que queda definido el concepto de política de empleo. Del mismo se pueden extraer los tres grandes conjuntos de medidas que conforman actualmente ésta: el acceso al empleo, la creación de empleo y la formación para el empleo. Pero es que también no se ha de obviar el nexo común concreto subyacente reforzador de ambas dimensiones: el empleo en cuanto medio para la consecución de la finalidad de la integración social, económica y laboral de la persona extranjera inmigrante en la comunidad política en la que se encuentra.

En este sentido, la política de inmigración y de empleo debe de tener presente –junto al actual y futuro marco regulador específico de la inmigración y extranjería– que las personas extranjeras inmigrantes trabajadoras carecen de una cualificación profesional destacada, con lo que se incluyen en sectores de actividad de la economía –agricultura, construcción, servicios, etc.– caracterizados precisamente por una precariedad laboral absoluta<sup>4</sup>, tanto en lo que se refiere a la temporalidad, como las condiciones de trabajo o a la protección social, pues la posesión de la autorización de trabajo no es garante ni si quiera de un empleo digno, e incluso y más allá, de calidad. Pero estas personas inmigrantes extranjeras aceptan el desarrollo de estas actividades laborales incluidas en dichos sectores –que han dado lugar a auténticos y genuinos nichos laborales ocupados muy específicamente por estas

---

<sup>3</sup> Vid., De Lucas, J., “La inmigración y la lógica de «Estado de sitio» (a propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración)”, en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA. VV., De Lucas, J. y Solanes, A. (eds.), Dykinson, Madrid, 2009, pp. 21-40.

<sup>4</sup> Es tal la situación que ha llegado a considerarse a la inmigración económico-laboral como paradigma de la precariedad laboral y social, LACALLE, D., *Trabajadores precarios. Trabajadores sin derechos*, El Viejo Topo, Madrid, 2009, pp. 94–103.

mismas<sup>5</sup>— porque el trabajo se configura para ellas no sólo como medio de vida suyo y de sus posibles familias —bien en España o bien en sus países de origen— sino también y lo que es más importante como elemento de integración, laboral primero y social de después. Aparece así el empleo como herramienta clave para la disminución de la vulnerabilidad hacia la exclusión social que tiene este colectivo con el fin de ir tejiendo un conjunto de redes sociales.

En este sentido, uno de los elementos definidores de los movimientos migratorios actuales es que cada vez menos se contempla el retorno al país de origen — la inmigración temporal—. Un aspecto que el gobierno español ha olvidado con el Real Decreto-Ley 4/2008 que nos ocupa con fundamento en la coyuntura actual. Con el mismo se ha originado una nueva política jurídica de protección frente al desempleo para los extranjeros sin realmente valorar las condiciones beneficiosas de la inmigración integrada socialmente cuando ésta acontezca de forma regular como llave de acceso a permisos de residencia y trabajo más duraderos en el tiempo que puedan desembocar en una estabilización por un lado y, por otro, como gestión de flujos coherente con la realidad actual de aquélla. *A sensu contrario* a la nueva regulación jurídica de la inmigración, cada vez son más las pretensiones fundadas de estabilizarse y establecerse por parte de los inmigrantes en la sociedad de acogida —inmigración definitiva—. Se produce así un choque y confrontación entre la propia realidad social de la inmigración y el marco jurídico regulador de la misma.

De esta manera, tenemos que el trabajo y el derecho social al trabajo van a aparecer en cuanto tales, por su propio carácter intrínseco, como un derecho social de integración de los inmigrantes. En este sentido, las políticas de empleo e inmigración de los países receptores —y de España en concreto— se han ido modulando según el momento para ir absorbiendo la mano de obra. Si éste ha sido de desarrollo y era necesaria la inmigración, se ha fomentado y regulado de una forma aperturista su llegada y establecimiento con amplios contingentes de trabajadores y regularizaciones masivas claras y encubiertas. Si es de crisis —como el momento actual— mediante instrumentos jurídicos protectores de los activos del mercado de trabajo nacional frente a los extranjeros inmigrantes —el Real Decreto-Ley 4/2008 es paradigma—, a los que se les impulsa a abandonar nuestro país y a no retornar durante un tiempo considerable. La inmigración y la mano de obra extranjera son mercantilizadas y, como tal, son tratadas por la política de inmigración y empleo, por más que se advierta de su especificidad como colectivo necesitado de medidas.

---

<sup>5</sup> Estos nichos laborales se han convertido, incluso y desgraciadamente, en un foco y factor de atracción para la población extranjera inmigrante trabajadora no sólo que se halla en nuestra sociedad, sino también para aquella que pretende elegir España como país de inmigración. Sobre las dimensiones de esta realidad, *vid.*, Valdeuza Blanco, M<sup>a</sup> D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 201-207.

En este último caso ha tenido una especial incidencia y trascendencia el hecho de que la crisis económica haya tenido entre una de sus consecuencias más devastadoras a la destrucción de empleo, como ya se ha apuntado. Han sido muchísimas las personas trabajadoras y en poco tiempo –en gran medida incluidas en los principales sectores económico–productivos a los que ha afectado la crisis– que han pasado de estar trabajando a encontrarse en situación de demanda de empleo y que, en un primer momento, han podido gozar de una protección por parte del sistema de Seguridad Social frente a dicha contingencia pero que, como aquélla es temporal, en muchos casos ha finalizado y se han quedado sin rentas sustitutivas en una difícil situación social a expensas de una protección social residual pero a la vez necesaria. A ello ha contribuido el deficitario crecimiento de la economía, llevando aparejada la carencia de la creación de puestos de trabajo que absorbiesen el creciente número de desempleados, a excepción de los empleos creados temporalmente y de un modo específico a través de planes puestos en marcha por el gobierno con la finalidad de erradicar –coyunturalmente si las tendencias económico-financieras no cambian– una posible crisis social.

En este sentido, uno de los colectivos que se ha visto más afectados por la crisis económica que con especial virulencia ha venido azotando desde el último trimestre del 2008 ha sido precisamente el extranjero inmigrante. Es así por tres motivos principalmente: de partida, el hecho de ser un grupo de personas muy vulnerables por las condiciones que tienen –proyecto de vida migratorio, condición de extranjero, etc.–; en segundo lugar, por ser personas trabajadoras que venían desarrollando su actividad en el sector de la construcción, servicios o agricultura, con empleos de baja cualificación, que es donde más se ha dejado sentir la crisis; y, en tercer lugar, por la propia precariedad tanto de condiciones vitales como laborales en las que se ven inmersos, con lo que ante coyunturas de recesión socioeconómica y sus consecuencias en el orden social, político, económico y jurídico van a ser de los primeros en verse afectados, a lo que se le ha de sumar la escasa protección sociolaboral ligada a su alta tasa de temporalidad en el empleo.

Estas circunstancias descritas y pese al proyecto de vida migratorio con pretensiones de establecimiento, han hecho que los propios extranjeros inmigrantes quedasen en una situación social y laboral muy delicada, pudiéndose incluso llegar a producir una brecha social más profunda a la ya existente. Incluso administrativa, pues las autorizaciones de trabajo y permisos de residencia tienen una vigencia limitada en el tiempo –hasta que se alcanza el estatus de residente permanente–, quedando en situación irregular y pesando sobre ellos la amenaza de expulsión. La reacción del gobierno no se hizo esperar y éste metido a legislador y con carácter de extrema urgencia –tal y como lo demuestra el hecho de que técnicamente sea un Real Decreto-Ley– propuso en su momento –septiembre 2008– la posibilidad de fomentar e impulsar a que estos trabajadores extranjeros de determinadas nacionalidades –como después se expone en el análisis del ámbito subjetivo del mismo– en situación legal de desempleo retornasen a su país

*comprándole*<sup>6</sup> el mismo mediante el abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo, para no volver como mínimo en tres años.

Una medida político-jurídica que ha sido adoptada de forma permanente en un contexto restrictivo y controlador social de los flujos migratorios –incluso quedará recogida en la próxima reforma del texto legal de extranjería e inmigración– vendida como beneficiosa a través de una doble justificación. Por una parte, como *ampliadora* del ámbito de derechos: ilógica, jurídica y deficientemente se ha configurado y condicionado –mediante Real Decreto-Ley– a unos requisitos estrictos un derecho humano fundamental de las personas establecido en el artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>7</sup>. Y, por otra parte, como una *oportunidad* adecuada a este colectivo ante esta situación de crisis económica –coyuntural internacional se ha de recordar– para cubrir las necesidades económicas –parece que ni humanas ni sociales– de estas personas extranjeras ante su situación de desempleo y hallarse en un país y sociedad distinta a la suya de origen con las posibilidades de desarraigo y exclusión que puede acarrear las mismas<sup>8</sup>, ante lo que se incita y fomenta –eso sí, voluntariamente y de un modo explícito– el retorno al país de origen como una ocasión enriquecida por la experiencia económico-laboral migratoria en nuestro país sin tener en cuenta las circunstancias políticas, económicas y sociales que se puedan encontrar éstos allí y que en su día le empujaron a emigrar.

Sin embargo, la auténtica finalidad que pretende el gobierno con este instrumento normativo –puesta de manifiesto implícitamente y entrelíneas en la exposición de motivos precedente al artículo único que contiene el Real Decreto-Ley 4/2008– no es otra que hacer disminuir en la medida de lo posible la totalidad del número de desempleados existentes, intentando erradicar los de este colectivo concreto que nos ocupa fomentando la vuelta a su país de origen sin ningún interés en lo que se refiere a la situación de éste allí y a la inversión que realice con la capitalización del desempleo. Y, en conexión, rebajar la presión sobre el mercado nacional de trabajo con unas cuantas personas trabajadoras menos, en relación al

---

<sup>6</sup> Incidiendo en esta perspectiva de *compra* de retornos, *vid.*, Abril Larraínzar, P. y Lanzadera Arenceibia, E., “El anticipo de la prestación por desempleo a los inmigrantes: la compra de un retorno”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 310, 2009.

<sup>7</sup> El artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece claramente lo siguiente: *toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.*

<sup>8</sup> En este sentido y en estrecha relación con los motivos expuestos, también ha sido calificada esta medida como de *retro-inmigración*, entendiéndose por tal al concepto utilizado en relación con las medidas adoptadas por los poderes públicos para la reducción del número de inmigrantes sin posibilidad de sobrevivir dignamente cuando el desempleo crece progresivamente; De la Villa de la Serna, D., “Medidas de fomento de la retro-inmigración. Comentario al Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, y sus normas complementarias”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 18, 2008, p.3.

total<sup>9</sup>. Este es el nuevo marco político-jurídico de protección por desempleo para extranjeros en el que queda encuadrado tanto el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, como el Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre.

## **2 ANÁLISIS TÉCNICO-JURÍDICO DEL REAL DECRETO-LEY 4/2008, DE 19 DE SEPTIEMBRE, Y DEL REAL DECRETO 1800/2008, DE 3 DE NOVIEMBRE**

Bajo el amparo del título competencial establecido en el artículo 149.1.17 de nuestra Constitución se atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social. Es en este título competencial –junto a las previsiones contenidas en el artículo 86 de la misma para el dictado de un Real Decreto-Ley– en el que halla su fundamento técnico, jurídico y normativo tanto el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen; como el Real Decreto 1800/2008, de 3 de noviembre, de desarrollo del anterior.

### **2.1. La nueva forma de capitalización del desempleo**

Una de las principales novedades técnico-jurídicas de mayor alcance del Real Decreto-Ley que nos ocupa ha sido para el Derecho Social del Trabajo y de la Seguridad Social. Y es que se ha regulado en el mismo un *nuevo modo* de la capitalización de la prestación por desempleo. Hasta la entrada en vigor del mismo<sup>10</sup>, eran –y son– puntuales los casos establecidos para esta posibilidad y regulados en la propia Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, y las modificaciones que ella introduce en el artículo 228.3 de la Ley General de Seguridad So-

---

<sup>9</sup> Como bien ha puesto de relieve un sector de la doctrina *iuslaboralista*, Cavas Martínez, F., “El Derecho Social ante la crisis”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 19, 2009, p. 23. En la misma dirección, Pérez Yáñez, R. M<sup>a</sup>, “A vueltas con la gestión de los flujos migratorios. A propósito del abono acumulado de la prestación por desempleo prevista en el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y en su reglamento de desarrollo”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 10, 2009, p. 77.

<sup>10</sup> Para analizar con detalle y sistemáticamente la situación existente, *vid.*, Luján Alcaraz, J., “El abono acumulado y anticipado de la prestación por desempleo a trabajadores extranjeros”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 16, 2008, pp. 1–4.

cial. Son supuestos regulados con detalle y con propuesta de soluciones, invirtiendo la cuantía económica capitalizada en territorio nacional, continuando el trabajador aportando a la riqueza y progreso de nuestra economía. Se hace, por ende, muy difícil de encajar la posibilidad de capitalización de la prestación por desempleo ante el retorno de un trabajador extranjero en los ya regulados. Estamos ante una *nueva forma* de capitalización de la prestación contributiva por desempleo, con muchas particularidades que la alejan de la concepción clásica que sigue teniendo la misma.

En este sentido, la técnica jurídico-normativa –pese al carácter de urgencia con el que ha sido dictada– no es la más adecuada para la instauración de una novedad de alcance para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en su afectación por el transversal Derecho Migratorio. Así, no introduce modificación alguna en el articulado de la Ley General de Seguridad Social –aunque aluda a ella en la exposición de motivos–, cuando afecta a la protección por desempleo contributiva y su capitalización. Se confirma, por tanto, como una *excepción* en el entorno del Derecho de la Seguridad Social, pero sin referencia ni consideración explícita en la propia Ley<sup>11</sup>. Más aún cuando tiene vocación de permanencia en el tiempo en su ámbito subjetivo amplio de aplicación para la ordenación de los flujos migratorios en el marco de una política de inmigración que cada vez más tiende a confluir con la política de empleo.

Desde esta premisa, parece lógico y razonable tener presente que esta política de fomento/insistencia en el retorno como oportunidad mediante una posibilidad de elección voluntaria por parte del trabajador extranjero, no se puede incluir de ningún modo en el marco de una política de empleo. Desde la perspectiva activa, porque precisamente en el marco de un Estado social de Derecho y sus implicaciones no se puede pretender como solución para el mejor funcionamiento del mercado de trabajo –aumentando o manteniendo el nivel de empleo y reducir el paro– el retorno de un colectivo de personas extranjeras que tienen una trayectoria temporal considerable de presencia e integración sociolaboral en nuestra comunidad política y que han contribuido al progreso y desarrollo de nuestra economía y sociedad antes y durante los momentos de la crisis. Desde la desigualdad y discrimi-

---

<sup>11</sup> En este sentido, un sector de la doctrina *iuslaboralista* aboga por la necesidad de o bien modificar la propia Ley General de Seguridad Social o por la creación de una nueva línea normativa para esta excepción –nuestra apuesta–. Una clarificación que se entiende necesaria, sobre todo porque la cantidad económica cobrada es exportada y hay que ver el uso que se hace de la misma no sea el caso que –ex artículo 7 del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio– no exista afectación de la cantidad percibida a la realización de la actividad para la que se haya concedido, en cuyo caso sería un pago indebido a los efectos previstos en el artículo 227 de la Ley General de Seguridad Social, García Ninet, J. I., “¿Incentivos reales al retorno de emigrantes extracomunitarios? Breves consideraciones al hilo del Real Decreto-Ley 4/2008”, *Revista Tribuna Social*, núm. 214, 2008, p. 8. Asimismo, también se viene defendiendo que esta nueva fórmula de capitalización es una *desnaturalización de la medida de capitalización*, Abril Larraínzar, P. y Lanzadera Arencibia, E., “El anticipo de la prestación por desempleo a los inmigrantes: la compra de un retorno”, cit., p. 9.

nación con fundamento en la condición de la nacionalidad de una persona no se puede pretender mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo. Además, no es esta la atención que como colectivo prioritario –*ex artículo 26.2 de la Ley 56/2003*– necesitan los extranjeros inmigrantes. Pero es que desde la perspectiva de una política pasiva de empleo, con la *capitalización particularizada* del caso que nos ocupa no se garantiza un determinado nivel de ingresos periódicos y sustitutivos de las rentas a los trabajadores en situación legal de desempleo, sino que se le proporciona la cuantía económica en su totalidad –en este caso en dos plazos y sólo del nivel contributivo– y no hay mayor interés por parte del Servicio Público de Empleo por el conocimiento acerca de la inversión de dicha cantidad.

Por tanto, esta nueva modalidad de capitalización carece incomprensiblemente de regulación legal en relación a su finalidad, ya que no indica a qué o en qué se debe o puede invertir esta cantidad: se recibe un cuarenta por ciento de la cantidad en España una vez reconocido el derecho, el parado extranjero se marcha y una vez allí se le abona el sesenta por ciento restante. Sí se entiende que se invierte en el extranjero, a diferencia de los requisitos fijados en los casos legalmente previstos de capitalización de la prestación<sup>12</sup>. Pero es que tampoco –y con fundamento en la circunstancia anterior– esta medida se puede incluir en los programas de fomento del empleo aludidos anteriormente como requisito a la clásica capitalización de la prestación. Es más, el Servicio Público de Empleo Estatal no se preocupa de si este extranjero busca ocupación en el lugar de origen ni se coordina con posibles entidades gestoras previstas en los Estados de retorno<sup>13</sup>. Aspecto éste último que debería de haber sido estimado y tenido en cuenta si realmente se está vendiendo este retorno como una oportunidad aconsejable para el regreso de la persona extranjera inmigrante como mano de obra cualificada y, en este sentido, favorecedora para el país de origen en el marco de una política de codesarrollo –en este supuesto, sin concretar–. Se *mercantiliza* así la persona y su trabajo –volviendo a la época de la Revolución Industrial y la ya superada cuestión social obrera– y se *compra* su retorno. Aparece así la *cuestión social de la inmigración*.

## 2.2. Ámbito subjetivo

Los Reales Decretos objeto de análisis se caracterizan por tener delimitado de una forma muy concreta el ámbito subjetivo de su aplicación. Queda establecido

---

<sup>12</sup> Partiendo de esta realidad, se viene insistiendo en que la norma carece de preocupación alguna en relación al buen uso de la prestación capitalizada, a diferencia de lo que acontece cuando la misma se invierte en territorio nacional, Cavas Martínez, F., “El Derecho Social ante la crisis”, cit., p. 22.

<sup>13</sup> Cabeza Pereiro, J., “El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: primeras notas”, *Revista Actualidad Laboral*, núm. 21, 2008, pp. 4-5.

que pueden retornar a su país de origen aquellos trabajadores extranjeros inmigrantes en situación legal de desempleo en su modalidad contributiva. Luego el trabajador extranjero se tiene que encontrar con permiso de residencia en vigor –no de trabajo forzosamente–. Y, por ende, va a quedar excluido aquél que ya haya agotado el anterior y esté acogido al subsidio por desempleo, junto a los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular y los trabajadores nacionales que formen parte de la Unión Europea o del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y de Suiza<sup>14</sup>.

Se concreta aún más el ámbito subjetivo de un modo excluyente, pues expresamente se advierte que para beneficiarse de esta posibilidad voluntaria de retorno tienen que ser nacionales de países que hayan suscrito con España un convenio bilateral en materia de seguridad social sin necesidad de que el mismo aborde sistemáticamente el desempleo –se entiende esta última matización, pues no se especifica– a fin de que las cotizaciones realizadas en nuestro país –junto con otras que haya podido efectuar en otros Estados– sean susceptibles de tener en consideración para posibles futuras prestaciones. Es decir, que sean nacionales de los siguientes países: Venezuela, Uruguay, Argentina, Túnez, Ucrania, Australia, Brasil, Perú, República Dominicana, Canadá, Chile, Paraguay, México, Colombia, Ecuador, Marruecos, Filipinas, Estados Unidos y Rusia. Objetivamente, los nacionales de estos países ocupan el grueso de las personas inmigrantes presentes en nuestro país, pero sin embargo no aparecen determinados países de Latinoamérica o del continente africano con un peso específico en los flujos migratorios hacia España, hecho que resta efectividad práctica a este programa, pues no todos los extranjeros inmigrantes se van a poder acoger a tal posibilidad.

Sin embargo, de un modo nada concreto, seguidamente en el artículo único de este Real Decreto-Ley, tras la matización importantísima anterior, se deja la puerta abierta también al retorno según esta nueva modalidad legalmente establecida cuando el trabajador extranjero inmigrante en situación legal de desempleo sea na-

---

<sup>14</sup> No se van a poder acoger a este programa de retorno mediante la capitalización de la prestación por desempleo las personas trabajadoras de nacionalidad rumanana. Éstas, hasta el 31 de diciembre de 2008 a efectos de nuestro mercado de trabajo eran consideradas extracomunitarias, pero desde 1 de enero de 2009 son comunitarias a todos los efectos por la ampliación de las fronteras de la Unión Europea hacia el este. Este colectivo es uno de los más presentes en nuestra sociedad y, de igual modo, también ha sufrido muy especialmente la fuerte destrucción de empleo resultado de la crisis económica. Con las mismas intenciones presentes en el Real Decreto-Ley 4/2008 y en el Real Decreto 1800/2008, en el primer semestre de 2009 se firmó un acuerdo entre los Ministros de Trabajo de los dos países implicados por el que el inmigrante retornado se compromete a la búsqueda activa de empleo una vez que haya regresado a Rumanía, momento en el que empezará a recibir las prestaciones por desempleo durante el período total de cobertura que le corresponda y sin restricción temporal para regresar a España. Por tanto, un programa de retorno que, pese a que tenga igualmente sus déficits sociales, no veta en este caso la libre circulación de trabajadores comunitarios. En este marco, también se pretende entre ambos países el intercambio de información y cooperación en materia de Seguridad Social.

cional de un país que España considere que cuente con mecanismos de protección social suficientes y garantes de la dispensa de la cobertura adecuada o atendiendo a otras circunstancias específicas. Es decir, una excepción –sin desarrollo en el Real Decreto 1800/2008– planteada *en blanco*, nada concreta y susceptible –en cierta medida– de que pueda sufrir una mayor arbitrariedad en momentos más laxos y proclives al impulso del retorno ante determinadas circunstancias coyunturales, como es el caso de la crisis y su posible mayor o menor intensidad y efectos –sobre el mercado de trabajo, paradigmáticamente–.

### 2.3. Requisitos y gestión de la prestación

Al específico ámbito subjetivo de este Real Decreto-Ley se han de añadir un conjunto de requisitos que necesariamente han de cumplir sus posibles beneficiarios. El primero de ellos, obviamente, es la obligación de que los anteriores deben de estar inscritos como demandantes de empleo en el Servicio Público de Empleo. Y, en consecuencia y de forma derivada en segundo lugar, hallarse en algunas de las situaciones legales de desempleo establecidas en el artículo 208 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social como resultado de la extinción de la relación laboral. Con ellos claramente se está excluyendo de un modo explícito a las posibilidades que hubieran podido tener de beneficiarse de este retorno las personas extranjeras inmigrantes desempleadas en situación administrativa irregular. El tercero de los requisitos –implícito y reiterativo– es el tener reconocido específicamente el derecho a la prestación por desempleo en su nivel contributivo, con la matización e inciso de que no puede ser compatibilizado con un trabajo a tiempo parcial. De distinta naturaleza es el cuarto, pues diferente a los anteriores es la obligatoriedad de asumir el compromiso de retorno al país de origen –concretado en aquél del que es nacional– y no regresar a España para trabajar en tres años. Es decir, por una parte, se acude al Servicio Público de Empleo como demandante de empleo para solicitar acogerse a un programa de retorno ante el que se ve obligado a firmar implícitamente un *compromiso de inactividad* en nuestro país por tres años<sup>15</sup>, y no el clásico de actividad como demandante activo. Y, por otra parte, se le está recortando materialmente a esta persona el *derecho a inmigrar a España* –pese a que este derecho no esté reconocido formalmente y sí el de emigrar<sup>16</sup>–. Se le veta legal, temporal y específicamente a la persona extranjera in-

---

<sup>15</sup> De la Villa de la Serna, D., “Medidas de fomento de la retro-inmigración. Comentario al Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, y sus normas complementarias” cit., p. 8.

<sup>16</sup> Paradigmáticamente, como derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 13.2 se establece: *toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*. Es por ello por lo que un sector de la doctrina *iustlaboralista* más consolidada califica a este derecho como *incompleto* porque si se reconoce un derecho de salida –emigración–, éste

migrante, violándose así una obligación jurídica material con origen y fundamento en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos fundamentales. Y, en último lugar, el hecho de que el posible beneficiario de esta posibilidad de retorno no se encuentre incurso en los casos de prohibición de salida del territorio nacional previstos al efecto en la LO 4/2000. Para la plena efectividad de este requisito y la vigencia del mismo, corresponde al Servicio Público de Empleo la obtención de la adecuada información al respecto de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, que la deberá ofrecer y facilitar de forma inmediata.

En cualquier caso, cuando el extranjero inmigrante en situación legal de desempleo se presente en el Servicio Público de Empleo, cumpla todos los requisitos y rellene los formularios de solicitud previstos *ad hoc*, se le reconoce el derecho y de modo inmediato se abona el cuarenta por ciento de la cantidad económica. Se cumple así el mandato del artículo 5 del Real Decreto 1800/2008 en relación al Servicio Público de Empleo como entidad encargada de la recepción, tramitación, reconocimiento y pago de la prestación. Desde este mismo momento, esta persona no puede retroceder en sus planteamientos de retorno y en el plazo de treinta días naturales desde el pago anterior debe de regresar al país del que es nacional. El restante sesenta por ciento se le abona en el país de origen, transcurridos los advertidos treinta días –y con un límite máximo de noventa– tras comparecencia personal en la representación diplomática o consular española en dicho país entregando la tarjeta de identidad de extranjero de la que es titular.

El momento tomado como punto de partida para contar los tres años en los que esta persona extranjera inmigrante no puede regresar a España para realizar actividad laboral alguna es justo el día treinta desde el que se reconoció el derecho y no el día efectivo y concreto dentro del plazo de treinta días previsto en el que se produce su regreso al país de origen. De esta forma, esta persona no podrá retornar a nuestro país en el marco de las migraciones económico-laborales durante tres años y cerca de un mes.

En este sentido, una de las lagunas de la regulación técnico-jurídica que presentaba este Real Decreto-Ley<sup>17</sup> era qué pasaría, ocurriría o a qué sanciones se vería expuesta la persona extranjera inmigrante en un hipotético caso de incumplimiento de las obligaciones y de los compromisos adquiridos por dicha persona retornada, pues no se establecía nada respecto a si éste los violaba y regresaba antes de los tres años a nuestro país para trabajar. Un vacío que se cubrirá con la reforma

---

no encuentra una garantía simétrica en el derecho de entrada –inmigración–, Monereo Pérez, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 22-23. Exponiendo el posible distinto sentido y alcance de este derecho en el ordenamiento internacional, *vid.*, Valdueza Blanco, M<sup>a</sup> D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, cit., pp. 51-55.

<sup>17</sup> Puesta de relieve desde el primer momento por parte de los análisis realizados por la doctrina, Cabeza Pereiro, J., “El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: primeras notas”, cit., p. 6.

del marco regulador de la extranjería e inmigración en nuestro país, pues se le ha añadido un nuevo apartado –el séptimo– al artículo 36 de la misma –autorización de residencia y trabajo–. En base a éste, no se concederán autorizaciones de trabajo y residencia a aquellos extranjeros que, acogidos a un plan de retorno voluntario, se hubieran comprometido a no retornar a nuestro país durante un plazo concreto –tres años en el caso que nos ocupa– en tanto que no hubiera transcurrido el mismo. La regulación legal, por tanto, de un lado, es abierta y susceptible a futuros cambios en este programa de retorno voluntario; y, de otro sigue vigente la regulación administrativista de la ordenación y control de los flujos migratorios, imperando esta condición sobre la de la propia persona. En contrapartida, entendemos que si este extranjero, pese a todo, retorna antes del tiempo previsto en su *compromiso* como obligación, lo hará de forma irregular, encontrándose en nuestra sociedad bajo esta condición y no pudiendo regularizar su situación mediante ninguno de los modos previstos legalmente al efecto –arraigo social y laboral, por ejemplo–, quedando así condenado a dicha situación –al menos durante tres años y/o el tiempo restante hasta cumplir este plazo– y la amenaza constante de la expulsión por estancia irregular ante la posibilidad de ser *descubierto*.

## 2.4. Derechos reconocidos a los beneficiarios

Por más que se venda este Real Decreto-Ley –y el de su desarrollo– como una norma que amplía el ámbito de derechos y oportunidades de los extranjeros inmigrantes a los que va dirigido, real y objetivamente no lo es tal. En la corta experiencia española –pero consolidada por la realidad social que constituye– reguladora de la inmigración, se ha venido prestando una especial atención e insistencia –especialmente desde el año 2000 y las sucesivas reformas que desde esta fecha se han producido en la LO 4/2000– en que para la integración social –junto al trabajo– son claves los derechos. Más aún, los derechos sociales fundamentales, que no pueden ser limitados ni condicionados por autorizaciones administrativas, como puso de relieve en su momento el Tribunal Constitucional en sus sentencias 236 y 259/2007 instaurando la doctrina social vigente<sup>18</sup> en el reconocimiento de derechos a las personas extranjeras y que es uno de los motivos técnico-jurídicos de la próxima reforma legal. Es más, esta concepción se reafirma y entiende desde el mismo título legal: Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

---

<sup>18</sup> Sobre esta doctrina social *vid.*, Triguero Martínez, L. A., *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008, pp. 60-68. Para el estudio analítico-sistemático de las citadas sentencias del Tribunal Constitucional en relación a esta nueva doctrina social, *vid.*, Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. A., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, I y II”, *Revista Relaciones Laborales*, núms. 6 y 7, 2008, pp. 15-49 y 15-37.

*A sensu contrario* en el marco de una controladora y restrictiva política de inmigración cada vez menos social se ubica este instrumento normativo, porque auténtica y genuinamente no viene a reconocer ningún derecho. Impulsa el retorno que se encuentra recogido a nivel internacional como un derecho humano fundamental sin ninguna restricción, pero lo hace de una forma limitada y condicionada afectando y violando incluso el núcleo esencial de su contenido debido a algunos de los requisitos que debe de firmar el inmigrante que retorna y ejerce *su derecho*. El retorno, ante la actual coyuntura económica de crisis financiera y económica internacional, es expuesto por el gobierno español como una oportunidad para no empeorar sus perspectivas vitales y sociolaborales. Oportunidad que, desde el mismo momento que aquélla se acoge a este plan, supone una restricción efectiva de derechos, pues el ejercicio de este derecho de retorno es causa extintiva del permiso de residencia y autorización de trabajo transcurridos treinta días naturales desde el abono del primer pago de la prestación capitalizada y, por ende, de los derechos que en base a las mismas se otorgan, quedando rota la construcción progresiva de derechos con fundamento en la regularidad administrativa y sus posibles situaciones. Incluso y más allá, el de inmigrar económico-laboralmente a nuestro país y por tres años.

Por el contrario, tan sólo se establecen unas excepciones a modo de *derechos preferenciales* en relación a la residencia y trabajo que tendrá el trabajador extranjero en situación legal de desempleo retornado una vez que regrese a España, como mínimo, tras los tres años. Pero que en absoluto tienen relación con unos derechos humanos sociales fundamentales. Perspectiva y concepciones inherentes a los mismos desde la que debería de ser contemplada la ordenación legal de los flujos migratorios. Y no sólo el trabajo, la necesidad de nuestro mercado y la situación administrativa de estas personas.

En este sentido, el punto de partida para volver a nuestro país tras el período de tres años como mínimo es el de solicitar *una vez más* las autorizaciones administrativas para poder trabajar y residir de un modo legal según lo establecido en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración. No hay novedad alguna respecto a cualquier otra persona que haya escogido España como destino de inmigración económico-laboral. Las matizaciones son *a posteriori*. Si la persona inmigrante extranjera cuando retornó a su país de origen estaba en posesión de una autorización de residencia temporal, ésta tras su vuelta ve continuada su situación a los efectos del cálculo del plazo legal para la posible obtención de la residencia permanente. Obviamente, se excluye del período a contabilizar el período de, como mínimo tres años, que ha estado fuera de nuestro país. En el caso en que la persona inmigrante extranjera retornada se encontrase en situación de residencia permanente, cuando vuelva lo hará en la misma situación jurídico-administrativa y con el mismo estatus mediante una simplificación de los procedimientos administrativos establecidos reglamentariamente en un futuro –que aún no lo han sido, al igual que las condiciones de este regreso–. Y, a decisión de la persona extranjera que vuelve a nuestro país tras dicho período de años, subjetivamente tendrán la

preferencia en la incorporación al nuevo mecanismo de gestión colectiva de contrataciones en origen –antiguo contingente anual de trabajadores, como se especifica en el texto, y con la falta de adecuación a la realidad social que presenta– siempre y cuando cumplan todos los requisitos establecidos al efecto tanto en la normativa de extranjería e inmigración, en el Acuerdo del Consejo de Ministros que lo apruebe y en las correspondientes ofertas de trabajo.

Por tanto, unas medidas y derechos preferenciales que en cierta medida tienen carácter continuista con respecto a la lógica y carácter del marco restrictivo regulador de la inmigración en nuestro país. Sin duda alguna, la eficacia de los mismos se podrá evaluar en un futuro cuando estas personas se planteen el regreso a España. Durante el tiempo de transición hacia ese momento, realmente lo importante y lo que se ha de tener en cuenta es una reflexión sobre la posible eficacia social de esta medida y este aspecto concreto; sobre la posibilidad de llegar a conocer si esta persona tiene voluntad e interés en volver a una sociedad en la que probablemente se encontraba integrada sociolaboralmente y que, por una coyuntura de crisis económica internacional, voluntariamente regresó a su país de origen. Un país que también puede sufrir los efectos de la misma y que, en consecuencia, las condiciones sean incluso peores y, por ende, les impulse a iniciar un nuevo proyecto de vida migratorio hacia otro país donde no tenga vetado el *material* derecho a inmigrar.

## **2.5. Las ayudas complementarias tendentes a favorecer el retorno**

Tratando de fomentar y ayudar a cubrir los gastos que tiene el retorno para aquellas personas trabajadoras –o de su familia– que lo han decidido ejercer voluntariamente, una medida socioeconómica de especial interés es la establecida en la disposición adicional primera del Real Decreto 1800/2008 de desarrollo del Real Decreto-Ley 4/2008. En ella, *complementaria* y *compatiblemente* junto a las ya analizadas, son fijadas un conjunto de ayudas y acciones por parte del gobierno que tratan de facilitar en la medida de lo posible el retorno.

Como objetivo para dar a conocer con toda su significación y alcance esta medida entre la población extranjera, bien el Ministerio de Trabajo e Inmigración directamente o a través de otras entidades públicas o privadas, se compromete a prestar toda la información necesaria para aquellos que muestran interés o pretenden informarse sobre la posibilidad de retorno establecida. Por otra parte, se entiende –porque *no concreta* y lo realiza *en blanco*– que las medidas a las que hace alusión esta disposición adicional primera son económicas. Es así porque éstas las tiene que establecer el Ministerio de Trabajo e Inmigración en el marco de sus posibilidades presupuestarias. Con ello, podrán ser de mayor o menor cuantía significativa según el momento concreto. Y, entendemos igualmente que se tratarán de ayudas para el viaje y para el desplazamiento del trabajador extranjero inmigrante hasta el lugar de partida. No tanto desde una perspectiva económica y sí más sociolaboral, también

se contempla la posibilidad de que el Ministerio de Asuntos Exteriores –distinto al principal implicado en esta posibilidad de retorno, como es el de Trabajo– mediante la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo o a través de sus entidades públicas y/o privadas, preste una ayuda y apoyo a los trabajadores extranjeros nacionales de países contemplados en el vigente Plan Director de la Cooperación Española –restringiéndose así una vez más el ámbito subjetivo– para la facilitación de su reintegración social y laboral, favoreciendo iniciativas conjuntas de desarrollo y empleo impulsadas en el país de origen comúnmente. Es decir, todo se concreta en intenciones, pero las medidas específicas son remitidas.

Finaliza esta disposición establecedora de ayudas y acciones haciendo aún más compleja la posibilidad de una *gestión eficaz, útil y accesible* de la misma –en contra de lo que se establece formalmente– para las personas extranjeras que han decidido retornar y que cuentan con un plazo muy concreto y muy corto de treinta días naturales para marcharse a su país. Es así porque los dos Ministerios antes aludidos –Trabajo e Inmigración y Asuntos Exteriores– se pueden coordinar y colaborar en el ámbito de sus competencias con la ayuda de entidades y organismos de carácter público y privado. Seguramente más trámites administrativos en una situación de carrera contrarreloj para el retorno efectivo.

### 3. CONCLUSIONES

El nuevo derecho de configuración legal de retorno voluntario capitalizando la prestación contributiva por desempleo a favor de unos determinados nacionales extranjeros en situación legal de desempleo presenta más retrocesos que avances desde los propios postulados del paradigma del Derecho Social –del Trabajo y de la Seguridad Social si se quiere concretar más aún– en el marco de un Estado social de Derecho como el nuestro, que debe impregnar transversalmente del lógico carácter *social y humanitario* en su acepción más genuina al Derecho de la Inmigración o Migratorio y de Extranjería. Partiendo de esta premisa, es necesario *repensar* si este Real Decreto-Ley es una ayuda a los trabajadores extranjeros inmigrantes como se defiende en el texto legal, porque si deciden retornar voluntariamente, implícitamente, están renunciando a recibir la ayuda económica del subsidio por desempleo, la prestación por desempleo extraordinaria y la posibilidad de acceder a otros mecanismos protectores de corte más asistencialista como las rentas mínimas de inserción puestas en marcha en las distintas Comunidades Autónomas. Es decir, están renunciando obligatoriamente con fundamento en estos dos instrumentos normativos a prestaciones sociales para las que han venido contribuyendo a lo largo de su vida laboral activa. Se mercantiliza, por tanto, su mano de obra *comprándoles* el retorno a aquellos que voluntariamente accedan a *venderlo* ante la situación sociolaboral crítica que puedan presentar temporalmente y

para la que durante un tiempo limitado tienen la cobertura social debida para reincorporarse al mercado de trabajo para desarrollar la actividad laboral correspondiente ante una oferta de empleo a la que hayan concurrido. Unas ofertas que en el marco de la crisis económica actual aparecen como deficitarias ante las elevadas tasas de desempleo existentes que el gobierno pretende aliviar y bajar con esta medida concreta del retorno para el colectivo específico de extranjeros.

Es más, en este contexto se afirma y defiende el retorno como un instrumento de la política de codesarrollo en relación a los países procedentes de la inmigración y a los que se pretende que estas personas retornen. En este sentido, el retorno no debe ser clave en las mismas, pues las circunstancias en dicho país pueden ser peores debido a la actual coyuntura de crisis de carácter internacional y ayude más bien a empeorar las condiciones sociales en dichos países. Las políticas de codesarrollo deben de ser más serias, efectivas y socialmente comprometidas, con medidas específicas y acciones concretas a desarrollar en los países de los que son nacionales estas personas que retornan, pues si no, tras un tiempo –no muy extenso probablemente– de nuevo se verán empujados a emigrar como un día lo hicieron hacia España. Eso sí, a un país distinto como mínimo en tres años. Se rompe así el sentido y alcance que puedan tener las pretendidas *migraciones circulares estacionales* entre países desarrollados y subdesarrollados o en vías de desarrollo atendiendo a necesidades económico-laborales.

Todo ello conduce a que en las revisiones anuales de la efectividad de este plan de retorno voluntario que realice el Gobierno –*ex* disposición adicional segunda del Real Decreto 1800/2008– necesariamente se deba tener en cuenta en un futuro –esperemos más próximo que lejano– la dimensión social en la evaluación de la efectividad de esta medida y no sólo los meramente cuantitativos en términos de alivio –o no– sobre la presión del mercado de trabajo nacional y en base a los cuales se califique a esta medida como de exitosa o fracasada. Si lo propuesto se produce, con fundamento en el criterio de necesidad con el que se rige nuestra política de inmigración y una vez que se calmen y dejen de notar los efectos de la coyuntural crisis económica, entendemos que los criterios de retorno en forma de compromisos y obligaciones para las partes se flexibilizarán atendiendo, lamentablemente, a los estrictos intereses para el desarrollo adecuado de nuestro mercado productivo, economía y sociedad. Y no a la condición ante todo de persona que tienen los protagonistas de estos flujos migratorios.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

ABRIL LARRAÍNZA, P. y LANZADERA ARENCIBIA, E., “El anticipo de la prestación por desempleo a los inmigrantes: la compra de un retorno”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, núm. 310, 2009.

- CABEZA PEREIRO, J., “El pago único de la prestación de desempleo a los inmigrantes que retornen: primeras notas”, *Revista Actualidad Laboral*, núm. 21, 2008.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “El Derecho Social ante la crisis”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 19, 2009.
- DE LA VILLA DE LA SERNA, D., “Medidas de fomento de la retro-inmigración. Comentario al Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, y sus normas complementarias”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 18, 2008.
- DE LUCAS, J., “La inmigración y la lógica de «Estado de sitio» (a propósito de algunas claves recientes de la política europea de inmigración)”, en *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, AA. VV., DE LUCAS, J. y SOLANES, A. (eds.), Dykinson, Madrid, 2009.
- GARCÍA NINET, J. I., “¿Incentivos reales al retorno de emigrantes extracomunitarios? Breves consideraciones al hilo del Real Decreto-Ley 4/2008”, *Revista Tribuna Social*, núm. 214, 2008.
- GAROFALO, L., “Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale e comunitario”, en *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, AA. VV., Cacucci Editore, Bari, 2007.
- LACALLE, D., *Trabajadores precarios. Trabajadores sin derechos*, El Viejo Topo, Madrid, 2009.
- LUJÁN ALCARAZ, J., “El abono acumulado y anticipado de la prestación por desempleo a trabajadores extranjeros”, *Revista Aranzadi Social*, núm. 16, 2008.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo, Albacete, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, I y II”, *Revista Relaciones Laborales*, núms. 6 y 7, 2008.
- PÉREZ YÁÑEZ, R. M<sup>a</sup>, “A vueltas con la gestión de los flujos migratorios. A propósito del abono acumulado de la prestación por desempleo prevista en el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre y en su reglamento de desarrollo”, *Revista Relaciones Laborales*, núm. 10, 2009.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico-laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Albacete, 2008.
- VALDUEZA BLANCO, M<sup>a</sup> D., *El tratamiento jurídico del trabajo de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- ZANFRINI, L., *Sociología delle migrazioni*, Laterza, Bari, 2007.

**LAS MEDIDAS SOCIALES EN LOS  
EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO:  
EL REAL DECRETO LEY 2/2009, DE 6 DE  
MARZO, DESDE UNA PERSPECTIVA DE  
SEGURIDAD SOCIAL**

Isabel María Villar Cañada  
*Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social*  
Universidad de Jaén

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS “MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL” EN LOS ERES
  - 2.1. Las Prejubilaciones
    - 2.1.1 *Prejubilación y protección por desempleo*
    - 2.1.2 *Prejubilación y pensión de jubilación*
  - 2.2. El Real Decreto Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de la personas desempleadas
    - 2.2.1 *El Convenio Especial en los Expedientes de Regulación de Empleo*
    - 2.2.2 *La reposición de las prestaciones por desempleo*
    - 2.2.3 *Otras medidas con relevancia para el Sistema de Seguridad Social*
3. CONCLUSIONES
4. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

Que nos encontramos ante una situación de crisis profunda, en la que están incidiendo múltiples factores y de la que es difícil aventurar aún un final, es una realidad de sobra conocida por todos. También los son las consecuencias que en nuestro tejido empresarial y desde el punto de vista del empleo está teniendo esta situación. Y entre esas consecuencias ocupan un papel protagonista los Expedientes de Regulación de Empleo, la que, parece ser, la figura “estrella” en el escenario económico y socio-laboral del momento.

Muchas son las voces que, desde determinados sectores –principalmente la patronal y el sector bancario–, vienen demandando una mayor flexibilidad en el mercado de trabajo como la vía más adecuada para afrontar estos momentos de crisis. No obstante, no parece estar entre los planes del Gobierno acometer una reforma del mercado laboral si no viene precedida de un acuerdo entre sindicatos y empresarios, al tiempo que se hace hincapié en que la “solución a la crisis” pasa por otro tipo de medidas que permitan recuperar la confianza en el mercado y, consiguientemente, la reactivación económica y del empleo.

Esta misma idea parece estar presente también en el ámbito de la Seguridad Social, en el que no se vislumbran reformas de entidad como respuesta a la situación de crisis que padecemos, pese a las demandas, de nuevo desde la patronal, de la rebaja de las cotizaciones sociales como vía para reducir los niveles de desempleo. La actuaciones que se encuentran en la agenda legislativa (reforma de la pensión de viudedad, modificación de la jubilación parcial, reforzamiento del principio de contributividad...) se plantean, pues, como objetivo asegurar la viabilidad económica del Sistema, situándose, por tanto, en el marco del desarrollo del Pacto de Toledo. En tiempos de recesión es cuando resulta más necesario garantizar la afluencia de recursos que permitan financiar prestaciones destinadas a las personas más castigadas por la crisis<sup>1</sup>.

En cualquier caso, dejando a un lado estas cuestiones, resulta una realidad constatable la multiplicación de los expedientes de regulación de empleo que se están planteando ante la Autoridad Laboral, en muchas ocasiones sin ajustarse a las exigencias previstas en la legislación aplicable. En la situación actual de crisis no resultan extrañas las experiencias de EREs de “carácter preventivo”<sup>2</sup>, con los que

---

<sup>1</sup> Vid. Cavas Martínez, F.: “El Derecho Social ante la crisis”. *Aranzadi Social*, nº 19. 2009. Pág. 17.

<sup>2</sup> Así se califica desde instancias sindicales el ERE planteado por la empresa Ford para despedir a 600 trabajadores, en su planta de Amussafes (Valencia), pese a tratarse de una empresa con “beneficios que ha recibido un impulso fiscal público vinculado al mantenimiento del empleo”. Vid. <http://www.comfia.info/noticias/522234.html>.

la empresa en cuestión pretende asegurar su margen de beneficios, desprendiéndose para ello de trabajadores, que por su edad tiene escasas posibilidades de reincorporarse al mercado de trabajo, a través de la técnica de las prejubilaciones<sup>3</sup>. Se desplaza, pues, al gasto público la protección de estos colectivos, con las consecuencias que esto tiene en las “arcas” de nuestro Sistema de Seguridad Social.

De ahí que desde diversas instancias se haya venido reclamando la necesidad de reformar la normativa de los Expedientes de Regulación de Empleo para contribuir a un mayor control de la utilización y de las consecuencias que derivan de los mismos. Una necesidad, ésta, que se incluyó dentro del decálogo de medidas del *Plan de Actuación del Ministerio de Trabajo e Inmigración para el año 2009*<sup>4</sup>, y de la que constituyen manifestaciones concretas varias de las previsiones contenidas en el *RD-ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas* (BOE 7-3-2009), que contempla un conjunto de seis medidas dirigidas a proporcionar una cobertura adecuada a los trabajadores desempleados, frenar la destrucción de empleo, favoreciendo el mantenimiento de los empleos actuales, e impulsar el proceso de generación de nuevos puestos de trabajo<sup>5</sup>.

Dentro de todo este complejo panorama que nos ofrece la figura del ERE<sup>6</sup> vamos a centrar nuestro análisis en las medidas de Seguridad Social que suelen acompañar a este tipo reestructuraciones empresariales, haciendo especial hincapié en las consecuencias que de las mismas se derivan para la sostenibilidad económica del Sistema. Un ámbito éste, en el que ha tenido una incidencia notable el ya mencionado RD 2/2009, como vamos a tener ocasión de ir viendo.

---

<sup>3</sup> La propia jurisprudencia parece, en determinadas ocasiones, “alentar”, si quiera indirectamente, esta interpretación flexible y en exceso amplia de la figura del ERE. En este sentido vid. STS/IV de 29-9-2008 (A.S. 5536) que, en el caso de los despidos objetivos económicos, considera suficiente que esta medida extintiva contribuya, simplemente, a mejorar la situación negativa de la empresa, sin que garantice dicha superación, e incluso se admite el recurso a despidos económicos para poner fin a la actividad de la empresa o ajustar la plantilla en los casos de crisis que no puedan superarse.

<sup>4</sup> En el apartado 4 el Plan hace referencia a la modificación de la actual legislación de los EREs, para introducir cambios en tres aspectos: vincular los Planes Sociales y de recolocación como requisito básico de los expedientes de los EREs; adoptar criterios sobre la edad y las condiciones de las prejubilaciones; y estudiar la posibilidad de reposición de las prestaciones percibidas por el trabajador por suspensión de contrato, cuando a posteriori se produzca otro expediente que origine la extinción del mismo.

<sup>5</sup> Dentro de este conjunto de medidas, destacan tres iniciativas relativas a los EREs, que tiene una incidencia directa sobre nuestro Sistema de Seguridad Social (reposición del derecho a la prestación por desempleo, bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social durante las situaciones de empleo derivadas de EREs temporales y mantenimiento de los Convenios Especiales derivados de EREs) y que, por tanto, iremos analizando al o largo de las presentes páginas.

<sup>6</sup> Un pormenorizado análisis de estos procedimientos es el realizado por el profesor Blasco Pellicer, A.: *Los procedimientos de regulación de empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.

## 2. LAS “MEDIDAS DE SEGURIDAD SOCIAL” EN LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

### 2.1. Las prejubilaciones

Constituye ésta la figura central que, desde la perspectiva de Seguridad Social, se incluye dentro de los planes sociales que han de acompañar a la solicitud de iniciación de los EREs presentados por aquéllas empresas con más de 50 trabajadores, pese a no estar prevista –a diferencia de otros ordenamientos como el francés– en el marco protector de nuestro Sistema<sup>7</sup>. La utilización, desmedida en muchos casos, de este recurso a las prejubilaciones ha planteado y sigue planteando numerosas dudas, por la incidencia que tiene en la situación económica del Sistema de Seguridad Social.

Y es que la cuestión de la viabilidad futura del sistema de pensiones constituye, desde mediados de los años noventa, uno de los temas sobre los que, de manera constante vienen trabajando los agentes sociales y el propio legislador. El elemento demográfico, principalmente por el envejecimiento de la población, sin duda se plantea como el principal factor que puede repercutir en el equilibrio financiero futuro de los sistemas de Seguridad Social.

Pero junto a él, otras variables también resultan relevantes desde esta perspectiva. Éste es el caso de la actual coyuntura económica y financiera y, dentro de ella, por lo que a nosotros interesa ahora, del aumento de las prejubilaciones a que estamos asistiendo en el marco de los actuales procesos de reestructuración empresarial, de regulación de empleo. Y es que la prolongación de la vida laboral activa se presenta como una de las soluciones más adecuadas para reducir el impacto económico del envejecimiento demográfico en los sistemas de protección social<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Esta falta de regulación de la prejubilación y las dudas que la misma suscita son puestas de manifiesto en López Cumbre, L.: *La prejubilación*. Civitas. Madrid, 1998. Págs. 213 y ss.

<sup>8</sup> Así se plantea desde instancias comunitarias. Vid. Resolución del Parlamento Europeo de 24 de febrero de 1994, sobre las medidas a favor de las personas de edad avanzada en la Comunidad Europea; Resolución de 29 de junio de 1995, del Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, sobre el empleo de los trabajadores de edad avanzada; y más recientemente Resolución del Parlamento de 9 de junio de 2005, sobre el empleo y la productividad y su contribución al crecimiento económico.

Directamente referido a la incidencia de la edad de jubilación en los sistemas de Seguridad Social vid. “Promoting Longer Working Lives Through Better Social Protection Systems”. Report by the Social Protection Committee. Febrero 2004, donde se señala que “un año de incremento en la edad efectiva de jubilación podría absorber, de media, cerca un 20% del incremento en el gasto en pensiones previsto para 2050”.

En el marco de este principio ocupa, sin duda, un destacado papel, la desincentivación de los anticipos en la edad de jubilación<sup>9</sup>. El propio Ejecutivo, consciente del papel protagonista que la figura de las prejubilaciones adquiere en los procesos de regulación de empleo, ya planteó a principios de año la necesidad de limitar la edad de prejubilación<sup>10</sup>, dentro de la reforma de la legislación de los ERES. No obstante, el ya mencionado RD-ley 2/2009, que acomete esta reforma, no entra en el tema de la prejubilación, que sigue quedando pendiente.

Pues bien, pese a todas estas consideraciones sobre la necesidad de limitar y controlar las prejubilaciones, el panorama de nuestro mercado de trabajo demuestra, en muchas ocasiones, lo contrario. Si bien, los Planes Sociales que acompañan a los ERES deberían plantearse como, como objetivo prioritario, la recolocación de los trabajadores afectados, en muchos casos la figura de la prejubilación y la de las jubilaciones anticipadas pasan a ocupar el papel protagonista en el acuerdo entre las partes afectadas. Al menos han venido ocupándolo hasta el momento.

En el tema que nos ocupa, la principal cuestión que se suscita es la presencia o no del elemento de la voluntariedad en los supuestos de prejubilaciones en el marco de los procedimientos de regulación que acompañan a los despidos colectivos. Una cuestión ésta que ha sido fuente de controversias, que han quedado reflejadas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y es que la pérdida involuntaria del empleo, además del derecho a la indemnización legalmente establecida, conlleva para el trabajador afectado una serie de mecanismos que, desde el punto de vista de la Seguridad Social, permiten y mejoran el acceso a las prestaciones de desempleo y de jubilación anticipada.

### *2.1.1 Prejubilación y protección por desempleo*

Frecuentemente, en tanto no llega a la edad para acceder a la pensión de jubilación, el prejubilado se beneficia de la prestación –y en su caso el subsidio– por desempleo, complementados en la mayoría de los casos por la propia empresa. Es decir, la protección pública por desempleo se configura en estos supuestos de prejubilaciones ligadas a ERES como una especie de “puente” entre el fin de la actividad y el nacimiento del derecho a pensión de jubilación<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Al respecto puede consultarse Del Valle De Joz J.I.: “La sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, un objetivo compartido”. *Aranzadi Social*, nº 4, 2009. Pág. 116.

<sup>10</sup> De manera más o menos implícita esta edad se viene situando en 52 años, aunque existen supuestos en que aparece aún más rebajada. Precisamente el ERE presentado por Telefónica en octubre de 2008 en el que se establecía la intención de prejubilación a trabajadores a partir de los 48 años (que finalmente fue aprobado por el Ministerio tras desaparecer el límite de edad), se encuentra dentro de los factores determinantes de esta intención de reforma. Vid. <http://www.elmundo.es/mundodiverno/2009/01/15/economia/1232016275.html>

<sup>11</sup> Vid. Martínez Yáñez, N.M.: “Efectos de la prejubilación como consecuencia de ERE”. *Aranzadi Social*, nº 4, 2008. Pág. 69.

Las dudas podrían suscitarse sobre la concurrencia o no de la voluntariedad en la extinción de la relación laboral del prejubilado, pues el Sistema vincula la protección por desempleo a la pérdida involuntaria de trabajo<sup>12</sup>. No obstante, en la práctica el Servicio Público de Empleo Estatal no entra a valorar esta cuestión<sup>13</sup>, reconociendo de manera generalizada el derecho a la prestación en todas las extinciones derivadas de EREs cuando los afectados cumplan el resto de requisitos legalmente establecidos<sup>14</sup>.

**2.1.2. Prejubilación y pensión de jubilación.** Nos encontramos ante un aspecto especialmente controvertido, al menos desde el punto de vista del tratamiento otorgado por nuestra jurisprudencia.

Este tema de la voluntariedad o involuntariedad de las extinciones derivadas de los EREs tiene una incidencia directa en el coste que tienen las prejubilaciones para el Sistema de Seguridad Social, puesto que la consideración de que nos encontramos ante ceses involuntarios supone, por una parte el nacimiento del derecho a las prestaciones por desempleo, y, por otra, la aplicación de coeficientes reductores inferiores al previsto con carácter general del 8% a la hora de calcular la pensión de jubilación anticipada (art. 161 bis.2 LGSS)<sup>15</sup>.

Pues bien, respecto a esta cuestión nuestro Tribunal Supremo ha experimentado una evolución en su doctrina y desde 2006 (STS de 24 de octubre de 2006. A. 8072)

---

<sup>12</sup> Así no procede protección en los casos en que la prejubilación aparece prevista en un acuerdo de empresa o en el propio convenio colectivo como resultado de un acuerdo previo entre empresarios y la representación de los trabajadores. En este sentido STSJ de la Comunidad Valencia de 26 de mayo de 2004 (JUR 2005 10928).

<sup>13</sup> Una manera de actuar cuestionada por el profesor Cabeza Pereiro, J.: “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, en Borrajo Dacruz, E. (dir.): *Nueva sociedad y derecho del trabajo*. MTAS. Madrid, 2004. Pág. 246.

<sup>14</sup> Esta interpretación amplia de la situación legal de desempleo explica que en la práctica no existan pronunciamientos judiciales acerca de la concurrencia de la voluntariedad en este tipo de prejubilaciones a efectos del acceso a la prestación por desempleo. Llamen la atención, no obstante las referencias que se realizan a la voluntariedad de las extinciones derivadas de un plan de prejubilaciones pactado en ERE cuando lo que se trata de dilucidar son los coeficientes reductores aplicables para el cálculo de la prestación de jubilación anticipada, con la consiguiente incongruencia que supone considerar la prejubilación involuntaria a efectos de acceder a la prestación por desempleo y voluntaria a la hora de determinar la prestación de jubilación anticipada. Vid. STS de 18 de noviembre de 2003 (A. 9095) y STS de 20 de septiembre de 2005 (A. 8604).

Esta falta de coordinación queda puesta de relieve en FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: “Relaciones jurídicas ente la prejubilación y la jubilación anticipada: a propósito de la libre voluntad del trabajador para extinguir su contrato de trabajo”, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo...*, op. cit. Pág. 275.

<sup>15</sup> Vid. Martínez Yáñez, N.M.: “Efectos de la prejubilación...”, op. cit. Pág. 86.

viene reconociendo el carácter involuntario a los ceses que se producen en el marco de los procesos de regulación de empleo<sup>16</sup>. La causa determinante de estos ceses es objetiva –económica, técnica, organizativa o de producción–, y por tanto ajena a la voluntad del trabajador. Es decir, resulta necesario, según el TS, distinguir entre cese (involuntario) y opción por la prejubilación (voluntaria), sin que este elemento de voluntariedad presente en el momento de optar por la prejubilación entre las posibles “salidas” planteadas por la empresa desvirtúe la esencia del despido colectivo<sup>17</sup>.

En esta línea de tendencia se insertó la reforma operada por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, al introducir en la Disp. Trans. 3ª LGSS la presunción de involuntariedad de aquéllas extinciones producidas por las causas previstas en el art. 208.1.1 LGSS, entre las cuales se incluyen las derivadas de EREs (apartado a). Y más allá aún va la modificación introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, que, en un intento de reforzar el objetivo perseguido por el legislador y eliminar cualquier duda que pudiera surgir, sustituye esa presunción de involuntariedad por la consideración “en todo caso” de la misma en la extinciones con origen en alguna de las causas del art. 208.1.1<sup>18</sup>.

Una vez establecido normativamente el carácter involuntario de las prejubilaciones, quedan despejadas, pues, las dudas acerca del derecho del trabajador prejubilado a la pensión de jubilación anticipada.

## **2.2. El Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas**

En la situación de crisis ante la que nos encontramos, esta norma se inserta plenamente en el objetivo general de frenar la creciente destrucción de empleo y hacer frente a la situación de un número creciente de personas desempleadas.

---

<sup>16</sup> Hasta ese momento la doctrina emanada del TS venía manteniendo que la aceptación de un plan de prejubilación imposibilitaba considerar las extinciones del contrato como despidos colectivos aunque fuese en el ámbito de un ERE. Vid. entre otras STS de 30 de enero de 2006 (A. 4350) y de 7 de febrero de 2006 (A. 2823).

<sup>17</sup> Esta doctrina jurisprudencial queda de manifiesto también, entre otras, en Sts. TS de 17 de abril de 2007 (A. 3981); o de 21 de junio de 2007 (A. 6643).

<sup>18</sup> La Disp. Final 3ª de la Ley 40/2007 expresamente reconoce el carácter involuntario a las jubilaciones anticipadas consecuencia de EREs producidas desde el 1 de enero de 2004 hasta la entrada en vigor de la norma (1 de enero de 2008), pudiendo, a instancia de los interesados, revisarse las resoluciones contrarias a esta doctrina recaídas hasta el momento de entrada en vigor del RD-ley.

Sobre el alcance de esta reforma de 2007 vid. Blasco Lahoz, J.F. y Piñeyroa De La Fuente, A.: *La última reforma de la Seguridad Social. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.

Para ello el legislador opta por una serie de medidas, casi todas ellas de carácter coyuntural, “urgente” –como establece la propia norma– y sin vocación de permanencia<sup>19</sup>, con las que se trata de contribuir a superar la situación económica negativa de las empresas y hacer frente a las consecuencias derivadas de ella para los trabajadores, y que vienen a incidir directamente sobre la regulación de los EREs.

Pese a no encontrarnos ante una disposición específica de Seguridad Social, la mayoría de las medidas que contiene viene afectar directamente al Sistema, modificando normas ya existentes y garantizando ampliando a los trabajadores derechos sociales frente a las situaciones de crisis empresarial.

En concreto, el RD-ley se estructura en tres bloques, cada uno de ellos con un objetivo diferenciado y con una cierta coherencia normativa. Así, en primer lugar, las medidas de mantenimiento del empleo, como finalidad prioritaria ante la situación de crisis; en segundo lugar, la protección de quienes han perdido su trabajo, a través de un “estiramiento de la prestación por desempleo”<sup>20</sup>; y, por último, la vinculación de las prestaciones por desempleo al servicio del objetivo de la creación de empleo.

De entre todas las medidas vamos a detenernos en analizar dos de ellas, por la relevancia de sus efectos en el Sistema de Seguridad Social: la modificación del Convenio Especial y la reposición de las prestaciones por desempleo, sin perjuicio de que se hagan algunas consideraciones sobre otras cuestiones que también inciden en la situación económico financiera del Sistema.

### ***2.2.1. El Convenio Especial en los Expedientes de Regulación de Empleo***

Dentro de la “medidas de mantenimiento del empleo” (art. 2), RD ley 2/2009, establece la modificación, con carácter permanente<sup>21</sup>, de la regulación de los Convenios Especiales previstos para determinados supuestos de expedientes de regulación de empleo (art. 51.15 ET; disp. adic. 31ª LGSS y art. 20 Orden

---

<sup>19</sup> Casi todas ellas dejarán de tener efecto el 31 de diciembre de 2009, si bien el Gobierno podrá prorrogar un año más la vigencia de cualquiera de las medidas para garantizar el cumplimiento de las finalidades perseguidas, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, y a resultas de la evaluación trimestral que habrá de hacer sobre el funcionamiento de esas medidas y del comportamiento del empleo en 2009.

<sup>20</sup> Vid. Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F.J.: “Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo y para la protección de las personas desempleadas (RD 2/2009, de 6 de marzo). Aranzadi Social, nº 2, 2009. Pág. 14.

<sup>21</sup> A diferencia de la bonificaciones previstas en los arts. 1 y 5, en este caso la norma no fija una fecha límite para su aplicación.

TAS/2865/2003, de 13 de octubre)<sup>22</sup>, con un doble objetivo: por un lado, evitar el abandono prematuro del mercado de trabajo de aquellos trabajadores que a una edad laboral avanzada vean extinguidos sus contratos a través de despidos colectivos; y por otro, mejorar la protección de estos trabajadores<sup>23</sup>.

Más allá de que, realmente, nos encontremos ante una verdadera medida de mantenimiento del empleo<sup>24</sup>, la reforma se dirige a la conservación de la vigencia de estos convenios derivados de ERES para quienes durante el período de vigencia de los mismos, realicen una actividad económica, permitiendo, por tanto, la compatibilización de la situación de convenio especial con el desempeño de actividades que coticen a la Seguridad Social.

Como sabemos, en este Convenio Especial la responsabilidad en el pago de las cotizaciones se reparte entre la empresa y el trabajador. En concreto, hasta el cumplimiento por el trabajador de los 61 años las cotizaciones corren a cargo del empresario que podrá hacerlas efectivas de una sola vez o de manera fraccionada, conforme a las posibilidades, condiciones y exigencias previstas en el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003. Y una vez que el trabajador cumple la citada edad las aportaciones al convenio especial son “obligatorias y a su exclusivo cargo”, hasta el cumplimiento de 65 años o hasta la fecha en que acceda a la pensión de jubilación anticipada.

Pues bien, la novedad introducida por el RD-ley 2/2009 radica en la adición de un nuevo apartado 4 en la Disp. Adic. 31ª LGSS relativo a la realización por el trabajador beneficiario del convenio especial de alguna actividad que conlleve cotización a la Seguridad Social durante el período de cotización a cargo del empresario (antes de los 61 años del trabajador). Hasta la mencionada reforma, la solución aportada para este tipo de situaciones era el reintegro de las cotizaciones ingresadas por el empresario durante ese tiempo hasta el importe de las cotizaciones del trabajador en su nueva actividad<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Según establece el art. 51.15 ET el convenio especial se podrá suscribir en los ERES extintivos en los que concurren tres requisitos: a) empresas no concursadas en procedimiento concursal; b) que se vean afectados trabajadores con 55 años o más; c) que esos trabajadores no tuviesen la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967.

<sup>23</sup> Junto a esta doble finalidad expresamente establecida en la norma, nos encontramos ante una medida que persigue también, aunque sea de manera implícita, favorecer el acuerdo con los trabajadores afectados por los ERES. Vid Cavas Martínez F. y Fernández Orrico, F.J.: “Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo...”, op. cit. Pág. 25.

<sup>24</sup> El alcance de esta reforma es cuestionado por Fernández Orrico, F.J.: “La modificación del convenio especial suscrito en determinados expedientes de regulación de empleo, como medida de mantenimiento del empleo”. *Aranzadi Social*, nº 5, 2009. Págs. 105, 118 y 119.

<sup>25</sup> La misma solución prevista en el apartado 3 de la Disp. Adic. 31ª para los supuestos de fallecimiento o reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente del trabajador.

La modificación normativa supone un cambio radical respecto al destino de las cotizaciones efectuadas en estos supuestos por el empresario, que, en lugar de reintegrarse a él, se van a destinar al pago del convenio especial a partir del momento en que el trabajador cumpla 61 años, momento en el cual, como acabamos de ver, la responsabilidad de la cotización recae exclusivamente en dicho trabajador, “sin perjuicio del derecho del empresario al reintegro de las cuotas que procedan, de existir remanente en la fecha en que aquél cause la pensión de jubilación”<sup>26</sup>. Se establece, así, el mantenimiento del convenio (y por tanto de la obligación de cotizar, en este caso del empresario) y su compatibilidad con el desarrollo de una actividad por el trabajador, al tiempo que se aumenta la carga que para el empresario supone la suscripción de convenios especiales con los trabajadores mayores de 55 años afectados por EREs. Esto, sin duda, puede actuar una medida desincentivadora del recurso a las prejubilaciones que acompañan a los procedimientos de regulación para los trabajadores de más edad y que van acompañadas de esta modalidad de convenios especiales, a modo de puente entre distintas situaciones prestacionales tendentes a garantizar en su momento el acceso de dichos trabajadores a la pensión de jubilación.

Por otra parte, también puede actuar, sin duda, como una medida incentivadora para que estos trabajadores busquen un nuevo empleo, conscientes de que las cotizaciones que el empresario haya ingresado durante esa actividad les serán aplicadas cuando, a partir de los 65 años, deban hacerse cargo del pago del convenio especial, lo que supondrá un ahorro para ellos<sup>27</sup>.

Pero podemos encontrarnos con el supuesto de que el empresario sea el que costee totalmente y en exclusiva el convenio especial en los supuestos en que el trabajador pueda y decida trabajar durante todo el período entre la formalización de dicho convenio y el cumplimiento de 61 años. Esto supondría un “doble pago” de las cotizaciones a cargo del empresario<sup>28</sup>.

Este aumento de los costes para el empresario puede incidir también a la hora de elegir a los trabajadores susceptibles de prejubilación, integrantes ya de por sí, por razón de su edad, de un colectivo con especiales dificultades de reintegrarse en el

---

<sup>26</sup> Para los profesores Campos Tarancón, I. y Molero Navarro, I.: “Tramitación de despidos colectivos”, en AA.VV. (Sempere Navarro, A.V. coord.): *Medidas Laborales para Empresas en Crisis*. Thomson Aranzadi. Madrid, 1999, pág. 369, nos encontramos ante una medida inútil, puesto que, en la práctica, es frecuente que las empresas asuman el pago de la cuotas en este tipo de convenios especiales más allá de los 61 años establecidos legalmente, incluso hasta los 65 años.

<sup>27</sup> El objetivo de “evitar el abandono prematuro del mercado de trabajo de aquellos trabajadores que a una edad laboral avanzada vean extinguidos sus contratos de trabajo a través de despidos colectivos”, al que expresamente alude el Preámbulo del RD ley 2/2009.

<sup>28</sup> Vid. Fernández Orrico, F.J. “La modificación del convenio especial suscrito...”, op. cit. pág. 116, que habla de “agravio comparativo” para el empresario.

mercado de trabajo. A priori serán aquéllos trabajadores con menores posibilidades de acceder a una nueva actividad, por tener una mayor edad o por un menor nivel de cualificación, los que se situarían en el punto de mira de este tipo de prejubilaciones. No obstante somos conscientes de que, en la práctica, la mayor parte de los planes de prejubilación establecidos en el marco de un ERE se sustentan sobre el principio de voluntariedad, interpretado como la manifestación de la voluntad de los trabajadores afectados de adherirse al plan propuesto por la empresa, por más que el cese en sí tenga carácter involuntario, como hemos visto con anterioridad.

### ***2.2.2. La reposición de la prestación por desempleo***

Que la protección por desempleo es un elemento esencial en el Estado de Bienestar, es algo que, sobre todo en los tiempos que corren, parece quedar en el olvido. La visión de esta protección exclusivamente desde la vertiente de política de empleo pasiva así como la idea generalizada de que “desempleado” es equivalente a “excluido”, a “pobre” nos hace olvidar, a menudo, que nos encontramos ante un derecho constitucionalmente reconocido en el art. 41 CE, con una importante función de amortiguación social.

En nuestro ordenamiento jurídico, la extinción del contrato de trabajo en virtud de un ERE configura la “situación legal de desempleo”, elemento imprescindible para el nacimiento del derecho tanto a la prestación como al subsidio por desempleo (art. 207 c) y 208.1 a) LGSS). Consciente, pues, el legislador de que los ERES suponen para los trabajadores afectados una reducción de su protección por desempleo, el RD-ley 2/2009 adopta dos tipos de medidas con el objetivo de proteger a las personas desempleadas:

**1. La reposición del derecho a las prestaciones por desempleo** a los trabajadores afectados por la suspensión de sus contratos o la reducción de su jornada o días de trabajo en virtud de un ERE (o procedimiento concursal) cuando posteriormente se autorice a la empresa para extinguir los contratos en virtud de autorización administrativa (o judicial) o el contrato se extinga en virtud del art. 52 c) ET y durante el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas autorizaciones con un límite máximo de 120 días (art. 3.1)<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Este derecho queda condicionado a un doble requisito temporal: por un lado que la autorización de suspensión del contrato o reducción de la jornada se haya producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009; y por otro que el despido vía art. 52 c) o la resolución administrativa o judicial de extinción se produzca entre el 8 de marzo de 2009 (fecha de entrada en vigor del RD) y el 31 de diciembre de 2011.

Por otra lado, no procederá la reposición cuando la extinción sobrevenga por causas diferentes a las establecidas (v. gr. por despido improcedente).

Del mismo modo, también se les reconoce este derecho a la reposición a aquellos trabajadores con su contrato suspendido o su jornada de trabajo reducida en virtud de un ERE o un proceso concursal durante el cual hayan agotado su prestación, cuando después se autorice la reducción de su jornada o la suspensión de los contratos, siempre y cuando no hayan generado un nuevo derecho a prestación contributiva. En este segundo supuesto el límite máximo se sitúa en 90 días (art. 3.2)<sup>30</sup>.

Así pues, cuando a un trabajador se le suspenda su contrato de trabajo o se le reduzca su jornada como consecuencia de un expediente de regulación no sufrirá merma de sus derechos a la prestación por desempleo.

La propia norma se encarga de aclarar las dudas que pudieran suscitarse acerca de la cuantía de la prestación repuesta, al establecer (art. 3.2 RD ley 2/2009) que la misma equivaldrá a la prestación consumida durante el período de suspensión del contrato o de reducción de la jornada, no procediendo, por tanto, para su cálculo la aplicación de las reglas previstas con carácter general por el art. 211 LGSS.

En los supuestos de EREs suspensivos seguidos de otros extintivos sí resulta más dudosa la posibilidad de la reposición de la prestación a aquellos trabajadores que, una vez finalizado el primer ERE, cotizan el tiempo suficiente para generar el derecho a una nueva prestación contributiva. Nada expreso se dice en la norma al respecto, si bien lo previsto en el art. 3.5 (“El derecho a la reposición se reconocerá de oficio por la entidad gestora en los supuestos en los que se solicite la reanudación o reapertura de la prestación por desempleo”) nos hace pensar que dicha reposición será posible siempre que el trabajador opte por reabrir o reanudar su prestación, con independencia de que haya generado derecho a una nueva<sup>31</sup>.

Y también se plantean dudas acerca del alcance de la obligación de cotizar de la entidad gestora; si ésta ha de cotizar sólo por contingencias comunes, como corresponde a una situación de desempleo total, derivado de la extinción del contrato de trabajo, o si también debe hacerlo por contingencias profesionales y por los “conceptos de recaudación conjunta” –desempleo, FOGASA y formación profesional–, en las mismas condiciones en que cotizó la empresa durante el disfrute de la prestación por desempleo derivada de la suspensión de la relación laboral o la reducción temporal de jornada (art. 214.2 LGSS). El preámbulo del RD ley 2/2009 parece inclinarse por esta segunda posibilidad al afirmar que se persigue reponer tanto la prestación como la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores a

---

<sup>30</sup> Se vuelve a exigir en este caso el doble requisito temporal citado anteriormente, aunque la posterior autorización de suspensión del contrato o reducción de jornada se deberá producir antes del 31 de diciembre de 2009.

<sup>31</sup> En el segundo supuesto de reposición previsto (ERE suspensivo seguido de una nueva suspensión o reducción de jornada) no se plantea esta cuestión al exigirse de manera expresa que el trabajador no haya generado un nuevo derecho a prestación por desempleo para que nazca el derecho a la reposición (art. 3.2 RD ley 2/2009).

los que se les haya suspendido su contrato de trabajo o reducido su jornada de trabajo por un expediente de regulación de empleo, y posteriormente, se les extinga o suspenda el contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción<sup>32</sup>.

**2. La eliminación del período de espera para poder acceder al subsidio por desempleo**, desde el momento en que éste nacerá a partir del día siguiente a aquél en que se produzca el hecho causante del subsidio, según lo previsto en el art. 215.1 LGSS –agotamiento de la prestación por desempleo, o retorno, o liberación de prisión, o declaración de capacidad o invalidez en grado de incapacidad permanente parcial...–<sup>33</sup>. Se elimina, pues, el requisito de la previa inscripción como demandante de empleo del beneficiario durante el plazo de un mes desde que finaliza la prestación contributiva hasta que se inicia el subsidio, evitando así los períodos de desprotección que venía causando este período de espera y que en unos momentos como los actuales pueden resultar excesivamente gravosos para los afectados.

Una medida ésta que, evidentemente, requiere un refuerzo en las Oficinas de Empleo.

### ***2.2.3. Otras medidas con relevancia para el Sistema de Seguridad Social***

Junto a las analizadas hasta ahora, la reforma de la legislación sobre los ERES ha introducido otras medidas que, si bien vamos a exponer de forma sintética, también tienen una incidencia destacable sobre la situación económica de nuestro Sistema de Seguridad Social. Entre ella encontramos

1) La bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social durante situaciones de desempleo derivadas de ERES (art. 1 RD ley 2/2009). Con el objetivo de incentivar la regulación de empleo temporal sobre la extinción de los contratos, se prevé la reducción de costes a la Seguridad Social en los casos en que los expedientes tengan por objeto garantizar la continuidad de la empresa y de los puestos

---

<sup>32</sup> Vid. Cavas Martínez, F y Fernández Orrico, F.J.: “Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo y para la protección de las personas desempleadas, op. cit. Pág. 34, para quienes, pese a esta obligación de cotizar por toda la contingencias, las cotizaciones realizadas durante el período de reposición no se tendrán en cuenta para el reconocimiento de un derecho posterior (art. 210.2 LGSS).

<sup>33</sup> El art. 215.4 LGSS ya exonera del cumplimiento de este período de espera al subsidio previsto en el apartado 2) –parados que no tengan derecho a la prestación contributiva por no tener cubierto el período mínimo de cotización– y al de los mayores de 45 años. Esta nueva eliminación del período de espera afecta, por tanto, al resto de supuestos del art. 215.1, aunque de manera temporal, puesto que el derecho queda condicionado a que las situaciones protegidas por el subsidio se produzcan entre la entrada en vigor del RD y el 31 de diciembre de 2009.

de trabajo. Así, en estos casos los empresarios van a tener derecho a una bonificación del 50% de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes correspondientes a los trabajadores afectados por el ERE, con un límite máximo de 240 días.

2) Bonificaciones de cuotas por la contratación indefinida de trabajadores beneficiarios de las prestaciones por desempleo (art. 5 RD ley 2/2009). Se trata ésta de una medida pensada, además de para incentivar la contratación de desempleados, para contribuir a aliviar la financiación de las prestaciones por desempleo en un momento como el actual en el que se multiplican las cargas sobre el Sistema de Seguridad Social. Así, la empresa que contrate a un desempleado perceptor de la prestación – también del subsidio o de una renta activa de inserción– podrá bonificarse el 100% de la cuota empresarial por contingencias comunes de ese trabajador, hasta alcanzar como máximo el equivalente del importe que tuviera pendiente de percibir a al fecha de la entrada en vigor del contrato, y, en todo caso, con un máximo de duración de la bonificación de tres años. El contrato habrá de ser indefinido y el empleo mantenerse, al menos un año, un requisito este último que se presenta, a nuestro juicio, como el principal elemento desincentivador del recurso a esta medida por parte de los empresarios, sobre todo respecto a aquéllos trabajadores a los que les quede menos tiempo para agotar la prestación.

3) La demora en la materialización de los excedentes de ingresos que financian las prestaciones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión, resultantes de la ejecución presupuestaria correspondiente al ejercicio 2008 (Disp. Adic. 2ª RD ley 2/2009). Es decir, los excedentes de ingresos de la Seguridad Social, durante este año, no pasan a engrosar el Fondo de Reserva, al menos por ahora, y sin que se establezca plazo para ello. Nada se dice acerca de la razón de esa demora y, por tanto, de cuál va ser el destino de estos excedentes, pero nos hace pensar que ante la situación económica actual la intención normativa puede ir en la línea de mantener un determinado montante económico con el que afrontar un eventual déficit en materia de pensiones<sup>34</sup>.

Se trata, en cualquier caso, de establecer fórmulas que contribuyan a hacer frente al gasto que para el Sistema de Seguridad Social conlleva la puesta en práctica de las medidas previstas en el RD ley<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup> Vid. Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F.J.: “La modificación del convenio especial suscrito...”, op. cit. pág. 40. Para los citados profesores se suscita la duda de si con estos excedentes podrá financiarse también la protección por desempleo, en particular, las iniciativas que contempla el propio RDL 2/2009, como son las bonificaciones en sus diversas modalidades, la reposición de la prestación por desempleo, la supresión del periodo de espera en el subsidio...

<sup>35</sup> En esta misma línea se enmarca también la Disp. Adic. Primera del RD ley que establece la financiación con cargo a la partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal de las bonificaciones en las cotizaciones empresariales que el propio RD ley contiene.

### 3. CONCLUSIONES

Como hemos visto, son muchos los aspectos derivados de la actual situación de nuestro mercado de trabajo que tiene una incidencia directa sobre el Sistema de Seguridad Social. La situación de incertidumbre que caracteriza a etapas de crisis económica como la actual a menudo se enfoca desde el punto de vista del empleo (crisis empresarial, procesos de reestructuración, EREs...), dejando en un segundo plano –como suele ocurrir con frecuencia, por otra parte– los aspectos de Seguridad Social.

Sin embargo, los recientes cambios normativos destinados a mejorar la, sin duda necesitada de reforma, legislación aplicable a los expedientes de regulación de empleo, se concretan, casi en su totalidad, en “medidas de Seguridad Social”. Como hemos tenido ocasión de analizar, la reposición del derecho a la prestación por desempleo, la modificación del convenio especial en supuestos de EREs, el establecimiento de bonificaciones en las cotizaciones empresariales..., son instrumentos que, si bien se plantean como objetivo último la incentivación de la contratación y el mantenimiento del tejido productivo y de los puestos de trabajo, tienen consecuencias directas sobre la situación financiera del Sistema de Seguridad Social.

No debe obviarse, pues, el análisis de la crisis también desde la perspectiva de la protección social y, consiguientemente, de la sostenibilidad económica de nuestro Sistema.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

- BLASCO LAHOZ, J.F. Y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.: *La última reforma de la Seguridad Social. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- BLASCO PELLICER, A.: *Los procedimientos de regulación de empleo*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007.
- CABEZA PEREIRO, J.: “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.): *Nueva sociedad y derecho del trabajo*. MTAS. Madrid, 2004.
- CAMPOS TARANCÓN, I. y MOLERO NAVARRO, I.: “Tramitación de despidos colectivos”, en AA.VV.(SEMPERE NAVARRO, A.V. coord.): *Medidas Laborales para Empresas en Crisis*. Thomson Aranzadi. Madrid, 1999.

- CAVAS MARTÍNEZ, F y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Medidas urgentes para el fomento y el mantenimiento del empleo y para la protección de las personas desempleadas (RD 2/2009, de 6 de marzo). Aranzadi Social, nº 2, 2009.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El Derecho Social ante la crisis”. Aranzadi Social, nº 19. 2009.
- DEL VALLE DE JOZ J.I.: “La sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, un objetivo compartido”. Aranzadi Social, nº 4, 2009.
- FERNÁNDEZ DOCAMPO, B.: “Relaciones jurídicas ente la prejubilación y la jubilación anticipada: a propósito de la libre voluntad del trabajador para extinguir su contrato de trabajo”, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.): *Nueva sociedad y derecho del trabajo...* MTAS. Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “La modificación del convenio especial suscrito en determinados expedientes de regulación de empleo, como medida de mantenimiento del empleo”. Aranzadi Social, nº 5, 2009.
- LÓPEZ CUMBRE, L.: *La prejubilación*. Civitas. Madrid, 1998.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M.: “Efectos de la prejubilación como consecuencia de ERE”. Aranzadi Social, nº 4, 2008.
- *Promoting Longer Working Lives Through Better Social Protection Systems*. Report by the Social Protection Committee. Febrero 2004.

## **SEGUNDA PONENCIA**



# PLANES SOCIALES

Rosa Quesada Segura  
*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Málaga

## ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO. Una primera reflexión como hilo conductor
2. LAS MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA. Y EN EL DERECHO COMPARADO
  - 2.1. Normativa internacional y comunitaria
  - 2.2. Las medidas de acompañamiento en otras legislaciones. Especialmente el Plan Social en el Derecho francés
3. EL PLAN SOCIAL DEL ARTÍCULO 51.4 ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
  - 3.1. El contenido del Plan Social
  - 3.2. La eficacia jurídica del Plan social
  - 3.3. La función de control de la administración laboral del plan social
4. EL PLAN SOCIAL EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL
  - 4.1. El procedimiento previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal
  - 4.2. Concordancias y diferencias entre el plan social en el procedimiento ordinario y el plan social en el procedimiento de concurso
5. LOS PLANES NEGOCIADOS DE REINDUSTRIALIZACIÓN SECTORIAL
6. A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS NOTAS COMUNES QUE IDENTIFICAN LOS PLANES SOCIALES

## **1. PLANTEAMIENTO. UNA PRIMERA REFLEXIÓN COMO HILO CONDUCTOR**

Apenas celebrado lo que se afirmaba como el siglo de la igualdad una serie de modificaciones sustanciales que afectan al modo de producción y organización de los mercados, van conformando una nueva dimensión socioeconómica que se denomina “global” para resaltar la amplitud de sus límites, más allá de las fronteras tradicionales y con ello, más allá también de los sistemas de garantía jurídicos ligados a la territorialidad. Cambios que se reflejan en la nueva conformación de los sectores productivos con una progresiva disminución del industrial frente a la evidente progresión del de servicios, o en el desarrollo, sorprendente por su profundidad y la rapidez de su sucesión, de nuevas tecnologías lo que da lugar por primera vez a la ruptura del principio de economía clásico que ligaba producción a empleo –ahora es posible, lo señaló con anticipación la OCDE, el aumento de la producción sin que ello se traduzca en la creación de empleo–, o en la reorganización de las empresas a través de la división y parcelación geográfica de sus unidades productivas –fenómenos de descentralización productiva y de externalización de servicios– que cobran una intensidad no conocida en fases históricas anteriores, o, finalmente, en la aparición de nuevas categorías profesionales que se crean para cubrir necesidades y servicios también antes inexistentes.

La mundialización del capital ha acelerado la internacionalización de las inversiones, las economías nacionales se integran de forma creciente en un sistema económico cada vez más global, las mutaciones tecnológicas en los sistemas de comunicación e información, la transformación de los sistemas de producción y de los mercados de trabajo, el poder creciente de las grandes empresas multinacionales y la desregulación generalizada de los flujos financieros que se desplazan casi sin limitaciones por el mundo en busca de las más favorables inversiones... necesitan y se asientan en una ideología neoliberal que, en cuanto se universaliza, los hace posibles.

Y en cuanto la distribución del poder en el mundo económico cambia, cambia igualmente el modelo de organización de la empresa y del trabajo. En la actualidad el papel configurador de un orden social y económico que se atribuye al Estado afecta decisivamente a los poderes de organización empresarial, hasta el punto de modificarlos de forma esencial. Puesto que las posibilidades de expansión y supervivencia de las empresas dependen, cada vez en mayor medida, de la política económica general del país, hoy ya no está en la empresa industrial el centro del poder sino en el sistema económico internacional que pesa sobre las economías nacionales y que dicta, en buena medida, las reglas de la competencia posible entre empresas.

En esta tendencia, el ordenamiento laboral actual pone de relieve su proyección lógica, su “vocación permanente”, que en este caso se manifiesta por su interven-

ción en las relaciones entre capital y trabajo introduciendo criterios de racionalidad económica en la ordenación jurídica de las relaciones laborales, sin alterar los fundamentos de la economía de mercado tan solo corregida mediante una planificación de la fuerza de trabajo en el mundo de las relaciones de producción. No se trata de alterar –nunca se lo ha propuesto– sino de establecer “elementos correctores” en la ordenación de la misma.

Ahora, la dimensión del conflicto se sitúa en la confrontación de dos lógicas, la económica y la social. Es decir la de los derechos, libertades y garantías que ha perfeccionado la técnica construida por el Derecho del Trabajo, y la lógica del equilibrio y moderación de las variables macroeconómicas sustentadas por la teoría económica. La dificultad de encontrar un punto de acuerdo entre ambas lógicas constituye en el ámbito europeo el más importante reto a que se ve sometida la ciencia jurídico laboral, para que, sin dejar de existir ese principio de protección social que en un principio constituyó su razón de ser, se mantenga el modelo neoliberal actual. Al que, además, no se quiere renunciar, como de forma evidente manifiesta el comunitario y relativamente reciente Libro Verde sobre el Derecho del Trabajo.

En un modelo de libertad de empresa en el marco de una economía “social” de mercado altamente competitiva –formula utilizada por el Tratado constitucional de la Unión Europea– con una constitución jurídica del trabajo dependiente y con un intervencionismo público de control y de apoyo a la iniciativa privada, las decisiones sobre la reestructuración y el saneamiento de la empresa se atribuyen originariamente al titular del poder de gestión de la empresa, pero respetando los derechos de participación de los trabajadores y con sometimiento a la intervención de los poderes públicos precisamente para garantizar la racionalización del sistema económico y la tutela de los intereses públicos<sup>1</sup>

Este planteamiento de fondo sirve como hilo conductor para analizar el plan social como institución legal que se prevé en los casos de los despidos colectivos por necesidades de la empresa y que supone una forma de gestión pactada del conflicto y de las vías para evitar o minimizar los efectos sobre el empleo. Y es que los despidos colectivos constituyen uno de los ejemplos más claros, en nuestro ordenamiento laboral actual, de la dialéctica entre ambas lógicas, la social que se manifiesta en el interés del trabajador en el mantenimiento de su empleo y la empresarial, representada en el interés del empresario en la mejora de la productividad y, cada vez más de la competitividad –intereses ambos jurídicamente protegidos por nuestra Constitución en sus artículos 35.1 y 38 y que no siempre guardan o han guardado la equivalencia que el Derecho del Trabajo tiene por misión garantizar, y finalmente también del interés público a la protección del Empleo.

---

<sup>1</sup> Monereo Pérez, J.L.: Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral, Ed. Comares, Granada, 2006, p. 21.

Desde esta óptica el plan social altera radicalmente la comprensión de los despidos colectivos que de ser contemplados desde un enfoque individualista y meramente indemnizatorio que intenta compensar al trabajador despedido y garantizar el interés individual del empresario en la toma de decisiones basadas en la organización o reorganización de su proyecto empresarial, se pasa a contemplar de forma conjunta los problemas de gestión de la empresa y su incidencia respecto al conjunto de trabajadores y su repercusión en el mercado de trabajo, e incluso, más allá, en la política económica. Se pasa así de contemplar el derecho del empresario a despedir causalmente a los trabajadores excedentes de plantilla, a reconocer la responsabilidad social del empresario en tales despidos. Por tanto el plan social significa –o debería significar en esta lógica– un importante límite al poder de decisión empresarial. Ahora ya no basta la existencia de causa, que podrá justificar los despidos, pero no exonerar al empresario de obligaciones respecto a los propios trabajadores y respecto al mercado de trabajo.

Pero existe otro aspecto también útil en la explicación del plan social. La reestructuración empresarial comporta ajustes o reorganizaciones de plantillas y por ello se establecen mecanismos tendentes a limitar en la medida de lo posible los efectos negativos sobre las relaciones de trabajo. Pero también pueden ser necesarias para producir un cambio positivo y de mayor calidad en el aparato productivo, introducir nuevas tecnologías, y renovar la empresa y el sector. La reestructuración de plantilla se convierte así en un instrumento de flexibilización de las relaciones de trabajo, y, se justifica en la mejora del rendimiento económico y, en último extremo, en la garantía del interés común al mantenimiento del Empleo. Es la idea de combinar de forma apropiada la flexibilidad y la estabilidad como paradigma presente en la Estrategia Europea de Empleo y en las Directrices generales de política Económica. Intereses legítimos, pero que deben contemplarse con cautela a fin de que no se conviertan en la excusa para la regresión en los derechos sociales de los trabajadores.

Es por esto que la propia Comisión promueve el dialogo social –en general en toda la política social– y en concreto en la gestión de las reestructuraciones empresariales, entendiendo que uno de los factores más importantes para el éxito de una reestructuración –y su aceptabilidad social– tanto en términos de aumento de la productividad de la empresa como desde el punto de vista del trabajador, consiste en garantizar la participación de los representantes de los trabajadores<sup>2</sup> Participación con carácter permanente en la gestión general de la empresa, pero también participación efectiva y por tanto preventiva en los cambios susceptibles de afectar al empleo<sup>3</sup>.

En este caso los planes sociales deben adelantarse al hecho previsible de las reestructuraciones, organizando de forma razonable y pactada la adecuación de la plantilla a la evolución tecnológica y al desarrollo del mercado<sup>4</sup> mediante una pla-

---

<sup>2</sup> Burawoy, M. : El consentimiento en la producción” MTSS, Madrid, 1989.

nificación de los recursos humanos y de las nuevas posibilidades que ofrecen los cambios estructurales, funcionales o económicos que se introduzcan a fin de evitar llegar al procedimiento de despido colectivo. O, cuando éste es inevitable y necesario, gestionando vías alternativas que minimicen el efecto del despido y abran nuevas posibilidades a la recolocación de los trabajadores principalmente a través de la planificación de una formación adecuada a las nuevas demandas de la producción y de la calidad. Desde esta perspectiva el plan social tiene una dimensión de política de empleo en cuanto tienen posibilidad de realizar regulaciones activas de empleo preventivas y también un enorme potencial de impulso a la cogestión mediante el dialogo social en los procesos de reestructuración.

Así pues cuando se alude al plan social –o los planes sociales– a los que se refiere el título genérico de este trabajo se puede hacer referencia a diversas realidades. Al Plan social dentro del procedimiento de despido colectivo, semejante, pero no exactamente igual que las medidas sociales de acompañamiento previstas en la Directivas Comunitarias y recogida en los ordenamientos jurídicos de algunos de los Estados que conforman la Unión Europea, si bien su finalidad es igualmente procurar reducir las consecuencias sociales y personales derivadas del cambio proyectado en la empresa y que pueden proceder bien de la iniciativa empresarial o bien del acuerdo colectivo<sup>5</sup>.

Pero también se denomina plan social al plan de reestructuración y viabilidad de la empresa que propone el empresario para ser negociado con los representantes de los trabajadores en el ámbito del convenio colectivo, con el objetivo de planificar el futuro de la empresa de manera ordenada y previsor, mediante medidas de política empresarial –nuevas inversiones, innovaciones tecnológicas o formulas de saneamiento financiero–; políticas de comercialización o políticas de gestión de recursos humanos –sistemas de formación y cualificación profesional, modificaciones en la organización del trabajo...-. También se habla de planes sociales cuando, junto al anuncio de un proceso de reestructuración el empresario propone

---

<sup>3</sup> Landa Zapirain, J.P.: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque de la resolución “socialmente” inteligente de las reestructuraciones de empresas”, RL, nº 6, 2005: “en algunos convenios colectivos el plan social funciona realmente como un instrumento organizativo de adaptación del empleo a las futuras eventualidades anticipándose a las situaciones críticas en las que la vía de solución se limita a la reducción de los costes salariales y, por tanto, a las extinciones contractuales”.

<sup>4</sup> Así se recoge en el Convenio Colectivo “Ericsson, S.A.” citado por Serrano García, J. M<sup>a</sup>.: “Participación de los trabajadores en las decisiones de despido por causas empresariales” en “La negociación colectiva en España: una mirada crítica” (Coord. Escudero Rodríguez, R.), Tirant lo Blanch, 2006, pág. 251.

<sup>5</sup> En países como Grecia, Irlanda, Reino Unido y Portugal, el plan social no constituye una obligación unilateral del empresario, pero el objetivo principal de las negociaciones entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores son las medidas de protección social tendentes a facilitar el retorno de los trabajadores despedidos al mercado de trabajo, garantizando su reclasificación y su reconversión profesional.

una serie de medidas para ser negociadas con los representantes de los trabajadores en la fase previa a la iniciación del procedimiento formal del expediente de regulación de empleo.

Y también se está ante un plan social cuando las medidas se adoptan en un proceso de reorganización de un sector económico vía reconversión y reindustrialización, en cuyo caso, el plan social o el plan de reconversión, será generalmente de carácter tripartito y con base jurídica en una legislación especial, entrando la Administración pública a jugar un papel esencial en el mismo, en cuanto que las situaciones se presentan como de “interés general” en el ámbito afectado.

Por tanto el término no es unívoco. Ni siquiera cuando se recoge en nuestro ordenamiento jurídico como una obligación de hacer del empresario que debe presentarlo como requisito imprescindible en el procedimiento de despido colectivo y que debe contener un conjunto de medidas a fin de hacer posible la continuidad de los contratos de trabajo o de facilitar otras vías de protección al trabajador finalmente despedido, cuya eficacia jurídica requiere el acuerdo con los representantes de los trabajadores y la posterior convalidación por la autoridad laboral o la autorización por la autoridad laboral junto con el expediente de regulación de empleo o la resolución del juez del concurso cuando se haya seguido el procedimiento concursal. Así encontramos el plan social al que se refiere el artículo 51.4 Estatuto de los Trabajadores (ET) como un documento necesario que debe aportar el empresario en el expediente de regulación de empleo cuando la empresa sea de más de cincuenta trabajadores y el plan social al que se refiere el artículo 64 de la Ley Concursal (LC). Diferentes en el procedimiento y esencialmente en el objetivo propuesto, pues mientras que en el primero la finalidad va dirigida al mantenimiento del empleo, en el segundo, el objetivo prioritario es la racionalización económica y únicamente el mantenimiento del empleo en cuanto beneficia a tal fin.

Y, finalmente también el Plan social puede ser resultado y síntesis de un Pacto social, en el sentido de los grandes Acuerdos que desde la Moncloa fueron esenciales para modificar el modelo de política económica y social en un momento histórico que los hacía precisos<sup>6</sup>. Un plan social hoy, como resultado de un gran Acuerdo, de un gran Pacto Social, para cambiar un modelo productivo que ha demostrado estar agotado y ya inservible y cuyos resultados en cifras y estadísticas es, no sólo dramático, también profundamente alarmante<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Aunque sean simplemente “acomodaciones técnicas al desarrollo del sistema capitalista, del Estado capitalista y de las organizaciones de representación de intereses en su interior” como los califica el maestro Vida Soria en el Prologo a Los Pactos Sociales, de Moreno Vida, M.N., Universidad de Granada, 1989.

<sup>7</sup> En 2008 se realizaron 6.823 expedientes de regulación de empleo, en 2009 de enero a agosto vamos ya por 14.845 de los cuales se autorizaron 13.884 (no autorizados 515 y desistidos 446) y de estos, 12.600 habían sido pactados y 1.284 fueron los autorizados por la autoridad laboral mediante resolución al no haber obtenido acuerdo en la fase de negociación. <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>. Por su parte en el Informe de la OCDE sobre el empleo (presentado en Paris el 16 de septiembre de 2009) se

Este trabajo se va a centrar especialmente en el Plan social previsto en el artículo 51.4 ET y desarrollado en el artículo 6.1 c) Real Decreto 43/1996, de 19 de enero por el que se aprueba el Reglamento de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, si bien también se hará referencia en primero lugar al tratamiento internacional, comunitario, y brevemente, de derecho comparado, respecto a las medidas sociales de acompañamiento en los despidos colectivos, en cuanto sirven de fundamento, y ejemplo, al legislador español. Para a continuación analizar el plan social en el expediente de extinción colectiva de las relaciones de trabajo en la declaración de concurso, de acuerdo al artículo 64.5 LC, y de forma más somera, los planes sociales que se articulan y forman parte de los procesos de reestructuración sectorial. Por último algunas ideas sobre la naturaleza, caracteres y significado del plan social, intentando delimitar las notas comunes a fin de construir un concepto unitario.

## **2. LAS MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA. Y EN EL DERECHO COMPARADO**

### **2.1. Normativa internacional y comunitaria**

La posibilidad de disminuir los efectos negativos para los trabajadores afectados por los despidos colectivos por motivos económicos, tecnológicos o estructurales es un tema relativamente reciente en las normas internacionales y en el Derecho social europeo.

En el Convenio n° 158 OIT<sup>8</sup> sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador<sup>9</sup> establece –en artículo 13– el deber del empresario de informar a los representantes de los trabajadores sobre las medidas que va a adoptar en el caso del despido colectivo. El primer grupo de medidas, de carácter obliga-

---

anuncia que en España a finales del 2010 la tasa de paro puede situarse cerca de un 20%, lo que supondrá un aumento del paro en 2,7 millones de personas desde que empezó la crisis, mientras que en el balance del empleo destruido se señala que el 85% corresponden a los trabajadores con contratos temporales, la mayoría en la construcción y los servicios.

<sup>8</sup> Vid. Gómez Enterría, A.: “Reflexiones sobre el Convenio 158 OIT, Documentación laboral, n° 20, 1986, págs. 69-72.

<sup>9</sup> Adoptado por la Conferencia Internacional de Trabajo en Ginebra el 2 de junio 1982. Ratificación BOE de 29 de junio de 1985.

torio, se refiere a la identificación de los motivos de las extinciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas, y el periodo en el que se llevarán a cabo las mismas. El segundo grupo de medidas, que se hace depender de la práctica y la legislación nacional, consiste en la posibilidad de ofrecer a los representantes de los trabajadores un periodo de consultas “sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otro empleo”. Aparece aquí la noción de medidas de acompañamiento social, como una iniciativa del empleador que ofrece para su negociación a los representantes de los trabajadores en el momento en que se inicia el procedimiento para los despidos colectivos y con la finalidad de “atenuar las consecuencias adversas” para los trabajadores afectados por las extinciones de los contratos de trabajo. Importante, en cuanto desarrolla y profundiza en el tema, la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982<sup>10</sup>, que viene a complementar el Convenio n.º. 158, contiene una enumeración de las medidas tendentes a evitar o reparar las consecuencias de los despidos colectivos. Entre las medidas –la enumeración tiene un carácter ejemplificador y no exhaustivo–, se contienen las siguientes: “restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto periodo de tiempo, los traslados internos, la formación y el readiestramiento de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias y la reducción de la duración normal del trabajo, la prioridad de readmisión, si el empresario volviera a contratar en puestos de categoría comparable y la búsqueda de empleo adecuado por parte del empresario. Además de que se prevén, de acuerdo a los sistemas de protección y previsión social establecidos en las legislaciones y prácticas nacionales, medidas públicas de protección como la compensación parcial por la pérdida de los salarios correspondientes al periodo de tiempo no trabajado en el supuesto de reducción temporal de la duración normal del trabajo, o medidas públicas de activación del empleo.

En cuanto a la normativa comunitaria, en la Directiva 75/129/CE<sup>11</sup> referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos, primera sobre la materia, en su artículo 2 se establece al deber del empresario de consultar con los representantes de los trabajadores sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos o, al menos, de atenuar sus consecuencias. No se impone el deber de negociar, pero sin duda esta obligación de consulta –e información, pues al empresario se le impone igualmente el deber de aportar a los representantes de los trabajadores “cualquiera información útiles” –supone un

---

<sup>10</sup> Adoptada en Ginebra el 22 de junio 1982.

<sup>11</sup> DO L 48 de 22 de febrero, 1975.

importante instrumento de limitación de la discrecionalidad en la decisión empresarial<sup>12</sup> y un importante impulso al acuerdo con los representantes de los trabajadores—. De esta forma la unilateralidad reconocida al empresario en esta materia no resta eficacia a las medidas procedimentales previstas de forma previa al despido colectivo en tanto que, si bien la Directiva no limita directamente el poder empresarial, impidiendo los despidos cuando no se alcance acuerdo, si condiciona la negociación con los representantes legales de los trabajadores sobre las causas y los efectos del despido colectivo.

Posteriormente la Directiva 92/56/CEE de 24 de junio de 1992<sup>13</sup>, por la que se modifica la anterior —como, en igual sentido mantiene la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998<sup>14</sup>, modificadora de aquella— introduce en su artículo 2.2, la obligación del empresario de presentar un conjunto de propuestas, en la consulta con los representantes de los trabajadores, tendentes a evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, a las que denomina “medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”. Tiene este mandato un carácter preventivo más que reparador. No se trata ni de justificar convenientemente los despidos ni de debatir sobre las consecuencias de los mismos —objeto del periodo de consultas—, lo que aquí se plantea es la posibilidad de negociar otras alternativas empresariales menos graves que las extinciones o, produciéndose las mismas, otras medidas dirigidas a la readaptación del trabajador en otro empleo. Se trata, sin embargo, de una obligación real y a la que se debe llenar de contenido específico, por ello el TJCE en sentencia de 16 de julio de 2009 —Asunto Mono Car— y ante una cuestión prejudicial sobre el alcance de una disposición nacional —conforme a la cual el empresario en el marco de un despido colectivo sólo está obligado a presentar a los representantes de los trabajadores un informe escrito sobre su intención de proceder a un despido colectivo, reunirse con los mismos, y oír sus preguntas y observaciones respecto al mismo y debatir sobre las mismas —considera que la norma cuestionada se opone al artículo 2.2 de la Directiva 98/59 en cuanto reduce las obligaciones del empresario en relación a las que impone la regla del artículo 2.2.— “Interpretar de otra forma este precepto, y todos sus apartados —se dice en la sentencia—, supone una vulneración de la finalidad de la Directiva 98/59 para alcanzar el resultado que ésta persigue”—.

No se trata, por tanto, de negar o dificultar los despidos colectivos —en este sentido, la Comisión en su Comunicación sobre “Reestructuraciones y empleo—

---

<sup>12</sup> Cruz Villalón, J.: “La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la legislación española” Noticias CEE, n. 40, 1988, p. 97. “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, Temas Laborales, n. 44, 1997, p. 57. Rodríguez Piñero, Royo, M. “La reforma de las Directivas sobre reestructuración empresarial”, Relaciones Laborales, n. 5, 1999, p. 93.

<sup>13</sup> DO L 245 de 26, de agosto, 1992.

<sup>14</sup> DO L 225/16, de 12 de agosto, 1998.

anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea”<sup>15</sup>, manifiesta su convicción de que las reestructuraciones no tienen por que ser sinónimo de retroceso social y de pérdida de sustancia económica, pudiendo ser garantes del progreso económico y social, pero si de procurar que “cuando los ajustes de plantilla sean indispensables para la supervivencia y el desarrollo de las empresas”, se trate de conseguir que los efectos sobre el empleo y las condiciones de trabajo sean lo más transitorios y limitados posibles. Y es que, la propia Comisión había recogido con anticipación –al hacer un balance de la reestructuraciones europeas en el año 2000– los efectos negativos en la sociedad de los procesos de reestructuración, al denunciar “que menos del 25 por 100 de las operaciones de reestructuración logran sus objetivos de reducción de costes, incremento de la productividad y mejora de la calidad y del servicio al consumidor, ya que a menudo dañan la moral, la motivación, la lealtad, la creatividad y la productividad de los trabajadores”.

En resumen la posición comunitaria al respecto parte del reconocimiento del despido colectivo como facultad del empresario que puede adoptar por múltiples razones ligadas a la mejora de su productividad y competitividad –y también, claro, por razones que superan y condicionan su capacidad de decidir con libertad, pero sobre estas no vamos a entrar– y que pueden tener un efecto positivo en el Empleo, con mayúsculas. Y a la vez se reconoce el derecho individual de los trabajadores afectados al mantenimiento del empleo o al menos a la consecución de otro nuevo y a que se le garantice, durante el periodo de transito, medios económicos suficientes. El principio europeo, pues, de flexibilidad y de seguridad. Lo que debe articularse mediante tres vías: la gestión empresarial de carácter preventivo, la acción de los representantes de los trabajadores, en un marco de consulta y negociación no vinculante pero si garantista, y la acción publica que contribuya a acompañar y a posibilitar la salida no traumática del puesto de trabajo y a orientar y dirigir las operaciones de búsqueda de nuevo empleo.

En esta línea de garantía de un mercado de trabajo dinámico y adaptable y a la vez garante de los trabajadores, y en el marco de un discurso sobre flexiseguridad en el marco del ciclo 2008-2010 de la Estrategia de Lisboa<sup>16</sup>, se vuelve a plantear la cuestión de la necesidad de buscar alternativas frente a los despidos para evitar que los trabajadores que han perdido su empleo en las reestructuraciones económicas puedan quedar “atrapados en un desempleo de larga duración”. En este discurso se cita el caso finlandés que desarrolló un modelo de seguridad frente al cambio, con objeto de respaldar la reconversión de trabajadores despedidos por ra-

---

<sup>15</sup> COM 2005, de 31 de marzo de 2005 –dentro de las Directrices marcadas por la Estrategia de Lisboa– Comunicación al consejo Europeo de primavera de 2 de febrero de 2005 “Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo –COM (2005), 24 final.–

<sup>16</sup> Informe de la Misión para la Flexiseguridad de 9 de diciembre de 2008 <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st17047.es08.pdf>.

zonas económicas. Las medidas no son novedosas pero si suponen el diseño de un itinerario de protección en donde se unen nuevos deberes al empresario y una acción pública orientada a la recolocación<sup>17</sup>.

## **2.2. Las medidas de acompañamiento en otras legislaciones. Especialmente el Plan Social en el Derecho francés**

Desde los años noventa los ordenamientos de los Estados que conforman la Unión Europea han ido incorporando en sus legislaciones nacionales la obligación empresarial de procurar medidas de acompañamiento social en los procesos de reestructuración a fin de reducir, o paliar, los efectos de los despidos colectivos<sup>18</sup>. Si bien en algunos ordenamientos –como el francés, el alemán<sup>19</sup>, el italiano, y el español, deudor especialmente del primero– se considera una obligación empresarial con un contenido concreto que podrá ser o no negociado y que en todo caso se requiere como elemento sustancial en el procedimiento de reestructuración empresarial ante la administración pública; en otros, como el griego, el inglés y el portugués, el plan social no constituye una obligación unilateral del empresario, limitando la obligación a la negociación de las medidas sociales de acompañamiento en la fase de consulta. Por último, otros ordenamientos nacionales, como el danés y el belga consideran fuente de esta obligación a los convenios colectivos y es en éstos donde, junto con el procedimiento de despido colectivo establecen las soluciones alternativas a las extinciones que posteriormente son negociadas a nivel de empresa –como sucede en el primero–, o establecen medidas de acompañamiento social que forman parte de otros más generales “planes de reestructuración”, en este caso producto de un gran acuerdo social entre sindicatos y asociaciones empresariales<sup>20</sup>.

En consecuencia, “las medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos” establecidas en el apartado 2º del artículo 2 de la Directiva 98/59 han sido

---

<sup>17</sup> Así se les reconoce derecho a días de permiso durante el periodo de preaviso para la búsqueda de nuevo empleo, reciben indemnizaciones por despido más elevadas y disponen de un programa específico de formación y de búsqueda de empleo puesto en práctica por los servicios públicos de empleo.

<sup>18</sup> Referentes a este periodo y respecto al análisis de derecho comparado de la regulación sobre despidos colectivos en los Estados miembros, puede verse Goerlich Peset, J.M. “Informe técnico jurídico sobre el despido comunitario”, A.L. nº. 11, 1993, p. 181.

<sup>19</sup> Sobre el “Sozialplan” Sagardoy Bengoechea, J. A. La terminación del contrato de trabajo, Madrid, 1980, p. 43 y ss. García Murcia, J. “La regulación del despido colectivo en Alemania, RL, n. 2, 1994, p. 18 y ss.

<sup>20</sup> Serrano García, J.M. “El Plan social en los despidos colectivos”, Ed. Lex Nova, 2002 pág. 51 y ss.

entendidas en los diferentes Estados de forma desigual. Y, aunque en sentido general en todos los ordenamientos, se estima parte de la obligación del empresario en los procedimientos de despido colectivo varía, en unos u otros, el cauce previsto para alcanzar efectividad jurídica así como en el contenido concreto de tales medidas. Si bien lo importante es, como sucede en las Directivas de armonización, que se alcance el objetivo previsto en la norma comunitaria, como es procurar atenuar los efectos de la decisión empresarial respecto a trabajadores concretos y respecto al trabajo entendido como bien social y “escaso”.

Por tanto no existe un modelo comunitario de plan social para todos los Estados, pero si la existencia de algunos caracteres comunes que deben ser suficientes para considerar que cumplen con la norma comunitaria. Como señaló la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 2009, anteriormente citada, “Interpretar de otra forma el artículo dos y todos sus apartados, supone una vulneración de la finalidad de la Directiva 98/59 para alcanzar el resultado que ésta persigue”.

En esta diversidad de tratamientos, es el ordenamiento francés el que por tradición y calidad puede aportar el modelo más acabado y concreto del plan social. Modelo así de otras legislaciones europeas, sin duda también de la española, e inspirador posiblemente para el legislador comunitario. Así pues, conviene detenerse algo más en la regulación del plan social en el ordenamiento francés.

– El plan social en el ordenamiento francés.

El Plan social siempre se ha concebido en el ordenamiento francés como un instrumento jurídico de carácter esencialmente colectivo<sup>21</sup> que tiene su origen en la voluntad unilateral del empresario<sup>22</sup>.

Si bien se introdujo mediante el Acuerdo Nacional Interprofesional sobre la seguridad en el empleo de 10 de febrero de 1969, posteriormente recogido en la Ley n.º 75-5, de 3 de enero de 1975 relativa a los despidos por causas económicas al imponer a los empresarios que proyectasen el despido de más de diez trabajadores en empresas de más de cincuenta la obligación de presentar un plan social a los representantes legales de los trabajadores y a la Administración Laboral que debía autorizar los despidos colectivos, es a través de la Ley n.º 93/121, de 27 de enero de 1993 –artículo L. 321.4.1 del Code du Travail– sobre medidas sociales, cuando realmente el plan social alcanza una regulación completa al incluir también el contenido mínimo que este debe alcanzar y las sanciones a imponer en caso de incumplimiento.

---

<sup>21</sup> Mallet, L., Reynés, B., Teyssier, F. Vicens, C.: “A quoi servent les plan sociaux”, Travail et Emploi, n. 72, 1997, p. 87; Couturier, G.: “Quel avenir pour le droit de licenciement. Perspectives d’une régulation européenne” Droit Social, n. 11997, p. 78.

<sup>22</sup> Con carácter general: Lyon Caen, A. et Lyon Caen, G.: Droit Social International et Européen, p. 283. Vatinet, R.: Plan social et droits individuels des salariés licenciés pour motifs économiques”, DS. Num. 9, 1991, p. 671 y ss.

El artículo 321.4.1 Code de Travail tras definir el Plan social como “el deber del empresario de establecer y realizar un plan social para evitar los despidos o limitar su número y para facilitar la recolocación del personal cuando el despido no pueda evitarse, especialmente en los trabajadores de mayor edad o los que presentan características sociales o de calificación que hacen su reinserción profesional particularmente difícil”, enumera una lista no exhaustiva de materias que debe contener el plan pero que suponen una autentica declaración de intenciones. Lo que se quiere decir es que no basta un plan en donde solo se debata las indemnizaciones o las prejubilaciones sino que para que realmente pueda considerarse tal y por tanto cumplir con la obligación legal, las medidas deben estar ordenadas y tener una finalidad. Los objetivos que persigue el plan social, de búsqueda de medidas alternativas o de medidas de acompañamiento de las extinciones, convierten al despido en la “ultima ratio”<sup>23</sup> ya que si realmente se cubrieran las expectativas, el empresario únicamente podría optar por la vía extintiva en tanto que no fueran posibles otras medidas.

Estas medidas, que aparecen recogidas en el propio Còde du Travail<sup>24</sup>, son de diferente naturaleza. Así, aquellas de orden interno en la organización de la empresa, promueven la movilidad funcional –e incluso el cambio a categoría inferior por acuerdo con el trabajador–, la movilidad geográfica y la reordenación de la jornada de trabajo y los horarios. Otras, de orden externo, buscan fomentar nuevas actividades o apoyar la reactivación de los yacimientos de empleo<sup>25</sup>, lo que demanda una acción pública de política de empleo. Finalmente, están aquellas otras que atienden a la persona del trabajador y a su capacidad de reciclaje mediante la formación tanto para la conservación del empleo en otro puesto de trabajo como para el acceso a nuevos servicios o sectores productivos.

La efectividad de esta institución se refuerza con instrumentos de control y con una legislación sancionadora que pone de relieve la importancia que el legislador francés otorga al plan social. De esta forma se pasa de la consideración del plan como un requisito formal –como tiene el riesgo de ocurrir en nuestro ordenamiento– a un elemento esencial en el proceso de reestructuración.

---

<sup>23</sup> Mallet, L., Reyès, B., Teyssier, F., y Vicens, C. “A quoi servent les plans sociaux”, Travail et Emploi, nº. 72, 1997, p. 79.

<sup>24</sup> El artículo L 321.4. 1 prevé el plan social en empresas de cincuenta o más trabajadores estableciendo el contenido del mismo y las medidas de control de su cumplimiento. Vid. Couturier, G. “Le plan social: aspects juridiques” DS, núm. 9-10, 1995, págs. 643 y ss. Y Pérez de los Cobos, F.: “El despido por causas económicas en Francia. Estudio especial del despido colectivo en AA.VV. La reforma del mercado de trabajo: Libertad de empresa y Relaciones laborales, Madrid, 1993.

<sup>25</sup> Importante es la medida dirigida a subvencionar los llamados yacimientos de empleo: para empresas de 50 a 1.000 trabajadores, la empresa y el prefecto fijan de común acuerdo la contribución de la empresa a actividades cuyo objetivo es reactivar el empleo. En las empresas de más de 1000 trabajadores la aportación financiera de la empresa a la reactivación del yacimiento no puede ser inferior al doble del importe mensual del SMI por cada empleo suprimido. Pero el prefecto puede fijar un importe inferior si la empresa encuentra dificultades importantes para asumir esta obligación.

El control del contenido de los planes sociales corresponde a la Administración que puede paralizar el procedimiento hasta que el empresario rectifique el plan si considera las medidas introducidas insuficientes. Y para garantizar el cumplimiento del deber del empresario el mismo artículo 321.4.1 CT sanciona con la nulidad del procedimiento colectivo y de sus efectos si el empresario no ha presentado el plan social a los representantes de los trabajadores o este no cumple los mínimos previstos.

### **3. EL PLAN SOCIAL DEL ARTÍCULO 51.4 ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

La reforma del Estatuto de los Trabajadores realizada por la Ley 11/1994 sirvió de cauce de transposición del artículo 2.2 de la Directiva 92/56/CEE<sup>26</sup> por parte de nuestro ordenamiento. Se introduce, en consecuencia, una nueva obligación empresarial en el artículo 51.4 ET a las empresas de más de cincuenta trabajadores – “en todo caso”– de elaborar un plan que contenga las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados en los procedimientos de despido colectivo. Se trata de un requisito necesario tanto si en la tramitación del expediente de regulación de empleo termina con acuerdo con los representantes legales de los trabajadores o mediante resolución de la autoridad laboral.

De esta forma el legislador español superaba lo previsto en el artículo 2.2. de la Directiva comunitaria que se limitaba a exigir “medidas sociales de acompañamiento”, y, siguiendo el ejemplo de los ordenamientos francés y alemán, denomina “plan social” a la obligación empresarial de acompañar la solicitud de un expediente de regulación de empleo de un conjunto de “medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial”, con la intención de imprimir mayor fuerza a la obligación impuesta. Comprendido el plan social en la lógica de nuestra regulación de los despidos colectivos, su relieve se agranda, aproximándose al protagonismo de que disfruta en el Derecho francés al converger en él las causas, el procedimiento y las consecuencias de tales despidos<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> En el art. 2.2. de la Directiva 75/129/CEE que al regular el periodo de consultas, señala que las consultas versarán sobre las posibilidades de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso inciso introducido por la D 92/56/CEE y mantenido por la nueva reforma introducida por la Directiva 98/59/CE– “a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial a la ayuda para la readaptación o la re-conversión de los trabajadores despedidos”.

<sup>27</sup> Casas Bahamonde, M.E. Prólogo en Serrano García, J.M. “El Plan social en los despidos colectivos, Ed. Lex Nova, 2002, pág. 13.

El Plan social es por tanto un documento que debe elaborar el empresario como exigencia en el procedimiento de despido colectivo sólo exigible en caso de que la medida colectiva se refiera a la extinción contractual –y no a otras como modificación o suspensión– y únicamente cuando es la empresa quien inicia el expediente de regulación de empleo, mientras que, cuando éste se inicia por los trabajadores no parece que exista obligación de la elaboración de un plan social. Sin embargo nada parece oponerse a que en tal caso los trabajadores se dirijan a la Autoridad laboral a fin de que ésta demande al empresario la elaboración de un Plan social. Si el fin social del mismo es “evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados mediante, entre otras medidas, la readaptación o la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas”<sup>28</sup>, no se entiende como la actitud pasiva del empresario ante la situación de crisis en la empresa, que incluso puede haber sido consecuencia de su gestión o de otras razones incluso tendentes a provocar voluntariamente la acción extintiva de los trabajadores, pueda exonerarle de tal obligación de hacer.

Sin embargo, parece más evidente que en el caso de cese total de la actividad como ocurre en los supuestos de venta judicial de la empresa o cese por decisión judicial cuando afecte a toda la plantilla, de extinción de la personalidad jurídica del empresario o de fuerza mayor, no se exija el plan social ya que no cabe posibilidad de cumplirse la finalidad que a través del mismo pensaba alcanzarse.

La referencia a un “Plan” supone que el empresario debe elaborar un conjunto ordenado de medidas, organizadas con una cierta coherencia y en función del colectivo al que van dirigidas y al ámbito en las que deben tener lugar. Es decir, una propuesta más seria y con objetivos concretos que supera el sentido que se suele asignar al término “medidas sociales de acompañamiento” que parece aludir a las alternativas sociales que deben acompañar el proyecto de despido colectivo y que incluso pueden venir a continuación del mismo, una vez ya adoptado.

La realización del Plan social es una obligación legal, lo que supone que la no presentación en plazo impediría la homologación del acuerdo en la fase de consultas por la autoridad laboral, si se produce o, la no autorización administrativa posterior en caso de no existir el acuerdo con los representantes de los trabajadores en la fase de negociación. En este caso cabría la subsanación, por aplicación del artículo 51.3 ET en donde se prevé que “si la solicitud de iniciación del expediente de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción no reuniese los requisitos exigidos, la autoridad laboral, en el término de diez días, se dirigirá al peticionario para que subsane el defecto observado en el término de otros diez días”. Si bien, con la advertencia de que si así no lo hiciera “se le tendrá por desistido de su petición, con archivo de las actuaciones”. Si se hubiera

---

<sup>28</sup> Artículo 6.1 c) RD 43/1996. de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

producido la autorización administrativa, la ausencia del plan social daría lugar a la revocación judicial de la resolución autorizatoria, produciéndose la retroacción subsanadora y reparación de los daños causados. Pero en ningún caso, el incumplimiento del plan social determinaría la nulidad de los despidos de acuerdo con el artículo 124 LPL que sólo prevé la nulidad para el supuesto de que los despidos se produzcan sin obtener la previa autorización administrativa.

El ámbito del plan social es el de la empresa que produce los despidos si bien sus objetivos pueden alcanzarse más allá de ésta, en el grupo empresarial como expresamente reconoce el artículo 6.1 c) RD 43/1996. De esta forma se reconoce la responsabilidad del grupo de empresas en los procesos de reestructuración empresarial –a través de esta medida, pero también por la regla del artículo 51.14 que garantiza el derecho a la información y documentación sea quien sea hubiera tomado la decisión del despido colectivo en los grupos de empresa– al invertir el riesgo implícito a la diversificación de la empresa en unidades productivas autónomas o independientes, por la consideración de que, en lugar de eludir responsabilidades, por esta vía se abre un amplio marco para la recolocación y reconversión, entendiéndose que el conjunto de las unidades escindidas forman un grupo de empresa, sujeto a las mismas obligaciones que las empresas autónomas<sup>29</sup>.

Lo que permite una última reflexión sobre el tema, la previsión normativa es oportuna, al tratar de eludir la vía de escape de las empresas escindidas del tronco común, pero a su vez se muestra significativamente insuficiente, especialmente si se tiene presente que las decisiones contractuales extintivas pueden derivarse de la política seguida por el centro directivo que queda ajeno a las consecuencias de orden social derivadas de su política de personal<sup>30</sup>.

El plan social es diferente al periodo de consultas y a la negociación en el procedimiento de despido colectivo. En el primer caso se trata de una propuesta del empresario que puede lanzar al mismo tiempo que anuncia el expediente de regulación de empleo y cuya finalidad no es discutir el número de trabajadores afectados, la existencia de las causas motivadoras y la finalidad que se propone con tal medida. Eso es tema del acuerdo en la fase de negociación. Las medidas que propone el empresario y que configuran el plan social son alternativas al despido que como gestor de la empresa y de la organización de los recursos humanos considera viables dentro de las posibilidades y finalidades del proyecto empresarial. Lo que ocurre es que tales medidas forman parte inevitablemente de la negociación y acaban por configurarse como su núcleo esencial, lo que entraña el serio peligro de

---

<sup>29</sup> Supiot, A.: *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, RTDC, 1985, p. 640 y ss. TREU, T. "Gruppi di imprese e relazioni industriali: tendenze europee", GDLRI, n° 40, 1988, pp. 641 y ss.

<sup>30</sup> Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico*, Ed. Aranzadi, 1997, pág. 244.

su utilización como moneda de cambio o de derivar hacía su sustitución por las bajas incentivadas. Pero la obligación del plan social es independiente de la negociación, por ello, si el procedimiento de negociación acaba sin acuerdo, la obligación de elaborar el plan social se mantiene y será la autoridad laboral, cuando resuelva sobre la solicitud del expediente de regulación de empleo, la que tendrá que controlar que el plan existe y es viable.

La obligación empresarial de elaboración del plan social, siguiendo el ejemplo francés, se limita a las empresas de cincuenta o más trabajadores.

Varias son las razones que se han dado para justificar esta limitación: la trascendencia y seriedad que se atribuye al plan social, la intención de minimizar la carga procedimental en las empresas de menor dimensión o la idea de que las empresas pequeñas y medianas tienen menos capacidad de establecer medidas alternativas a la destrucción de empleo. Sin embargo se trata de una regla más que abunda en la brecha de garantías y protección entre los trabajadores de las empresas grandes y los de las medianas y pequeñas empresas, cuando, precisamente, nuestro tejido empresarial se basa en estas empresas de pequeñas dimensiones<sup>31</sup>. Debe tenerse cuidado con el tratamiento legal diferenciado que de manera acrítica realiza el legislador en función de la dimensión de la empresa y que generalmente se traduce en una limitación de los derechos de los trabajadores de las empresas de menor volumen de plantilla. El tamaño de la empresa puede justificar el trato diferente –sobre todo en materia administrativa, financiera y fiscal– pero en materia de protección laboral y social el trato diferente ha de justificarse en criterios objetivos “y no debería traducirse sin más en una reducción irrazonable e indiferenciada del nivel de protección de los derechos de los trabajadores”<sup>32</sup>. Ni siquiera, como se ha dicho puede admitirse que la solución pasaría por “tomar en consideración la capacidad económica verdadera del empleador”<sup>33</sup>, pese a que ese criterio pone en evidencia que el tamaño de la empresa no puede por sí mismo servir como justificación para la aplicación de un sistema menos garantista. Por ello parece razonable entender que la obligación legal debe extenderse a todos aquellos despidos colectivos de empresas sea cual fuere su tamaño pues todas tienen efectos negativos en el mercado de trabajo.

---

<sup>31</sup> Sánchez Fierro, J. Los expedientes de regulación de empleo como procedimiento de ajuste de la mano de obra: datos para un análisis”, en AA.VV. la reforma del mercado de trabajo: Libertad de empresa y Relaciones laborales, Madrid, 1993, p. 836: por el tamaño de la empresa, las comprendidas entre uno y veinticinco trabajadores de plantilla han sido siempre las que han acudido más a los expedientes.

<sup>32</sup> Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: El despido colectivo en el Derecho español. Estudio de su régimen jurídico, Aranzadi, 1997, p. 241.

<sup>33</sup> Fernández Domínguez, J.J. Marco general de la dimensión de la empresa en la normativa preventiva”, AA.VV. Prevención y dimensión de la empresa, Valladolid, 2008, p. 58.

En este sentido se ha manifestado recientemente el propio ministro de Trabajo e Inmigración, al señalar, como uno de los ejes para paliar los efectos de la crisis económica, la introducción de una reforma legal ordenada a “vincular los planes sociales y de recolocación como requisito básico” de los expedientes de regulación de empleo, ampliando su carácter necesario a cualquier ámbito sin importar el tamaño de la empresa<sup>34</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta que esta excepción poco evita al empresario de una pequeña o mediana empresa cuando en el procedimiento de despido colectivo están obligados a intentar la negociación con los representantes de los trabajadores en la fase de consultas y sobre materias similares a las que conforman el contenido del plan social, aunque finalmente no se llegue al pacto.

Finalmente el plan social supone una nueva forma de participación de los trabajadores, en este caso en la gestión de la empresa –actividad, en lugar de la acción reivindicativa propia de la tradicional empresa– organización<sup>35</sup>.

Además, el plan social suele contener un conjunto de propuestas de la empresas generalmente innominadas y por ello sujetas a la adhesión voluntaria de los trabajadores, que pueden ir incorporándose a las mismas en diferentes fases temporales. Esta realización diferida del plan social exige una nueva acción de los representantes de los trabajadores de gestión y control del contenido del plan social, consensuado o ratificado por la autoridad laboral, mediante la creación de comisiones de seguimiento de carácter paritario<sup>36</sup>.

### 3.1. El contenido del Plan Social

El objetivo del plan social –de acuerdo con el artículo 51.4 ET– es la elaboración de un conjunto de “medidas necesarias para atenuar las consecuencias –del despido colectivo– para los trabajadores afectados”. O como señala el artículo 6.1 c) RD 43/1996 de manera más amplia: “las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados”. Ejemplificando las mismas tales como, entre otras, “aquellas dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros

---

<sup>34</sup> Comparecencia del Ministro de Trabajo e Inmigración en la Comisión de Trabajo e Inmigración en el Congreso de los Diputados el 15 enero 2009 [www.mtas.es](http://www.mtas.es).

<sup>35</sup> Landa Zapirain, J.P.: “Las nuevas formas de participación en la empresa”, XVII Congreso Nacional de DTSS ,Salamanca, mayo 2006.

<sup>36</sup> Plan Social 2005-2009 RENFE-Operadora de 28 de julio de 2005. Acuerdo 3 de creación de una Comisión de Seguimiento y Empleo con la finalidad de, entre otras, “Interpretar el contenido de los distintos Acuerdos que configuran este Plan Social”.

puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas, así como aquellas que favorezcan el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza”. Existe, pues una falta de concreción normativa respecto al contenido del plan<sup>37</sup>, lo que ha sido interpretado por la doctrina en el sentido de que las medidas previstas en el Reglamento son un mero ejemplo y no configurarían, en ningún caso, un contenido mínimo o imprescindible del plan.

El Plan social se estructura, pues sobre una doble dimensión. Por un lado las medidas adoptadas o previstas por la empresa para tratar de evitar o reducir los efectos del despido colectivo. Se trata de medidas que de forma mediata contribuyen a la viabilidad económica y al mantenimiento del nivel de empleo de la empresa, criterio que, dicho sea de paso, no ha sido seguido por nuestra jurisprudencia ni exigido expresamente por el legislador<sup>38</sup>. Por otro, las medidas sociales encaminadas a atenuar las consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados por la decisión extintiva.

Dentro de la dimensión colectiva del pacto social, muchas de las medidas que puedan pactarse se enmarcan en el ámbito superior de las políticas activas de empleo. Lo que suponen la colaboración o cooperación activa de los poderes públicos, cuya presencia se demanda por los sujetos negociadores como garantía de su efectividad<sup>39</sup>. La empresa las promueve pero su efectividad queda en gran modo condicionada por programas desarrollados por organismos de carácter público, como ocurre a las medidas de carácter netamente formativo<sup>40</sup>, o programas que promueven y financian la movilidad geográfica que acompañan la readaptación o reconversión de los trabajadores, o, aquellas otras que proporcionan cobertura social como en el caso de las suspensiones temporales de los contratos de trabajo o las jubilaciones anticipadas. O finalmente cuando supongan una inversión en el territorio en donde están enclavadas las empresas objeto de posible reestructuración, abriendo nuevas posibilidades de empleo o de soluciones respetuosas con el medioambiente<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Campos Tarancón, I. y Molero Navarro, I.: “Tramitación de los despidos colectivos” en AA.VV. Medidas Laborales para empresas en crisis (Sempere Navarro, A.V., director) Ed. Thomson Aranzadi, 2009, pág. 340.

<sup>38</sup> Monereo Pérez, J.L.: “Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral”, Ed. Comares, Granada, 2006, pág. 119.

<sup>39</sup> Se dice en el Preámbulo del acto de ratificación del Plan Social de Telefónica Móviles, 19 noviembre de 2008: “Plan de Acompañamiento Social que han acordado todas las partes implicadas: Autoridad Laboral, Seguridad Social, representación de la Empresa y los Sindicatos firmantes del ERE”.

<sup>40</sup> De la necesidad de implicar a la Administración en procesos de negociación de los Planes Sociales mediante la aportación de recursos públicos – ayudas directas o de financiación, subvención de proyectos de I+D+I, en Los planes sociales de acompañamiento en los procesos de Expedientes de Regulación de Empleo”, Secretaria de acción sindical de CCOO, 17 de julio, 2009.

<sup>41</sup> Ejemplo, el Proceso de reestructuración y Planes Sociales, en la empresa Michelin instalada en Cantabria y desarrollada durante 2009.

La enumeración de las posibles medidas a adoptar en el plan social tiene en el artículo 6. 1 C) RD 43/1996 un carácter abierto al terminar señalando la posibilidad de incluir otras “de análoga naturaleza”. De tal forma que las allí enunciadas sirven de mero ejemplo y no configuran, en ningún caso, un contenido mínimo o imprescindible del plan<sup>42</sup>. Lo que ha sido criticado por la doctrina – y también los sindicatos<sup>43</sup> que denuncia “una indeterminación normativa absoluta respecto del contenido del plan, dado que, salvo esas indicaciones someras nada se concreta respecto a las medidas que suponen atenuar o reducir las consecuencias del despido colectivo”, entendiendo que tratar de manera abstracta una cuestión tan sustancial provoca numerosos problemas de interpretación, y en ese sentido se aboga por una reforma legal tendente a “especificar un contenido mínimo obligatorio para estos planes y articular sanciones en caso de incumplimiento, para convertirlos en instrumentos realmente eficaces para superar la etapa inicial e igualar el nivel al alcanzado en otros ordenamientos de nuestro entorno”<sup>44</sup>.

Sin embargo la falta de concreción del contenido es consustancial al carácter negociado y a la finalidad legal que se prevé mediante el mismo. En el plan social, lo importante es alcanzar el objetivo propuesto – un resultado atendiendo a una finalidad social y no limitarse a incluir las medidas propuestas legalmente pero que pueden en la práctica quedar sin efectividad real. Por tanto un plan social realmente eficaz deberá llenarse de contenido en función del objetivo que se persiga y de las singularidades de la empresa y el sector<sup>45</sup>. Como se afirma en la STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2003, “el contenido del plan social..., no puede tener más relevancia en cuanto a su alcance social ni contemplar medidas de protección de dicho carácter o de coberturas socio-laboral para los trabajadores afectados por la solicitud, que aquellas que sus circunstancias económicas, técnicas, organizativas o productivas permitan establecer como tales, debiéndose estimarse, únicamente (las contenidas en el artículo 6.1. c) del Reglamento) como indicativas u orientativas y no como obligado ofrecimiento al inicio del periodo de consultas y ulterior puesta en practica por la empresa”.

---

<sup>42</sup> Del Rey Guanter, “Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 ET)”, RL., n. 17-18, 1994 y Navarro Nieto, F.: “Los despidos colectivos”, Civitas, Madrid, 1996.

<sup>43</sup> “Es necesario que los planes sociales obligatoriamente contengan un contenido específico exigible por la autoridad laboral que incluya protocolos de recolocación”, el documento presentado por la Secretaria de acción sindical de CCOO, 17 de julio, 2009.

<sup>44</sup> Sola Monells, X: La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales, p. 312. y Fernández Fernández, R. “Inicio del procedimiento” en AA.VV. (dir. JJ Fernández Domínguez) Expedientes de Regulación de empleo, Civitas, Aranzadi, 2009, p. 141.

<sup>45</sup> Antonmattei, P.H: “Plan social: il y a urgente à reformer” Droit Social, nº 6, 2000, p. 599, refiriéndose a una norma semejante del Còde du Travail francés señala “fixer plus précisément dans la loi le contenu du plan social est peu crédible. Le législateur l’a bien compris en proposant seulement certaines mesures à titre indicatif”.

Otra cosa diferente es el necesario control que debe existir para evitar que el plan social se convierta en una obligación formal y rutinaria, control que debe ejercer la autoridad laboral que rige el procedimiento del expediente de regulación de empleo y que debe detenerse en el análisis no del tipo de medidas establecidas sino en si éstas son suficientes para alcanzar el objetivo legal propuesto.

### ***3.1.1. Tipología de las medidas incluidas en el plan social***

De acuerdo a lo doble dimensión sobre la que se estructura el plan social: las medidas adoptadas o previstas por la empresa para tratar de evitar o reducir los efectos del despido colectivo, y las medidas sociales encaminadas a atenuar las consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados por la decisión extintiva, pueden distinguirse un conjunto de éstas, recogidas por ser las más utilizadas, si bien son indicativas y como acaba de decirse, cabría cualquier otra que cumpla con la finalidad legalmente asignada al plan social.

*A) Medidas sociales adoptadas por la empresa para tratar de evitar o reducir los efectos del despido colectivo:*

a) Medidas de recolocación.

En donde cabe distinguir las recolocaciones directas: por la vía de la movilidad geográfica, movilidad funcional y de la reordenación del tiempo de trabajo. Y recolocaciones indirectas que se refieren a la utilización de técnicas diferidas para proporcionar un puesto de trabajo en un futuro más o menos cercano y más o menos preciso. Así las bolsas de empleo, las recolocaciones diferidas, la externalización de actividades, o el outsourcing...

En las recolocaciones directas el acogimiento a estas medidas impide al trabajador beneficiarse de la indemnización legal o pactada, salvo que ésta implique movilidad geográfica en la que se reconocen indemnizaciones por traslado. Suelen negociarse acompañadas de otras garantías que eviten la pérdida de derechos –mantenimiento de antigüedad y del salario, compensación por la pérdida de ingresos...–.

No obstante, en el supuesto de las recolocaciones directas que impliquen novaciones contractuales porque supongan un cambio en la figura del empleador, el trabajador que opta por la recolocación en otra empresa tendrá que aceptarlo expresa e individualmente y mantendrá el derecho a percibir la indemnización legal puesto que la relación laboral se extingue –aunque el trabajador puede renunciar a la misma a cambio de otras garantías como son la imposibilidad de rescisión del contrato en un periodo de tiempo...–.

En los supuestos en los que las medidas alternativas propuestas cuenten con sus propias normas en el Estatuto de los Trabajadores respecto a los requisitos, procedimiento y consecuencias –movilidad funcional –artículo 39 ET–, traslados –artí-

culo 40 ET– y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo –artículo 41 ET–, la cuestión que se suscita es si tales regulaciones específicas deben ser tenidas en cuenta en la propuesta contenida en el plan social.

En el primer supuesto, si la movilidad se produce entre categorías profesionales equivalentes, no se genera problema alguno ya que entra dentro del poder de dirección empresarial, la cuestión es si puede acordarse el cambio a funciones de inferior categoría. En tal caso sería preciso el consentimiento del trabajador o de los trabajadores afectados que podrían decidir entre la extinción indemnizada o el mantenimiento de un puesto de trabajo aún de inferior categoría.

En los dos supuestos restantes, el pacto con los representantes de los trabajadores que consolida y otorga eficacia jurídica al plan social, y dado que existen las mismas razones –económicas, organizativas, técnicas o de producción– sustituye al acuerdo específico previsto para los traslados colectivos y para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y produce las mismas consecuencias que aquellos. En conclusión, el trabajador o los trabajadores afectados por estas medidas, ahora modificativas, pueden no aceptarlas y extinguir su contrato de trabajo con derecho a la indemnización prevista en el artículo 51.8 ET u otra más favorable acordada en el expediente de regulación de empleo. Si bien, debe tenerse presente la regla contenida en el artículo 41.3 ET y reconocer también en este caso que cuando la modificación sustancial de condiciones de trabajo, acordada dentro de un plan social, tenga como propósito o se utilice como excusa para perjudicar a uno o más trabajadores determinados en su formación profesional o menoscaban su dignidad, éste o éstos podrán solicitar la extinción del contrato por la vía del artículo 50 ET con derecho a la indemnización correspondiente al despido improcedente. Sin embargo, en el caso en que el plan social se estime por la autoridad laboral como parte de la solicitud empresarial y ésta se autorice, será preciso que las medidas propuestas por la empresa que supongan modificación sustancial o traslados sean acordadas con los representantes de los trabajadores siguiendo el procedimiento previsto en las normas correspondientes.

En cuanto a las recolocaciones indirectas, el compromiso de recolocación futura constituye una práctica habitual en los planes sociales. Se trata de una garantía de vuelta a la empresa cuando las circunstancias de ésta mejoren, mediante el reconocimiento de un derecho preferente de reingreso ante cualquier vacante. De manera semejante las bolsas de empleo constituyen compromisos de readmisión preferencial que adquiere el empresario con los trabajadores. En ambos casos es difícil garantizar el resultado cuando, además la causa que lo provoca son los problemas ligados a la viabilidad empresarial. El llamamiento del trabajador, que puede producirse o no, es sin embargo un compromiso firme que adquiere el empresario cuando existan nuevas vacantes en la empresa y que puede cumplirse con la colocación en otras empresas del grupo, guardando el orden de llamada de acuerdo a los criterios –edad, antigüedad, formación...– previstos en el pacto. En estos casos se ha producido el despido, por tanto el trabajador ha recibido la in-

demnización correspondiente, si bien puede preverse la devolución parcial de la misma en caso de recolocación<sup>46</sup>.

b) Medidas de organización interna.

Son las que tienen que ver con la reorganización del tiempo de trabajo, bien por la vía de reducir el tiempo de trabajo pactado –la novación a un contrato a tiempo completo por otro a tiempo parcial–, bien a través de una distribución irregular de la jornada o de la supresión de las horas extraordinarias. O bien finalmente, porque se pacte la suspensión temporal del contrato de trabajo.

La reducción de la jornada de trabajo o su redistribución irregular puede contribuir como una medida positiva para reducir el número de trabajadores afectados por el despido colectivo. Y a su vez puede tener también un efecto positivo en la reorganización de la empresa en cuanto reduce la producción, evita la acumulación de stocks y elimina gastos.

El contrato de trabajo a tiempo parcial cuando es temporal, permite la prestación por desempleo y por ello es una medida aceptable para el trabajador.

Como igualmente puede serlo la suspensión temporal del contrato de trabajo –que puede solicitarse de todo o parte de la plantilla de la empresa–, en cuanto genera el derecho a la protección por desempleo. En este caso la medida del plan social convalidada por el pacto con los representantes de los trabajadores que pone fin al expediente de regulación de empleo –una vez homologado por la autoridad laboral– sustituye al procedimiento previsto en el artículo 47 ET y produce los mismos efectos que aquel.

c) Externalización de servicios.

Supone que una parte de las actividades de la empresa se constituye en unidades de negocio independiente que a su vez prestarán servicios a la empresa reestructurada, ofreciéndoselos, también a otras empresas del mercado para obtener progresivamente su autonomía con el desarrollo de su cartera de clientes<sup>47</sup>. Medida debe contemplarse con precaución, en cuanto, en definitiva, se trata de un procedimiento que expulsa al trabajador del régimen laboral para transformarlo en un trabajador autónomo económicamente dependiente manteniendo la misma actividad y la dependencia del mismo empleador.

*B) Medidas sociales encaminadas a atenuar las consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados por la decisión extintiva.*

Son medidas que no tienen una repercusión sobre el empleo sino que van dirigidas a garantizar intereses del trabajador individual. Algunas son de tipo profesional –cursos de orientación profesional, ayudas a la búsqueda de empleo,

---

<sup>46</sup> Así se recoge en el Plan Social de Nissan (Barcelona), pactado en junio de 2009.

<sup>47</sup> Serrano García, J.M.: "El Plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables", *Temas Laborales*, n. 99/2009, pág. 220.

formación profesional—. Otras no tienen repercusión sobre la situación profesional del trabajador sino sobre su patrimonio, como son las bajas incentivadas, las prejubilaciones, las jubilaciones anticipadas y las excedencias remuneradas.

a) Bajas incentivadas. La indemnización.

Se trata sin duda de la medida más veces propuesta y con mayor aceptación en el acuerdo con los representantes de los trabajadores. Siendo muy usual que los expedientes de regulación de empleo presentados en los últimos años terminen con acuerdos basados únicamente en la indemnización<sup>48</sup>. Y de igual forma es la medida de mayor calado de las contenidas en el plan social y es que la elevada indemnización anula el interés de los trabajadores por acogerse a otro tipo de medidas como podrían ser traslados indemnizados<sup>49</sup>.

Sin embargo, ello no es óbice para plantearse si el abuso en la utilización de esta medida contraviene lo establecido en el artículo 51.4 ET. El plan social no se introdujo en la Ley para convertirse en un instrumento para el incremento de la indemnización fijada legalmente en el artículo 51.8 ET y de esta forma el empresario, aprovechando el aumento de la cuantía indemnizatoria, garantizarse el acuerdo, evitando el control de la existencia de las causas exigidas legalmente para justificar el despido colectivo por parte de la autoridad laboral.

Por el contrario, el objetivo legal del plan social es introducir, en el ámbito de la negociación en los procesos de despido colectivo, el debate sobre las medidas que podrían adoptarse para impedir los despidos o, en su caso, para reducirlos o disminuir sus efectos. Si la indemnización —como vía de incentivación de los trabajadores a solicitar su baja— se convierte en la única medida adoptada se estaría ante una utilización de la norma legal cercana al fraude de ley o al menos en un claro incumplimiento de la obligación legal del plan social<sup>50</sup>. Como afirma la doctrina, hay que controlar y evitar<sup>51</sup> que en los acuerdos colectivos se negocien no tanto los

---

<sup>48</sup> Las indemnizaciones negociadas en los EREs pueden ir desde 57 a 62 días por año trabajado en función del salario anual —Res. DGT 28/2008, de 19 de junio), a 45 días de salario máximo 42 mensualidades más una indemnización fija que atiende a la edad (Res. DGT 69/2008, de 21 de nov.) o 39 días por año, máximo 30 mensualidades (Res. DGT 72/2008, de 1 de julio)— en Serrano García, J.M.: "El Plan social...", pág. 223.

<sup>49</sup> En el Plan Social de Telefónica móviles la empresa prevé una indemnización de 45 días de salario por año de trabajo y un máximo de 42 mensualidades, más una indemnización adicional de 6.000 euros. En Nissan (Barcelona) se establece un plan de bajas incentivadas que establece una indemnización mínima de 23.000 euros para los empleados con menos antigüedad y de 120.000 para los que llevan más tiempo en la empresa (El País, 15 de junio de 2009).

<sup>50</sup> En el Informe "Mejores practicas sobre redimensionamiento empresarial" elaborado por FUNDIPE se analiza 9 casos de empresas que de forma ejemplar llevan a cabo sus reestructuraciones empresariales y de plantilla. <http://www.fundipe.es/REDIMENSIONAMIENTO.pdf>.

<sup>51</sup> Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N. "La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos, RL, n. 76 ,2004, p. 255; Quintanilla Navarro, Y.: "Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido", Madrid, Civitas, 2003.

despidos como las condiciones económicas en las que se va a llevar a cabo voluntariamente la reducción de plantilla, porque hay que recordar que el objetivo de la negociación durante el periodo de consultas es identificar soluciones beneficiosas para el colectivo afectado y, también, para el entorno socio-económico.

Además, debe recordarse que en la reestructuración empresarial nos hallamos ante dos obligaciones empresariales independientes entre si. La primera, la indemnización económica, no requiere acuerdo ni negociación previa porque ya viene establecida legalmente; mientras que la segunda –el plan social– persigue el mantenimiento del empleo de la mayor parte de los trabajadores en principio afectados por la decisión extintiva mediante la utilización de diferentes medidas en función de las peculiaridades y situación de la empresa, propuestas por el empresario y debatidas por los representantes de los trabajadores en la fase de negociación. Así pues, tanto la indemnización como el plan social son obligaciones del procedimiento de despido colectivo cuyo objetivo y naturaleza jurídica varían. Vincular una a otra supone desconocer la finalidad de la norma lega que lo instituye. Y, si bien las indemnizaciones económicas y su posible incremento para los trabajadores afectados pueden considerarse medidas dirigidas a reducir los efectos negativos del despido y el artículo 14.1 RD 43/996 permite incrementar la indemnización tasada que establece el artículo 51.8 ET<sup>52</sup>, lo cierto es que, acudir sistemáticamente a esta vía puede vaciar de contenido la exigencia del plan social, algo sobre lo que el legislador debiera reaccionar.

#### b) La jubilación anticipada y la prejubilación.

Las jubilaciones anticipadas y las prejubilaciones gozan de una importante aceptación en los planes sociales. Son medidas que suelen aparecer siempre entre las propuestas del empresario contenidas en el plan social, principal interesado en el rejuvenecimiento de la plantilla, en la reorganización de los recursos humanos con nuevos trabajadores más jóvenes, mejor formados y seguramente, más dóciles además de que, mediante esta medida, existe una transmisión del riesgo de la empresa a la Seguridad Social. También interesa a los trabajadores mayores<sup>53</sup>, a la vez que se acepta, e incluso se promociona, por los representantes de los trabajadores, que encuentran por este medio una vía de solución para un conjunto de trabajadores y con ello una

---

<sup>52</sup> “Salvo que, en virtud de pacto individual o colectivo se haya fijado otra mayor” se dice en el artículo 14.1 RD 43/1996, lo que indica que la indemnización legal prevista es de naturaleza dispositiva, constituye un suelo mínimo indisponible in peius y tan solo mejorable por acuerdos de carácter colectivo o individual. En este sentido las sentencias del TS de 21 de enero de 1991; 21 enero y 28 enero de 1998 y del TC 99/2001, 100/2001 y 137/2001.

<sup>53</sup> Serrano García, J.M. “El plan social obligatorio para las reestructuraciones empresariales socialmente responsables” *Temas Laborales*, n. 99/2009, p. 257: “El éxito que esta medida tiene para los trabajadores de mayor edad frente a cualquier otra medida de acompañamiento de las extinciones justifica que esta sea la vía más utilizada por los agentes sociales para garantizar el acuerdo en las reducciones de plantilla”.

reducción del número de afectados sobre los que negociar propuestas de viabilidad y empleo. No obstante, el éxito de estas medidas choca con las pretensiones del legislador que en la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social favorece la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación.

Como se sabe, la jubilación anticipada regulada en el nuevo artículo 161 bis LGSS –incorporado por la Ley 40/2007– exige como requisitos tener cumplidos los sesenta y un años de edad, estar inscrito como demandante de empleo seis meses antes de la solicitud, acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de treinta años y haber cesado involuntariamente en el empleo –como es la que se produce en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, de acuerdo al artículo 208. 1. 1) a) LGSS–. Cumplidos los requisitos, los trabajadores podrán acogerse a la medida que implicará la extinción del contrato de trabajo, la incorporación a la situación legal de desempleo que legalmente le corresponda y el derecho a percibir las prestación por jubilación una vez agotada ésta. Precisamente para tratar de conseguir una mejor realización de todos estos objetivos –fomento del empleo, modernización empresarial, jubilación “gradual”–, cuyo equilibrio no es nada fácil, el Derecho español viene contemplando otros supuestos especiales de jubilación anticipada como la jubilación parcial –contemplada en el artículo 166 LGSS en relación con el artículo 12.6 ET– encaminada al fomento de empleo, que permite a los trabajadores que reúnen todas las condiciones para tener derecho a la pensión, con excepción de la edad, siempre que sea inferior en cinco años como máximo a la exigida con carácter general, acceder a la jubilación parcial, pudiendo compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial. La jubilación especial a los sesenta y cuatro años por fomento del empleo, regulada en el RD 1194/1985, de 17 de julio, rebaja con carácter general la edad de jubilación a sesenta y cuatro años respecto a los trabajadores por cuenta ajena cuyas empresas los sustituyan por trabajadores inscritos como desempleados a través de una modalidad contractual que no sea a tiempo parcial y de carácter eventual de duración no inferior a un año. Y la jubilación anticipada pactada en los convenios colectivos, siendo la empresa la que compensa las reducciones que en la pensión pueden operarse.

Por otra parte es necesario distinguir la figura de la jubilación anticipada respecto de otra figura atípica desde el punto de vista legislativo pero muy utilizada en los planes sociales. Las llamadas “prejubilaciones”. Con origen en los procesos extraordinarios de reconversión industrial, los sistemas de prejubilación se han venido generalizando en extremo también en los procesos de reestructuración empresarial “ordinaria”, es decir, en los expedientes de regulación de empleo ex artículo 51 ET. Un proceso que, sin embargo, plantea innumerables desajustes y desequilibrios al Sistema de Pensiones, excesivamente condicionado por las exigencias de la racionalidad económica del mercado<sup>54</sup>. En gran medida estas dis-

---

<sup>54</sup> Vida Soria, J., Monereo Pérez, J.L, Molina Navarrete, C., Quesada Segura, R.: Manual de Seguridad Social”, Tecnos, Madrid, 311.

funcionalidades –la media de edad se sitúa entre los cuarenta y ocho y los cincuenta y cuatro años<sup>55</sup> y cada vez se ofrece a edades más tempranas– han determinado un cambio radical en la política de protección social, en el sentido se fomenta el retraso del cese en el trabajo por jubilación. En la normativa de Seguridad Social no se recoge esta situación como contingencia cubierta, ni tampoco se le asigna una prestación concreta. Pero existe, pese a ello, una efectiva protección para un riesgo cada vez más frecuente como es la prejubilación. Recurriéndose a otras medidas aunque las mismas no tengan ese reconocimiento expreso –así el art. 215.1.3 LGSS establece para los mayores de 52 años que acrediten haber cotizado durante, al menos, seis años a la contingencia por desempleo y que reúnan todos los requisitos a excepción de la edad para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación el derecho al subsidio de desempleo<sup>56</sup>–. En estos casos, el empresario complementa la prestación de la Seguridad Social a la que tenga derecho el trabajador, además de firmar un Convenio Especial con la SS para cotizar por el trabajador como si estuviera en activo, lo que le permitirá llegar a la edad de jubilación con una base reguladora actualizada y, finalmente, percibir una pensión de jubilación muy similar a la que hubiera correspondido si hubiera continuado trabajando.

Dos tipos de medidas, pues, –públicas y privadas (las que pactan los trabajadores con las empresas)– componen la protección genérica de la prejubilación. La regla general es que cada plan de prejubilación se diseñe de acuerdo a la edad del trabajador, y contenga unas mínimas siempre negociables como la cuantía que se compromete a abonar la empresa –suele establecerse en función del salario del trabajador–, el régimen de responsabilidades en caso de incumplimiento por la empresa, la incidencia sobre las prejubilaciones en caso de muerte, invalidez, recolocación o la no concesión de las prestaciones públicas al trabajador...

Finalmente cabe recordar que el legislador reaccionó ante esta solución como una de las vías más utilizadas en los expedientes de regulación de empleo, al adicionar –mediante RD-Ley 16/2001, de 27 de diciembre de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible– al artículo 51 ET un nuevo apartado, el 15, a fin de unir, a la autorización administrativa de los despidos colectivos, la obligación de los empresarios y trabajadores afectados de abonar las cuotas destinadas a financiar un Convenio especial con la Seguridad Social respecto de los trabajadores despedidos mayores de cincuenta y cinco años, siempre que los despidos hubieran sido promovidos por empresas no incursas en procedimientos concursales.

---

<sup>55</sup> En cuarenta y ocho años se establece en el Plan Social de Telefónica Móviles España.

<sup>56</sup> Como “subsidio” de prejubilación”, lo califican González Ortega y Alarcón Caracuel “Compendio de SS, Tecnos, Madrid, 1991, p. 312–313.

La excedencia es una de las mejores propuestas que pueden contenerse en el plan social. La medida devuelve temporalmente al trabajador su independencia manteniendo durante un plazo definido el derecho a volver a la empresa en las mismas condiciones laborales<sup>57</sup>, y por otra parte la empresa puede aprovechar dicho periodo para reorganizar de forma más eficiente su producción, reducir costes y diseñar sus estrategias. La figura de la excedencia que se ofrece como medida alternativa en los planes sociales suele mejorar respecto de la establecida en el ET. En muchos casos, porque se reconoce una retribución parcial o en otros porque se establece un régimen más flexible para solicitar el reingreso, o porque se les permite durante el tiempo de la excedencia el trabajar para otra empresa, generalmente mediante un pacto de no competencia.

Orientación en el empleo y formación profesional.

Bajo el término inglés *outplacement* se hace referencia a una medida que exige una actividad de hacer del empresario pero no la obligación de alcanzar un resultado<sup>58</sup>. Se trata de una labor de orientación profesional que el empresario presta a los trabajadores que van a ser objeto de la medida extintiva a fin de facilitarle una pronta incorporación en otra puesto de trabajo. Como si se tratara de una buena agencia de colocación, la empresa pone los medios –por ella misma o concertando este servicio externamente– que permiten diseñar una estrategia personificada para alcanzar este objetivo, proporcionando al afectado un acompañamiento individual y los medios logísticos y humanos necesarios para la búsqueda de un nuevo empleo.

Otra medida de naturaleza similar es la que supone un compromiso de formación con cargo a la empresa a fin de que se facilite con mayor garantía y calidad la inserción en el mercado de trabajo del trabajador objeto de la medida. Estas medidas de acompañamiento personal suponen para los trabajadores afectados otros beneficios más allá de los meramente económicos de la indemnización, mientras que para el empresario es una forma de asumir que los gastos en formación son siempre una inversión rentable socialmente.

### **3.2. La eficacia jurídica del Plan social**

El plan se presenta inicialmente en el procedimiento de despido colectivo como una propuesta unilateral del empresario, siendo objeto de discusión y debate durante el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, o incluso, con anticipación, en el momento en que se hace pública la oferta del plan empresarial

---

<sup>57</sup> Recomendada en “Mejores practicas sobre redimensionamiento empresarial” elaborado por FUNDIPE.

<sup>58</sup> Sobrino González, G., “La política de colocación”, Bomarzo, 2006, pp. 276 a 291.

unida al anuncio del expediente de regulación de empleo, pudiendo convertirse en su único contenido, e incluso, si las partes alcanzan un acuerdo, en la justificación de la autorización administrativa de los despidos. Pero si el acuerdo no se consigue, el plan social, unido al expediente de regulación de empleo pasa, junto a toda la demás documentación justificativa de las causas alegadas por la empresa, a la consideración de la autoridad laboral que deberá decidir en el plazo de quince días naturales a partir de la terminación del periodo de consultas si autoriza la medida extintiva en los términos de la solicitud, cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas propuestas por la empresa son necesarias a los fines previstos es decir, la superación de una situación económica negativa en la empresa o, en el supuesto de que las causas alegadas sean técnicas, organizativas o de producción, si mediante estas se garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo a través de una más adecuada organización de los recursos de acuerdo a los apartados 6 y 1 del artículo 51 ET.

Como tal propuesta empresarial el plan social no tiene eficacia jurídica alguna, no genera obligaciones deducibles ante los tribunales de justicia, no crea derechos ni da lugar a actos de impugnación o recurso. Es necesario, para ello que o bien se convalide por la autoridad laboral al formar parte del pacto colectivo con los representantes de los trabajadores que pone fin al procedimiento de despido colectivo, o bien por la resolución administrativa que autoriza la extinción colectiva.

En el primer supuesto, estamos ante un acuerdo de empresa y pese a la discusión doctrinal sobre la eficacia jurídica de los acuerdos de empresa, lo cierto es que la fuerza vinculante que otorga el artículo 37.1 CE a la negociación colectiva entre los sujetos sociales trasciende en sentido general a todo pacto producto de la autonomía colectiva y en consecuencia, a los acuerdos y pactos de empresa en donde además, como es el caso, los sujetos negociadores gozan de la legitimidad requerida por los artículos 87 y 88 del ET. En el sistema diseñado en el artículo 51 ET se impulsa la realización de un acuerdo sobre la reorganización de la empresa y la gestión de los recursos humanos del que el plan social se constituye en su núcleo esencial, y una vez firmado, adquiere plena eficacia jurídica y por tanto, si se impugna su incumplimiento estaremos ante un conflicto colectivo o una demanda individual<sup>59</sup>.

En el segundo, la resolución de la autoridad laboral autorizando al empresario para que realice la reestructuración solicitada en función y de acuerdo al plan social presentado, otorga a éste eficacia jurídica en cuanto el empresario queda con-

---

<sup>59</sup> De Val Arnal, J.J. “Los protocolos laborales de fusión y los planes sociales en los expedientes de regulación de empleo: Unas nuevas estrellas en el universo de la negociación colectiva “ en La reestructuración de empresas. Diversificación de Técnicas y su régimen Jurídico (dirigido por Rivero Lamas, J., Largo Gil, R. y De Val Tena, A.L.), Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 325.: “El plan social pactado entre el empresario y los representantes de los trabajadores en los ERES forma parte de la negociación colectiva y en concreto puede catalogarse como un acuerdo de empresa”.

dicionado a su cumplimiento y en cuanto los trabajadores afectados por las medidas contenidas en el mismo pueden hacer valer sus derechos ante la jurisdicción–contencioso– administrativa o social que corresponda.

La cuestión en este caso es más compleja y el plan social juega un papel preponderante. En primer lugar porque las autorizaciones se van a conceder si se producen dos circunstancias: que las causas alegadas queden suficientemente justificadas en relación al fin propuesto y, en segundo lugar, que el plan social presentado por el empresario sea respetuoso con el objetivo legal previsto y, además, ofrezca las suficientes garantías para su cumplimiento. Por lo tanto respecto al Plan social la Administración puede ejercer una primera función de control en cuanto a su contenido, pero puede quedar fuera del mismo el cumplimiento efectivo de aquellas medidas que suponen reconocimiento de derechos futuros. Es posible, y de hecho es común en las resoluciones administrativas que la autorización recoja medidas propuestas en el plan social que van a hacerse efectivas una vez terminados los planes que las crean e, incluso, una vez terminados los contratos de trabajo, por cuanto el despido significa, o puede significar, el cumplimiento de la condición a que se sujeta el de las obligaciones del plan social –ayudas a la búsqueda de nuevo empleo, formación, prioridades de colocación, mantenimiento de ciertos beneficios para los trabajadores despedidos como utilización de viviendas, o prestamos. O es posible, igualmente que, autorizado el plan social sin concreción de los trabajadores afectados se haga depender la efectividad de las medidas de la adhesión voluntaria de los trabajadores en un plazo de tiempo más o menos extenso<sup>60</sup>.

En cuanto a su naturaleza, la autorización de despido colectivo es un acto simple de la administración que se agota en el momento de producirse. Difiere, por tanto de la autorización condicionada que se prolonga en el tiempo creando una relación entre la Administración y el ciudadano de carácter temporal hasta que se cumpla el objeto que motiva la misma. Entenderlo de otra forma supondría que la administración pública al permitir los despidos y por tanto, convalidar la solicitud empresarial aceptando el cumplimiento futuro de un plan social quedaría condicionada, respondiendo del buen fin del mismo mientras que –y hasta que– no se cumpliera en su totalidad. Por otra parte los planes sociales suelen contener un conjunto de medidas sin nominar a los trabajadores afectados y supeditándolas a la voluntad del trabajador. Lo que supone que ni todas las medidas se cumplen ni todas las ofertas contenidas en las mismas se llevan a cabo y, sin embargo, la autorización se ha realizado y los despidos se han consumado, recibiendo los trabajadores la indemnización correspondiente que pone fin a un expediente de regulación de empleo sin acuerdo de las partes y con un compromiso por escrito del empresario de realizar determinadas medidas.

---

<sup>60</sup> Como ocurre en el Plan social 2005-2009 de RENFE –Operadora, en donde se fija el número máximo de trabajadores que podrá acogerse al plan social en sus diversas medidas, en 2.000 con un plazo de vigencia que finaliza el 31 de diciembre de 2009.

La autorización administrativa no extingue “per se” los contratos laborales, sino que se limita a autorizar al empresario a hacerlo por sí mismo mediante un ulterior acto de carácter ejecutivo, otorgando por tanto una especie de habilitación que remueve el obstáculo legal existente al ejercicio libre del poder organizativo del empresario, y a la vez otorga eficacia jurídica al plan social y a partir de ahí se generan derechos de los trabajadores afectados y obligaciones de la empresa de acuerdo a lo establecido en el mismo.

Por otra parte, la autorización administrativa no tiene que contener una relación nominativa de los trabajadores afectados por la extinción, sino únicamente de los criterios aprobados para adoptar la determinación correspondiente. Si la Administración se limita a homologar el acuerdo extintivo pactado y sus criterios de afectación individual, sin integrar en tal resolución la determinación de las personas que deban ser incluidas en la extinción de la relación laboral, bien por su designación nominal, bien por referencia a una condición, cualidad o circunstancia que prácticamente equivalga a esa determinación, únicamente cabrá impugnar la resolución de aprobación del expediente por la vía contencioso administrativa, bien sea alegando la vulneración de los requisitos formales a seguir en la tramitación del mismo, la falta de legitimación negociadora de las partes firmantes del acuerdo o la falta de las razones tecnológicas, económicas, organizativas o de producción que sirvan de justificación al despido colectivo. Resulta un tema en el que existe consenso por parte de la doctrina y la jurisprudencia el entender que la competencia para conocer de la decisión empresarial es de la jurisdicción contencioso-administrativa, no porque el problema deje de tener la naturaleza social —que la tiene cualquier decisión empresarial cuando decide la extinción de una relación laboral—, sino porque en tanto en cuanto ha existido un pronunciamiento expreso de la autoridad laboral autorizando la extinción de un concreto contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas, cualquier impugnación del acto empresarial de ejecución de aquella resolución supone, si no formalmente, si materialmente la impugnación de la decisión administrativa en que aquella extinción se acordó —SSTS 21 de junio, 1994, 18 enero, 1999—.

Por otra parte cuando las medidas ofrecidas en el plan social son generales, sin concreción de los trabajadores afectados y supeditadas a su adscripción voluntaria, pueden surgir otra serie de cuestiones, como que la medida ofertada de forma innominada hubiera sido solicitada por un número superior de trabajadores que los considerados en la oferta empresarial. Algo que tampoco se contempla en escueta normativa que regula y desarrolla reglamentariamente el plan social. Quizá el orden lo deba poner esa resolución administrativa mediante el establecimiento de los criterios que en tal caso deben aplicarse —antigüedad, orden de solicitud...—, o bien la comisión de seguimiento del plan cuando se hubiera constituido.

Igualmente si las propuestas empresariales tienen nombre concreto del trabajador afectado y el empresario finalmente incumple el compromiso establecido mediante el plan social, el trabajador o los trabajadores afectados podrán demandar al empresario incumplidor y también en este caso cabría la posibilidad de plantear un

recurso por la vía del conflicto colectivo. Pero el demandado sería el empresario y no la administración que ha autorizado la reestructuración empresarial, entre otras cosas, en base a las medidas establecidas en un plan social ahora incumplido. El responsable es pues el empresario, tanto en este caso como cuando el despido autorizado vulnera un derecho fundamental, como puede ser la libertad sindical en el caso de un representante de los trabajadores –“existiendo indicios de un propósito de impedir el ejercicio de la libertad sindical “es a la empresa a la que incumbe demostrar que la extinción laboral obedece a concretas razones organizativas o productivas y no es el resultado de un trato discriminatorio u obstaculizador del derecho fundamental de libertad sindical– SSTS (Sala tercera) de 3 de mayo de 2003 y de 18 de marzo de 2009 –o el derecho a la igualdad y no discriminación en el supuesto de un despido colectivo en donde el criterio a utilizar perjudica de forma generalizada, sin que exista justificación objetiva y razonable, al colectivo de mujeres trabajadoras de dicha empresa– STSJ de Cantabria de 25 de febrero de 2009<sup>61</sup>–.

Por el contrario, corresponderá a la jurisdicción social el entender de las impugnaciones contra los actos de ejecución por despido de personas concretas que la resolución administrativa no autorizó, limitándose a dar por bueno el de un número determinado –generalmente expresado a través de una cifra máxima– de trabajadores a seleccionar por la misma empresa de acuerdo con los objetivos marcados en el expediente y ajustándose a los criterios de afectación establecidos. La correcta o incorrecta aplicación de tales criterios y objetivos es responsabilidad del empresario promotor del expediente de regulación de empleo, y, en todo caso ha de ser impugnada ante los Tribunales del orden social –SSTS 12 de julio, 1999, 5 de octubre de 1999 y 18 de marzo 2009–. En estos casos los trabajadores tienen acción para demandar ante la jurisdicción social sin que la confirmación del acto administrativo de homologación del acuerdo adoptado en el expediente pueda tener virtualidad de cosa juzgada, ni siquiera en su vertiente positiva de vinculación a lo decidido en relación con las indemnizaciones – STSJ (contencioso-administrativo) de Madrid, 16 de junio, 2006.

Es más y puesto que el artículo 5 del RD 43/1996 sólo exige al empresario que en la solicitud se indique el “número y la categoría...de los trabajadores que vayan a ser afectados por el expediente, los criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores afectados y el periodo a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo”, pudiera ocurrir que se autorice la extinción de un cierto número de trabajadores, en un determinado periodo de tiempo y en unas determinadas condiciones, sin que, no obstante, se especifique las personas afectadas.

En tales supuestos, dado que si la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sólo llega a los aspectos a los que llegó la resolución ad-

---

<sup>61</sup> Peran Quesada, S.: “La prohibición de discriminación indirecta”. *Aranzadi Social* 11/2009, octubre, págs. 35 y ss.

ministrativa, cuando ésta no contiene el listado de los afectados por la misma, toda cuestión que se refiera a la determinación de los concretos trabajadores quedará fuera del ámbito competencial contencioso-administrativo y pasará a ser competencia del orden social puesto que no se halla incluida dentro de la parcela reservada a la administración.

A tales razones de ley ordinaria habría que añadir razones de alcance constitucional, pues en cuanto que los trabajadores sólo tienen noticia fehaciente de que el expediente administrativo les afecta cuando reciben la comunicación de la empresa, sólo pueden instar la tutela judicial que le garantiza el artículo 24 CE, impugnando esa decisión empresarial, dado que carecerían de legitimación para impugnar la resolución administrativa que desconocen hasta ese momento si les puede afectar o no— STS (Sala de lo contencioso –administrativo– de 18 de marzo de 2009—.

No obstante debe tenerse en cuenta que existe previsión normativa de atribuir a la jurisdicción laboral el conocimiento de “las resoluciones administrativas relativas a la regulación de empleo”, de acuerdo al artículo 3.2.b) LPL.

Por lo demás la práctica de estos últimos años nos demuestra que la autoridad laboral apenas interviene en las decisiones de despido colectivo porque la gran mayoría de las autorizaciones que concede se fundamentan en acuerdos colectivos previos obtenidos durante el periodo de consultas, y en los expedientes que finalmente se solicitan, existe un porcentaje alto de denegación o desistimiento, al no pasar el oportuno control público de la causa alegada<sup>62</sup>.

### 3.3. La función de control de la administración laboral del plan social

La función de la Administración pública de control de la decisión empresarial de despido colectivo ha sido tradicionalmente muy discutida por la doctrina de este país, sin embargo, ahora lo que se plantea no es la legitimidad de la participación pública en este tipo de decisiones empresariales sino la validez de su papel interventor en la gestión de las reestructuraciones empresariales<sup>63</sup> y, sobre todo, su ca-

---

<sup>62</sup> De los 14.845 expedientes de regulación de empleo solicitados desde enero a agosto de 2009, se autorizaron 13.884 (no autorizados 515 y desistidos 446) y de estos, 12.600 habían sido pactados y 1.284 fueron los autorizados por la autoridad laboral mediante resolución al no haber obtenido acuerdo en la fase de negociación <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>). Estos datos muestran que la representación legal de los trabajadores y la autonomía colectiva juegan un papel fundamental en el expediente de regulación de empleo.

<sup>63</sup> Landa Zapirain, J.P. “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las reestructuraciones de empresas” RL, n. 6, 2005 o Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M.: “Despidos colectivos y autorización administrativa”, RL, n. 2, 2009, p. 8 [www.la-leylaboral.com](http://www.la-leylaboral.com): “el control de la Administración se ha restringido sensiblemente convirtiéndose en “un

pacidad de control de las consecuencias que pueden tener ciertas decisiones de despido colectivo sobre los fondos públicos.

La función de la Administración laboral –en general– es velar por el cumplimiento de la legalidad, y en este supuesto en concreto, vigilar la existencia de causa suficiente para proceder al despido colectivo en función de unos objetivos tendentes a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo ex artículo 51. 1 ET, de forma que, si el empresario no es capaz de justificar adecuadamente la decisión extintiva, no se le permita llevarla a cabo. Pero todo ello decae cuando se haya alcanzado acuerdo previo. Como se prevé en el artículo 51.4 ET en caso de haberse alcanzado el acuerdo, “la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de quince días naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales”.

El control de legalidad lo ejerce, pues, la administración laboral pero sin entrar en si se haya resuelto el conflicto de intereses a través del acuerdo o permanezca éste sin resolver<sup>64</sup>. De ello resulta que la inexistencia o insuficiencia del plan social no determina la nulidad de los despidos, sino, en su caso, la denegación de la autorización administrativa o su revocación judicial si tal vicio procedimental es determinante del resultado, de la resolución autorizatoria, con retroacción subsanadora y reparación de los daños causados. La interpretación del artículo 124 de la Ley de Procedimiento Laboral, no está exenta de serias dificultades. Pese a ello, en este caso sigue existiendo una función de control por parte de la autoridad laboral si bien limitada a la apreciación, de oficio o a instancia de parte, de la existencia en el acuerdo colectivo de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, en cuyo caso, con suspensión del plazo para dictar resolución, deberá remitir el acuerdo a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad.

También deberá actuar así cuando, de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados dada la inexistencia de causa. De hecho prevalecen los despidos colectivos acordados, y en ellos la capacidad de intervención de la autoridad laboral es prácticamente nula, porque debe limitarse a autorizar las medidas acordadas, salvo que el acuerdo tenga algún vicio e fondo o de forma que permita su no ratificación y su remisión a la autoridad judicial. Ello significa que el plan social tiene el contenido que han

---

procedimiento de verificación...de carácter reglado”, sin que las Administraciones dispongan de facultades discrecionales que le permitan oponerse a los despidos ni tampoco arbitrar o solucionar conflictos entre intereses de los empresarios y trabajadores al margen de las causas establecidas por el legislador...”.

<sup>64</sup> Casas Bahamonde, M.E., Prologo...”, pág. 17: “es una opción legislativa legítima, que no presenta problemas de constitucionalidad, dentro de las variadas formas posibles de concebir la intervención administrativa en defensa de los intereses públicos afectados por los despidos colectivos y de respeto a las exigencias o requerimientos inexcusables de los estados sociales y democráticos”.

decidido las partes interesadas, que no siempre atiende a los objetivos legalmente establecidos en el art. 6 1 c) RD 43/96

Solo en esta última causa de impugnación basada en la sospecha de la “inexistencia de causa motivadora de la situación legal de desempleo” podrían los Tribunales revisar el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas desde una perspectiva casual, lo cual era imposible realizar dentro del procedimiento de oficio –STS 22 febrero 1991 (Ar. 864)–. A través de esta disposición normativa se impiden aquellos despidos colectivos cuyo fin no es contribuir a superar una situación económica negativa o garantizar la futura viabilidad de la empresa y la estabilidad en el empleo sino alcanzar otros fines empresariales que no están protegidos por el precepto legal<sup>65</sup>. El ordenamiento salvaguarda los intereses públicos de actuaciones fraudulentas de los empresarios, en concreto, de aquellos que pretendan beneficiarse de las consecuencias derivadas del procedimiento de despido colectivo sin que concurra causa legal que lo justifique.

Así pues, en el único hecho en el que podría basarse la impugnación de este acuerdo sería en el previsto en el art. 51.5, par. 2 ET, pero la aplicación de la estructura del fraude de ley al pacto alcanzado entre empresario y representante de los trabajadores de un ERE se presenta compleja pues esto llevaría a entender que la consecución del acuerdo de despido colectivo es la norma de cobertura a través de la cual se infringe una norma al facilitar una mera apariencia de legalidad no un amparo real. El fraude de ley en el despido colectivo se produciría cuando el empresario, sin causa real para acudir a esta vía de extinción, bajo la cobertura del pacto colectivo genera una presunción de legitimidad afectando a derechos jurídicos del que son titulares terceras personas. Igualmente el fraude se produce cuando llegado al mutuo acuerdo entre empresario y trabajadores para la extinción, se recurriera al expediente de regulación de empleo para asegurarse las prestaciones de Seguridad Social<sup>66</sup>.

En suma, las dificultades de denuncia de los planes sociales fundamentados únicamente en jubilaciones anticipadas o prejubilaciones sin que, en ocasiones, concurra causa legal que los justifique, el elevado porcentaje de despidos colectivos acordados, que impiden el control público, la utilización por parte de los empresarios de vías alternativas al ERE<sup>67</sup>–. Y la dificultad de control de las causas alegadas

---

<sup>65</sup> González Posada, E. estima que la ausencia del motivo alegado no puede ser otro que la falta de involuntariedad en la pérdida del puesto de trabajo, es decir, personas sobre las que no concurren las circunstancias y requisitos exigibles al efecto, pero no la ausencia de causas económicas, organizativas, técnicas o de producción. “La configuración del despido colectivo en el ET”, A.L., n. 23, 1995, p. 402; García Fernández, M. “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, AL, n. 30, 1994, p. 403.

<sup>66</sup> Goreli Hernández, J. “Las nulidades en la extinción colectiva (vías de defensa ante la extinción colectiva)” RL, n. 17, 1997, p. 29.

<sup>67</sup> Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M: “Despidos colectivos y autorización administrativa... pág. 11: afirma. que las autorizaciones administrativas tienen un valor más simbólico que real.

en los expedientes no acordados, dada su vaguedad o imprecisión, está provocando que la Administración pública no esté cumpliendo su cometido.

Si la autoridad laboral no interviene más que en un pequeño porcentaje de EREs no pactados, se trataría de reformar la normativa a fin de que la administración desarrolle un papel fundamental en el plano de la perfección y garantía de los planes sociales. Una opción de reforma sería que la administración desempeñara el papel de mediador –en Francia, la autoridad laboral controla las medidas sociales de acompañamiento y en Italia ésta hace una labor de mediación administrativa en la negociaciones<sup>68</sup>–, entre las partes sociales durante el periodo de consultas, de forma que pudiera corroborar que las partes alcanzan un autentico plan social con medidas adecuadas a las circunstancias de la empresa, a las del propio sector en el que se ubique y a las particularidades de los propios trabajadores afectados –tanto los que abandonan la empresa como los que se queden– que valora los costes económicos y sociales y que opta por la solución más ventajosa para los trabajadores, en particular, y el mercado de trabajo en general.

Otra posibilidad de reforma, menos compleja –porque no atribuye ningún papel adicional a la Administración–, trataría de facilitar el acceso de la autoridad laboral al contenido del acuerdo para su posible control, eliminando las dificultades procesales que actualmente se encuentran para revisar el acuerdo por fraude de ley. Pero ello despertaría, sin duda, viejos recelos.

## **4. EL PLAN SOCIAL EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL**

### **4.1. El procedimiento previsto en el artículo 64 de la Ley Concursal**

De forma similar a lo previsto en el procedimiento de regulación de empleo ordinario, en el proceso concursal, el artículo 64 de la Ley Concursal (LC), establece un procedimiento para las extinciones colectivas de las relaciones de trabajo – y también para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y las suspensiones colectivas del contrato de trabajo.

La administración concursal, el empresario deudor o los trabajadores de la empresa mediante sus representantes podrán solicitar al juez del concurso la adopción de la extinción colectiva, con exposición de las causas motivadoras. Si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores– teniendo en cuenta toda la plantilla– deberá acompañarse la solicitud de un “plan” que contemple la incidencia

---

<sup>68</sup> Couturier, G.: “Plans sociaux et exigentes de reclassement” *Droit Social*, 5, 1994, p. 442.

de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

En el procedimiento se prevé un periodo de negociación con los representantes de los trabajadores sobre la idoneidad de la medida propuesta, su justificación y alcance y la posibilidad de reducir sus efectos, así como la compensación que corresponda a los trabajadores afectados. Así pues, y de igual forma que en el procedimiento ordinario, el contenido del plan entra a formar parte sustancial del debate y del acuerdo. Durante el periodo de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deben “negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo”. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes de los trabajadores que participen en la negociación –miembros del Comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquellos– de igual forma a lo establecido en los dos penúltimos párrafos del art. 51.4 ET. Con ello se trata de respetar la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos, cuya pretensión principal es garantizar un procedimiento participativo en el proceso de toma de decisiones de gestión de personal en la empresa en crisis.

La tramitación de un expediente “judicial” de regulación de empleo regido por la LC plantea problemas cuando la empresa no cuenta con representantes legales de los trabajadores. En tal caso existen dos vías para resolverlo: Por la vía de promover y realizar una elección de acuerdo al Título II ET, o, por la designación de los representantes “ad hoc” ex artículo 4 RD 43/1996<sup>69</sup>.

La cuestión es que, al menos en determinados casos, ambas vías pueden demorar en exceso la tramitación del ERE. La primera por los trámites que supone el procedimiento del título II ET, la segunda, cuando exista una plantilla numerosa y dispersa geográficamente. En este caso, cabe pensar si el periodo de consultas pudiera realizarse con las Federaciones Sindicales, como han aceptado algunos Juzgados de lo Mercantil<sup>70</sup>. Debe recordarse que la doctrina constitucional permite

---

<sup>69</sup> Desdentado Bonete, A. y Orellana Cano, B.: “Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas”, Ed. Bomarzo, 2007, pág. 157.

<sup>70</sup> Juzgado de lo Mercantil, nº 5, Madrid, 7, febrero de 2007. Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona de 29 de noviembre de 2005: “la representatividad asumida por los sindicatos –permitió que– pese a la dispersión de los centros y de personas afectadas... pudiera centralizarse en un solo trámite y en la ciudad de Barcelona la gestión del periodo de consultas... y superar los obstáculos derivados de la dispersión... el papel asumido por los sindicatos... supuso un claro beneficio para la masa en una fase crucial del procedimiento” evitando el recurso de requerir a la empresa para que se celebraran elecciones en un clima de tensión propio de la situación de concurso”. Citados por Desdentado Bonete, A. y Orellana Cano, B.: “Los trabajadores... pág. 158.

una función de los sindicatos más allá de la meramente representativa de sus miembros a través de los esquemas de apoderamiento y de la representación de Derecho privado “ya que no se trata únicamente de asociaciones privadas representantes de sus afiliados”<sup>71</sup>.

Al finalizar el plazo señalado “o en el momento que se consiga un acuerdo” “la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del periodo de consultas”. La comunicación la deben hacer ambos y no sólo una parte, como sucede en el art. 51 ET que se refiere únicamente al empresario. Una vez recibida, el juez mercantil recabará –es preceptivo pero no vinculante– un informe a “la autoridad laboral” sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado.

El informe deberá emitirse en el plazo de 15 días y antes de su emisión, la autoridad laboral puede “oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores”. Una vez recibido el informe, o una vez transcurrido el plazo de emisión, sigue el curso de las actuaciones. Ahora bien, aunque el informe se emita fuera de plazo, puede, no obstante, ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución –art. 64.6 LC<sup>72</sup>–. Sin perjuicio de ello, y a pesar que el informe de la autoridad laboral se emita fuera de plazo, éste podrá ser tenido en cuenta por el Juez del Concurso al adoptar la correspondiente resolución. En situaciones de concurso, el juez de lo mercantil hace las veces de la autoridad laboral, la cual, en supuestos de no concurso, tiene las importantes competencias atribuidas en los arts. 47 y 51 ET.

E igual que sucede en el procedimiento ordinario respecto a la autoridad laboral, el acuerdo colectivo resulta vinculante para el juez que debe aceptarlo en sus propios términos<sup>73</sup> atendiendo al principio de congruencia, lo que supone que no le es posible proceder a modificar los términos del acuerdo alcanzado, dando su aprobación mediante auto. La lógica de actuación del juez es análoga a la que presenta la autoridad laboral, de manera que cuando se alcance un acuerdo colectivo de regulación de empleo el juez debe aceptarlo, salvo que apreciase de oficio o a instancia de parte la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo en cuyo caso el propio juez declarará nulo el mismo –artículo 64.7. LC en relación con el artículo 51.5 ET–. No pudiendo

---

<sup>71</sup> SSTC 70/1982, 37/1983, 59/1983, 13/1986, 187/1987, 197/1990, 217/1991 y 210/1994.

<sup>72</sup> Debe señalarse la diferencia del artículo 64.6 LC al regular el informe de la Autoridad laboral, respecto de la regulación del informe de la Inspección de Trabajo contenida en el art. 51.3 ET, ya que, al contrario de lo que sucede con este último, el informe de la Autoridad laboral se recaba una vez finalizado el plazo del periodo de consultas, concediéndose a ésta un plazo de quince días para elaborar su informe, frente a los diez que tiene la Inspección.

<sup>73</sup> Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “El despido colectivo en el derecho español, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 282.

igualmente el juez aprobar los despidos colectivos sin la realización previa de la fase de consulta-negociación y, en su caso, con la correspondiente elaboración del Plan social.

En el supuesto de que no exista acuerdo en el periodo de consultas, el Juez del concurso decidirá sobre las medidas propuestas, ejerciendo un control de fondo, con un amplio margen de discrecionalidad, respecto a la razonabilidad y proporcionalidad de las mismas, sin que en este caso quepa la aplicación del silencio administrativo positivo a las resoluciones judiciales<sup>74</sup>. De manera que la autorización para despedir o suspender los contratos de trabajo procederá cuando “de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente” que las medidas propuestas son necesarias para garantizar “la viabilidad futura de la empresa y del empleo o para superar una situación coyuntural de la actividad de la empresa”.

El auto del Juez de lo mercantil, en caso de acordar la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo “produce las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un ERE a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo” –art. 64.7 LC<sup>75</sup>–.

Por lo que respecta al plan social, su objetivo se reduce a la introducción de aquellas medidas necesarias para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. Lo que no deja de ser paradójico cuando se trata de una empresa declarada en concurso y que, en consecuencia, tiene muchas posibilidades de ser, finalmente, inviable. En último término queda el objetivo del “empleo” que justificaría aquellas medidas similares a las que el artículo 6.1 c) RD 43/1996 señala como contenido del plan social en el procedimiento ordinario de despido colectivo –las recolocaciones, recalificaciones, suspensiones ...– Incluidas, por tanto las de reparación económica, que en este ámbito pueden ser una fuente de conflicto en cuanto se relacionan con el comprometido tema de si es posible en una situación de concurso mejorar mediante acuerdo el régimen legal de la indemnización.

Pero como se sabe, los autos de los Juzgados de lo mercantil vienen aceptando acuerdos en el periodo de consultas que superan la indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades, que dispone el art. 51.8 ET<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Ríos Salmerón, B. “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”.

<sup>75</sup> De lo anterior derivan las nuevas redacciones de los arts. 208.1.1) a y 108.1.2) LGSS introducidos por la Disposición final decimosexta 3 y 4 LC.

<sup>76</sup> A título de ejemplo, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 26 de febrero de 2007 y en suplicación STSJ País Vasco de 12 de septiembre de 2006 citado por Desdentado Bonete, A. y Orellana Cano, B.: “Los trabajadores... pág 159.

Es verdad que ello puede resultar complejo y ofrecer alguna duda<sup>77</sup>. Pero la finalidad esencial del concurso –la satisfacción de los acreedores– y la necesidad de la conservación de la masa activa, que fundan aquellas dudas, parece que son, en no pocas ocasiones perfectamente compatibles con las citadas exigencias, siquiera sean porque dejarán de generarse salarios que gravan la masa activa. Puede ser cuestión de “echar números”<sup>78</sup>. Por lo demás, seguramente es difícil llegar a un acuerdo rápido en el periodo de consultas –que también significa velar por la masa activa– si no se pudiera superar la cuantía de los veinte días de salario por año de servicio.

En todo caso el Juez de lo Mercantil tendría que apreciar fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de un acuerdo que supere la indemnización legal del art. 51.8 ET, lo que no es fácil que ocurra, salvo supuestos extremos como el recientemente examinado por la Sentencia de la sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 18 de julio de 2007, en el que se pretendió involucrar a una tercera empresa distinta de la concursada y no presente en el periodo de consultas.

Respecto a la competencia del Juez de lo Mercantil, debe destacarse como, teniendo el Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente sobre las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, sin embargo, los recursos contra las resoluciones del mismo en estas materias no serán resueltos por las Secciones especializadas de las Audiencias Provinciales, sino por las Salas de lo Social de los TSJ. Se advierte así que en la vía del recurso, el orden social de la jurisdicción recupera la jurisdicción perdida en la instancia a favor del juez del concurso.

De esta forma se quiere asegurar que sea el orden social de la jurisdicción quien sienta jurisprudencia sobre materias que son propiamente laborales. Y así será en última instancia el orden social quien tenga la última palabra sobre las razones o causas que, en caso de procedimiento concursal y de desacuerdo entre la administración concursal y los representantes legales de los trabajadores, permiten al juez del concurso acordar la suspensión o la extinción colectiva de los contratos de trabajo, sin que necesariamente tales causas hayan de ser coincidentes en todos los extremos con las causas de los artículos 47.1 y 51.1 ET, siquiera sea por el factor que el art. 64.4 LC parece requerir en todos los casos: “asegurar la viabilidad futura de la empresa y del empleo”.

---

<sup>77</sup> Desdentado Bonete, A. y Orellana Cano, B.: “Los trabajadores ...”, pág. 161.

<sup>78</sup> García Perrote Escartín, I. y Muschi Loayza, F. “Medidas laborales en situaciones concursales” en Medidas Laborales para empresas en crisis, (Sempere Navarro, director), Thomson Aranzadi, 2009, p. 420.

En situaciones de concurso<sup>79</sup>, pues, las Salas de lo Social de los TSJ tendrán competencias relacionadas con los artículos. 47.1 y 51.1ET, mientras que en situaciones de no concurso, la suspensión o extinción colectiva no competen al orden jurisdiccional social, sino tras la correspondiente resolución administrativa, al orden contencioso–administrativo.

Ahora bien, probablemente fuera deseable que existiera o pudiera existir cierta coordinación entre las acciones individuales y las colectivas, al modo de lo que ocurre en el art. 138 LPL, lo que encuentra cierta dificultad en el hecho de que, en su dimensión colectiva, el auto del juez mercantil es recurrible en suplicación, mientras que las cuestiones referidas estrictamente a su “relación jurídica individual” las acciones de los trabajadores se sustancian por el incidente concursal ante el propio juez mercantil y es la sentencia dictada por este último la que es recurrible en suplicación.

#### **4.2. Concordancias y diferencias entre el plan social en el procedimiento ordinario y el plan social en el procedimiento de concurso**

El procedimiento previsto en el artículo 64 LC es, en líneas generales, muy parecido al expediente de regulación de empleo del artículo 51 ET, salvo en la función del juez del concurso, equiparable al de la autoridad laboral en el procedimiento ordinario. Pero, no obstante, existen otras diferencias notables en ambos procedimientos y en el papel asignado al plan social, en este caso notablemente rebajado<sup>80</sup>... Así:

En las situaciones de concurso la obligación de la elaboración de un “plan” se extiende también al resto de los supuestos que dan lugar a la iniciación del procedimiento –como la modificación sustancial de condiciones de trabajo o la suspensión– y no sólo extinción contractual como se exige en la normativa laboral ordinaria.

La finalidad del plan también varía en este caso. Ahora, se dice, el plan debe contener medidas dirigidas al mantenimiento de la empresa y, en segundo lugar, del empleo. Cambia el objetivo legal de acuerdo a la situación de la empresa. Ante un proceso de concurso lo que interesa es conseguir la recuperación de la empresa y

---

<sup>79</sup> Art. 188.1 LPL, tras la Ley Concursal, establece que: “Las salas de lo Social de los TSJ conocerán de los recursos de suplicación que se interpongan contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo social en su circunscripción, así como “contra los autos y sentencias que puedan dictar los jueces de lo mercantil que se encuentren en su circunscripción y que afecten al derecho laboral”. Por su parte el art. 189.5 LPL establece que son recurribles en suplicación “los autos y sentencias que se dicten por los juzgados de lo mercantil en proceso concursal y que resuelvan cuestiones de carácter laboral”.

<sup>80</sup> Desdentado Bonete, A.. y Orellana Cano, B.: “Los trabajadores ....”, p. 159.

no evitar el despido. Por ello la finalidad del plan social es diferente en uno u otro procedimiento. Frente a intereses sociales prima el interés económico del mantenimiento del negocio, aunque finalmente tal interés tenga una repercusión positiva sobre el mantenimiento del empleo.

Otra diferencia con las situaciones de no concurso radica en que, así como en estas últimas el procedimiento de regulación de empleo se inicia con la solicitud empresarial a la autoridad laboral competente y “la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores”, en el caso del concurso, es el juez de lo mercantil el que, tras recibir la solicitud de la adopción de las medidas laborales colectivas por los legitimados de acuerdo al artículo 64.2 LC, convoca a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas. Y, una nueva diferencia, el periodo de consultas que se establece en el artículo 64. 5 LC –“cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales”, de acuerdo al tamaño de la empresa– se configura como un periodo máximo, mientras que en las reglas del artículo 51 ET es un periodo mínimo.

Por otra parte en el periodo de consulta y negociación no interviene el empresario deudor –ni siquiera cuando ha sido él quien ha solicitado la adopción de medidas colectivas– sino la administración concursal<sup>81</sup> abandonándose, así la opción acogida por los primeros textos de lo que hoy es el art. 64 LC, en los que el interlocutor de los representantes de los trabajadores durante el período de consultas era el propio Juez mercantil y no la administración concursal. De todas formas, por lo que se refiere a la persona del deudor en el periodo de consultas, su presencia e intervención es “más coherente” en los supuestos en que la empresa deudora conserva sus facultades de disposición y administración<sup>82</sup>: De hecho se está permitiendo la intervención del concursado en el expediente<sup>83</sup>–. Es verdaderamente difícil que en estos supuestos la administración concursal decida asumir obligaciones y compromisos sin conocimiento y aceptación del deudor.

Y finalmente, mientras que en los expedientes de regulación de empleo realizados en empresas no concursadas, la resolución de la autoridad laboral aprobando la solicitud lo que hace es autorizar al empresario a decidir las correspondientes extinciones contractuales, en el caso de la extinción colectiva de los contratos de trabajo regida por la LC, se entiende que es el propio auto del Juzgado de lo mercantil el que acuerda la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores incluidos en la solicitud –será preciso identificarlos en la solicitud del art. 64 LC–, y fija las

---

<sup>81</sup> Cruz Villalón, J. “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, RL n. 23, p. 129.

<sup>82</sup> Desdentado Bonete, A. y Orellana Cano, B.: “Los trabajadores...pág. 160.

<sup>83</sup> Juzgado de lo mercantil de Cádiz de 22 de mayo de 2007.

correspondientes indemnizaciones –o al menos las bases para hacerlo respecto al salario, antigüedad, etc...–, quizá con la excepción de los supuestos en que la decisión extintiva o suspensiva haya de diferirse en el tiempo<sup>84</sup>.

## 5. LOS PLANES NEGOCIADOS DE REINDUSTRIALIZACIÓN SECTORIAL

No se trata de planes sociales en el sentido en el que se han definido, porque no se producen en el ámbito de un procedimiento de regulación de empleo a instancias del empresario y en el seno de una empresa o de un grupo de empresas, pero sí comparte con los planes sociales propios del procedimiento de despidos colectivos su naturaleza colectiva, incluso, de forma remota, las causas que lo producen, que en la reindustrialización obedecen a intereses de política económica y social, así como su finalidad de paliar con medidas alternativas el efecto negativo que para el trabajador y para el empleo representa la extinción colectiva de las relaciones de trabajo.

Por tanto, en buena técnica jurídica no puede decirse que las medidas sociales de acompañamiento en un proceso de reindustrialización sectorial sean un antecedente en nuestro país de los planes sociales. Pero no dejan de presentar similitudes importantes que requieren al menos una referencia a los mismos.

Como se sabe, corresponde a la Administración de Industria, por sí o a instancia de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, proponer al Gobierno que declare “en reconversión” a un sector industrial o a un grupo de empresas<sup>85</sup>.

La Ley 27/1984, de 26 de julio de Reconversión y Reindustrialización, prevé que el proyecto de plan de reconversión industrial se negocie con las representaciones empresariales y sindicales, y, si hay acuerdo sobre el mismo en el plazo previamente fijado, el órgano de elaboración lo elevará, a través del ministerio de Industria y Energía a la Comisión delegada del Gobierno para Asuntos Económicos

---

<sup>84</sup> STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2005 (Sala de lo social): “el juez de lo mercantil tiene competencia para resolver –no solo para autorizar– sobre pretensiones para que se declaren extinguidos o suspendidos los contratos de trabajo, sin que en el expediente judicial de regulación de empleo regido por la LC se produzca el desdoblamiento entre la autorización administrativa y la decisión extintiva empresarial que caracteriza el procedimiento de los arts. 47 y 51 ET”, citado por Desdentado Bonete, A. y Orellana Cano, B.: “Los trabajadores ....”, p. 152.

<sup>85</sup> Como ha declarado el Tribunal Constitucional es competencia del Estado el establecimiento de los planes de reconversión industrial, mientras que las Comunidades Autónomas con atribuciones en la materia sólo pueden desempeñar funciones de “desarrollo y ejecución de los planes estatales”– SSTC 29/1986 de 20 de febrero; y 177/1990 de 15 de noviembre.

Si no se lograra acuerdo sobre el proyecto de plan, el órgano de elaboración lo remitirá con su informe, por el mismo conducto, a la Comisión delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, proponiendo la aprobación del Proyecto cuando la reconversión del sector se estime imprescindible para los intereses de la economía nacional.

Una vez autorizados, justifican el despido por parte del empresario basado en causas económicas, organizativas, tecnológicas o de producción debiendo cumplir con lo previsto en el protocolo del Plan de Reconversión respecto a las medidas sociales previstas –y negociadas– en el mismo. Por tanto, la sola aprobación de un plan de reconversión legitima a la empresa perteneciente al sector industrial declarado en reconversión y acogida al correspondiente Plan de Reconversión, para tramitar el expediente de regulación de empleo de acuerdo con lo previsto en el artículo 51 ET<sup>86</sup>, pero en este caso ya no será preciso el plan social ya que las medidas laborales vendrán determinadas por el Plan de Reconversión correspondiente y desarrollado por Orden ministerial.

Por tanto, el Plan de reconversión industrial no es un plan social a que se refiere el artículo 51 ET pero lo que se pacta es todavía más importante, porque afecta a todo el sector y el Estado forma parte del acuerdo apoyando con medidas fiscales tributarias, laborales y de Seguridad Social<sup>87</sup>.

Respecto a las laborales, un Plan de Reconversión Industrial incluye –de acuerdo con el artículo 16.1 ley 27/1984–, como mínimo, cuatro tipos de medidas laborales dirigidas a determinar: a) las plantillas operativas y el número de trabajadores excedentes a los que se les va a aplicar el expediente de regulación de empleo, y el calendario para su aplicación, b) las medidas de movilidad geográfica y de movilidad funcional, c) los planes de formación y readaptación profesional, y, d) las orientaciones de política salarial para el sector. Y en cuanto a las medidas de Seguridad Social, los Reales Decretos de reconversión regulan también medidas compensatorias dirigidas a los trabajadores que cesan en las empresas en virtud de un proceso de reconversión industrial. Por una parte, se mejora la protección por desempleo, tanto en su cuantía como en su duración, y por otra, el reconocimiento de ayudas equivalentes a la jubilación anticipada a favor de los trabajadores con 60 o más años de edad hasta el cumplimiento de la edad de jubilación. Para los trabajadores que continúan en activo, la normativa contempla bonificaciones en la cuota empresarial de Seguridad Social en determinados casos.

---

<sup>86</sup> En este sentido, Fernández Domínguez, J.J.: Expedientes de regulación de empleo, Trotta, Madrid, 1993, pp. 336–338.

<sup>87</sup> Desdentado Bonete, A. y García-Perrote Escartín, I. “Las medidas laborales en la Reconversión Industrial”, n.º. 232, 1983, pp. 51-63; Durán López, F. Legislación de empleo y reconversiones industriales” R.PS, n.º. 137, 1983, pp. 48-56; Sagardoy Bengoechea, J.A.: Medidas laborales en la reconversión Industrial, DL, n.º. 12, 1984, pp. 7-27.

Otros pactos sociales productos de la negociación colectiva y reguladores de medidas dirigidas a paliar los efectos que las fusiones de sociedades mercantiles pueden producir respecto a los trabajadores de cada una de ellas, son los denominados protocolos de fusión laboral o pactos de estabilidad que acompañan generalmente los pactos de fusión. Con fundamento en el derecho a la autonomía colectiva derivada del art. 37 CE, estos pactos no se pueden considerar ni como un convenio estatutario ni como un acuerdo de empresa de los postulados por el art. 44.4 y 44.9 ET<sup>88</sup>. Será un convenio colectivo extraestatutarios o un pacto colectivo de desarrollo del deber de subrogación empresarial que en el último lugar será la norma de aplicación a las relaciones laborales en estos procesos. La dualidad de sujetos empresariales en los protocolos de fusión es la clave para entender el cumplimiento del efecto subrogatorio en las relaciones laborales. En este caso, las medidas de acompañamiento social adoptadas vinculan a los sujetos firmantes.

## **6. A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS NOTAS COMUNES QUE IDENTIFICAN LOS PLANES SOCIALES**

A) El plan social tiene una dimensión colectiva. Se organiza para minimizar el impacto social del ajuste de plantilla y tanto por la vía de reducir a lo estrictamente necesario el despido colectivo como presentando opciones al conjunto de trabajadores afectados por el despido que les faciliten su accesibilidad al mercado de trabajo. El plan social no atiende a las situaciones individuales de cada trabajador sino a las del colectivo y, por ello su interés está ligado al mantenimiento de la empresa y del empleo como bien social a defender. El carácter colectivo del plan social surge a su vez de la existencia de un conflicto colectivo –como implica una decisión empresarial de reajuste de plantilla– que a su través se trata de suavizar mediante el mismo<sup>89</sup>.

B) El plan social tiene una dimensión de política de empleo, en cuanto posibilidad de realizar regulaciones activas de empleo y formas de gestión previsoras del empleo. Es sabido que la Estrategia Europea de Empleo considera errónea una política dirigida a mantener estructuras económicas obsoletas que, más que favorecer la estabilidad del empleo, amplían sus efectos negativos, perjudicando el cambio y la innovación para la mejora de la competitividad de las empresas europeas. Por esta razón, la solución no está en el establecimiento de trabas que dificulten la

---

<sup>88</sup> De Val Arnal, J.J.: “Los protocolos laborales de fusión...pág.. 325.

<sup>89</sup> Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M.: “Despidos...: “el carácter coetáneo y masivo de los despidos y el basarse en una causa común inherente a las necesidades de la empresa, le da una dimensión colectiva, no sólo cuantitativa sino cualitativa”.

puesta en marcha de decisiones empresariales sino en intentar que las reestructuraciones no impliquen una destrucción de capital humano, favoreciendo un modelo de producción que repose en la investigación, la innovación y la capacidad de adaptación de los trabajadores. Como ha señalado la Comisión Europea en su Libro Verde sobre el fomento de un marco europeo para la responsabilidad social de la empresa<sup>90</sup> “reestructurar desde un punto de vista socialmente responsable significa equilibrar y tener en cuenta los intereses y preocupaciones de todos los afectados por los cambios y las decisiones”, resultando la reestructuración más fructífera si se obtiene la colaboración de las autoridades públicas, las empresas y los representantes de los trabajadores y el compromiso de las empresas con la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y con el mantenimiento de su empleabilidad.

C) El plan social supone una forma de cargar a la empresa con la responsabilidad social derivada de la gestión de los excedentes de plantilla<sup>91</sup>. Se trata de una obligación diferente a la indemnizatoria prevista legalmente, de forma que ambas deben coexistir en un procedimiento de despido colectivo y ninguna es susceptible de ser sustituida por otra. Así pues, la elevación de las indemnizaciones no debe impedir la existencia de un plan social ni la presencia de ciertas medidas sociales deberá sustituir el derecho a la indemnización. En este caso la obligación de indemnizar se configura jurídicamente en nuestro ordenamiento como una “obligación de resultado” que debe cumplirse siempre que exista un despido colectivo, independientemente del número de afectados y de los recursos de la empresa, mientras que el plan social es una “obligación de actividad o medios” de acuerdo con la posibilidad de llevarlos a cabo. A través de la indemnización el ordenamiento jurídico trata de compensar al trabajador de los perjuicios económicos que le ocasiona la pérdida de salario por la pérdida de su puesto de trabajo, la cuantía esta fijada y es independiente tanto del daño profesional que sufre el trabajador como de los recursos que tenga el empresario; mientras que a través del plan social el legislador no busca el resarcimiento económico individual del trabajador sino el interés colectivo.

D) El objetivo del plan social es el mantenimiento y mejora del negocio jurídico –en términos de productividad y competitividad– pero garantizando el menor coste en el empleo. En este sentido el plan social es un conjunto de medidas que deben organizarse en función de la situación de la empresa, del sector y de los caracteres personales y profesionales de los trabajadores afectados.

---

<sup>90</sup> Julio, 2001 (COM 2001)– 366 No publicado en diario oficial.

<sup>91</sup> Monereo Pérez, J.L. y Fernández Avilés, J.A.: “El despido colectivo...pág. 240.

E) El plan social adolece de debilidad jurídica, no en vano su eficacia “como declaración de voluntad unilateral se condiciona a la concurrencia de su aceptación por los destinatarios de sus efectos, los representantes de los trabajadores y estos últimos, aceptando o rechazando el plan, su eficacia se condiciona a la autorización administrativa –o judicial– de los despidos a la que el plan se incorpora como elemento accesorio, no del pacto mismo”<sup>92</sup>.

F) El plan social corre el riesgo de convertirse en un elemento formal del procedimiento de despido colectivo, sin contenido alguno. Para ello basta cambiar el objetivo previsto legalmente por la monetarización vía pacto. La responsabilidad de que los planes sociales cumplan tales fines es una de las más importantes asignaturas pendientes en nuestra regulación positiva.

---

<sup>92</sup> Casas Bahamonde, M.E. “ Prologo..., pág. 13.



# COMUNICACIONES



**INTERVENCIONES ADMINISTRATIVAS DEL  
ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES  
AUTÓNOMAS PARA AYUDAR A TRABAJADORES  
AFECTADOS POR EXPEDIENTES DE  
REGULACIÓN DE EMPLEO**

David Moreno Mendoza  
*Investigador del Programa Nacional FPU Ministerio de Educación*  
Universidad Autónoma de Barcelona

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS
2. LA INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO DE ESPAÑA
3. MEDIDAS MÁS SIGNIFICATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS
4. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

## 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Constituye el objeto de estudio de la presente comunicación el análisis jurídico-social de las actuales formas más significativas de intervención de los poderes públicos (estatal y autonómicos) en los procesos de regulación de empleo para mejorar la protección socio-laboral de las personas trabajadoras afectadas por la regulación de empleo que implican las actuales reestructuraciones empresariales; valorando a estos efectos las nuevas formas de intervención pública durante el año 2009 para la protección social de los trabajadores afectados por reestructuraciones de plantilla<sup>1</sup>. Considerando el alto porcentaje de trabajadores afectados<sup>2</sup>, el objetivo esencial radica en comentar la eficiencia político-social de determinadas acciones de las Comunidades Autónomas del Estado Español en materia de subvenciones y ayudas económicas a los trabajadores afectados por expedientes de regulación de empleo, además de considerar las vigentes medidas de la Administración General del Estado, ante la necesidad de la protección social de los trabajadores afectados por la regulación de empleo<sup>3</sup>, debido al «empeoramiento de la situación económica y el incremento de los expedientes de regulación de empleo»<sup>4</sup>. Se pretende ofrecer un estudio de “buenas prácticas administrativas” que puedan servir de referente para las Administraciones competentes para coadyuvar así más adecuadamente a la integración social y laboral de los trabajadores afectados vulnerables para tutelar más eficazmente las transiciones entre los empleos ante las «lagunas de protección social»<sup>5</sup> que no cubren los planes de acompañamiento social. Se estiman muy positivas estas experiencias prácticas como nuevas formas de medidas específicas de protección laboral y social de acompañamiento a los trabajadores mediante *v.gr.* la asistencia social que cabe considerar adecuada como materialización real de uno de los nuevos retos de las políticas sociales y de empleo ante la contemporánea crisis económica mundial, que sin duda mejorará la

---

<sup>1</sup> Vid. Martín Valverde, A.: «Reestructuración de empresas y protección social»; en AA.VV.: *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas*. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AEDTSS. Ministerio de Trabajo. Madrid, 2006, p. 1100.

<sup>2</sup> Vid. *Índice General de Regulación de Empleo* del Boletín de Estadísticas Laborales del Ministerio de Trabajo: <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>.

<sup>3</sup> *Cfr. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2008*. CES. Madrid, 2009, p.323.

<sup>4</sup> Memoria sobre la situación socioeconómica ... *cit.*, p. 578.

<sup>5</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «Trabajadores pobres y Derecho del Trabajo»; *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2009, p. 3. Téngase en cuenta que las nuevas exigencias del mercado laboral como *v.gr.* serían los actuales procesos de regulación de empleo pueden generar pobreza y exclusión social a concretos colectivos de trabajadores afectados. *Cfr.* Decisión 1098/2008/CE de Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativo al Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social (2010).

protección frente los riesgos de exclusión social del actual fenómeno que afecta a los trabajadores pobres vulnerables<sup>6</sup> como uno más de los problemas cruciales de nuestra era<sup>7</sup>, máxime en una sociedad caracterizada por la emergencia continua de nuevos problemas sociales y nuevas necesidades de protección «al margen del actual ámbito objetivo de cobertura del sistema de la Seguridad Social» derivadas de cambios socioeconómicos de gran intensidad<sup>8</sup>, especialmente ante los nuevos riesgos sociales de la sociedad postindustrial<sup>9</sup>. Cabe valorar la funcionalidad de las ayudas económicas objeto del estudio subsumibles en el Derecho de la Protección Social<sup>10</sup> como uno más de los posibles conjuntos de dispositivos públicos dirigidos a la atención de las necesidades sociales de la ciudadanía<sup>11</sup>. En definitiva, esperamos que el estudio pueda inspirar mejoras en los futuros pactos territoriales a favor del empleo como instrumentos autonómicos de intervención<sup>12</sup>.

## 2. LA INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO DE ESPAÑA

Cabe estimar loable el Real Decreto 5/2008, de 11 de enero, por el que se establecen subvenciones y medidas para facilitar la adaptación laboral del sector textil y de la confección a los cambios estructurales en el comercio mundial<sup>13</sup> que establece medidas para facilitar la reinserción laboral de los trabajadores excedentes en el sector textil y de la confección<sup>14</sup> como consecuencia de los cambios estructurales

---

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Alonso Olea, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*. Civitas, 6ª ed. Madrid, 2002, p. 106.

<sup>8</sup> Martín Valverde, A.: «Asistencia social: Propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional»; en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, N.: (Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*. Comares. Granada, 2008, pp. 1151-1152.

<sup>9</sup> Suárez Corujo, B.: *Introducción al Derecho de la Protección Social*. Tirant lo blanch. Valencia, 2006, pp. 58-84. El autor destaca las exigencias del nuevo entorno productivo en la actual realidad y la necesidad de adaptar los sistemas de protección social en el marco de la nueva economía, siendo fundamental que el ordenamiento articule fórmulas adecuadas ante las actuales insuficiencias protectoras.

<sup>10</sup> Alarcón Caracuel, M.R.: «Hacia el Derecho de la Protección Social»; en López López, J. (Coord.): *Seguridad Social y Protección Social: temas de actualidad*. Marcial Pons. Madrid, 1996, p. 33.

<sup>11</sup> Gonzalo González, B.: «Prólogo»; en Suárez Corujo, B.: *Introducción ... op. cit.*, p. 17.

<sup>12</sup> Molina Hermosilla, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*. Mergablum. Sevilla, 2005, p. 255.

<sup>13</sup> BOE núm. 21 de 24 enero de 2008.

<sup>14</sup> Al amparo del Real Decreto citado, se consideran trabajadores excedentes a los trabajadores del sector textil y de la confección cuyo contrato se haya extinguido por causas económicas, técnicas,

en el comercio mundial, así como el establecimiento de ayudas especiales a aquellos trabajadores de 55 o más años que tengan problemas para encontrar empleo. No obstante, debería valorarse la idoneidad de expandir su finalidad a los múltiples sectores productivos españoles afectados por dichos cambios. Debe destacarse que serán beneficiarios de las subvenciones durante el proceso de búsqueda de empleo los trabajadores desempleados excedentes del sector textil y de la confección, «*especialmente aquéllos con dificultades de empleabilidad*». Se podrán conceder subvenciones por búsqueda de empleo y los trabajadores que participen en acciones de orientación, preferentemente a través de grupos de búsqueda de empleo o acciones similares, que en todo caso deberán ser tutorizadas por orientadores profesionales, recibirán durante el tiempo que permanezcan incluidos en dichas acciones una subvención de 350 euros por mes, o parte proporcional por períodos inferiores, durante un período máximo de tres meses. Cuando los trabajadores tengan 55 o más años, el período máximo de percepción de la subvención será de 6 meses. Por acciones de reciclaje profesional, además, los trabajadores que asistan a cursos de formación tendrán derecho a una *beca* por asistencia de 10 euros por día lectivo hasta la finalización del curso. Esta beca es compatible con las ayudas y becas establecidas en el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo. También, se contemplan subvenciones para facilitar la movilidad geográfica los trabajadores excedentes y subvenciones para compensar diferencias salariales cuando la base de cotización del nuevo contrato del trabajador excedente sea inferior a la de su último contrato en el sector textil y de la confección, el trabajador tendrá derecho a percibir por meses una cuantía equivalente a la diferencia entre ambas bases de cotización, por un importe máximo de 500 euros/mes y durante un tiempo máximo de dieciocho meses. Serán beneficiarios de las subvenciones para facilitar la inserción laboral de los trabajadores de 52 o más años los trabajadores desempleados, que tengan esa edad, o más años, en la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto, excedentes del sector textil y de la confección y con una antigüedad, al menos, de seis años en el sector, cuya contratación, indefinida o temporal con una duración efectiva del contrato igual o superior a seis meses, implique una disminución salarial en los términos recogidos en el apartado siguiente. Cuando la base de cotización resultante del nuevo contrato del trabajador excedente sea inferior a la del último contrato en el sector textil y de la confección, el trabajador tendrá derecho a percibir por meses una cuantía equivalente a la diferencia entre ambas bases de cotización, por un importe máximo de 500 euros/mes y durante un tiempo máximo de veinticuatro

---

organizativas o de producción, bien a través del procedimiento de regulación de empleo establecido en los artículos 51 y 57 bis del TRLET, o bien cuando la extinción del contrato de trabajo sea por las causas objetivas contempladas en el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, y cumplan los requisitos que para cada uno de los tipos de subvenciones se recogen en este Real Decreto. En el caso de extinción de contratos de trabajo por las causas objetivas será necesario, además, tener una antigüedad en la empresa de 3 años.

meses. Serán beneficiarios de las subvenciones especiales para los trabajadores de 55 o más años, aquellos trabajadores excedentes del sector textil y de la confección que permanezcan desempleados una vez extinguida por agotamiento la percepción de la prestación contributiva por desempleo, que durante el proceso de reinserción laboral se encuentren en «*situación de especial necesidad motivada por las condiciones de extinción de su contrato de trabajo y el mantenimiento de la situación de desempleo*», y que cumplan los requisitos de tener cumplidos 55 años de edad el día 1 de junio de 2007; tener una antigüedad en el sector textil y de la confección de, al menos, seis años; tener reconocida una prestación por desempleo de nivel contributivo con una duración de veinticuatro meses y haberla extinguido por agotamiento, tanto si se ha percibido de forma ininterrumpida, como tras su reanudación o por su reapertura por el ejercicio de un derecho de opción; que el contrato de trabajo se haya extinguido por expediente de regulación de empleo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción establecido en los artículos 51 y 57 bis del Estatuto de los Trabajadores o cuando la extinción del contrato de trabajo se haya producido por las causas objetivas contempladas en el artículo 52.c) del TRLET, sin perjuicio de que, con anterioridad a la extinción, el contrato se haya suspendido por expediente de regulación de empleo; y, que desde la extinción del contrato de trabajo haya transcurrido un período de 24 meses cubierto con la percepción de la prestación por desempleo de nivel contributivo, y, en su caso, con el período de reposición de esa prestación derivada de la suspensión anterior del contrato de trabajo por expediente de regulación de empleo. La cuantía de la subvención será de 3.000 euros anuales, prorrateándose los períodos inferiores, y se percibirá desde que el trabajador extinga por agotamiento la prestación por desempleo de nivel contributivo, habiendo debido transcurrir en todo caso dos años desde la extinción del contrato de trabajo, y como máximo hasta que cumpla los 61 años. Los trabajadores que no hayan podido ser recolocados en un plazo de 24 meses desde el agotamiento de la prestación por desempleo de nivel contributivo, verán incrementada la cuantía de esta subvención en 2.500 euros anuales hasta que cumplan los 61 años. El período total de percepción de las subvenciones especiales consideradas en este artículo no podrá ser superior a cuatro años. El trabajador al que se le reconozca el derecho a estas subvenciones tendrá derecho, además, a percibir una cantidad equivalente a la correspondiente a la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social por la misma base de cotización por la que cobró la prestación contributiva por desempleo, para la financiación del mismo, en aquellos casos en que, según el artículo 51.15 del TRLET, la empresa no tenga la obligación legal de financiarlo, y conforme a la normativa reguladora de dichos convenios especiales. El derecho al cobro de esta cantidad se mantendrá mientras el trabajador tenga derecho a estas subvenciones, extinguiéndose en todo caso al cumplir los 61 años de edad. Asimismo, debe ponerse de relieve que, de acuerdo con la disposición adicional septuagésima quinta de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006, las subvenciones establecidas en este Real Decreto, no obstante lo establecido en el artículo 215.3.2 del TRLGSS, «*no se com-*

*putarán como renta del desempleado a efectos de reconocimiento y percepción de los subsidios por desempleo, estableciéndose la compatibilidad de los subsidios por desempleo con las indicadas subvenciones». Y, además, los trabajadores excedentes comentados «podrán también ser objeto de las demás políticas activas de empleo establecidas por las Comunidades Autónomas».*

Siguiendo casi miméticamente esta regulación, debe tenerse presente que el Real Decreto 100/2009, de 6 de febrero, por el que se establecen medidas para facilitar la adaptación laboral del sector de fabricación y componentes del calzado, curtidos y marroquinería a los cambios estructurales en el comercio mundial, a diferencia del sector textil, cuando el trabajador extinga por agotamiento la prestación contributiva por desempleo hasta que el trabajador cumpla los 61 años, en este sentido, en el supuesto máximo de percepción de la subvención especial, el trabajador percibirá 2.400 euros/año los tres primeros años y 4.900 euros/año los dos últimos hasta cumplir los 61 años.

El Gobierno de España también ha promulgado un significativo Real Decreto 1010/2009, de 19 de junio, por el que se establecen medidas destinadas a compensar la disminución en la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores cuyo contrato de trabajo se extinguió como consecuencia de determinados expedientes de regulación de empleo. Cabe valorar la futura necesidad de establecer mayores medidas en este sentido, máxime ante la realidad actual de la regulación de empleo, siendo aconsejable continuar mejorando las medidas para la protección de las personas trabajadoras afectadas, perfeccionando a estos efectos el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas<sup>15</sup>.

Cabe valorar positiva la intención del Real Decreto-ley 10/2009, de 13 de agosto, por el que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción<sup>16</sup> en lo referente a las «medidas sobre la ampliación de la protección de los trabajadores afectados por Expedientes de Regulación de Empleo» con el objetivo de aplicar «mecanismos que amplíen la cobertura de la protección de aquellos trabajadores que han agotado su protección por desempleo para impedir o mitigar el riesgo de exclusión social», puesto que es «esencial ofrecer una garantía de ingresos mínimos para afrontar estas situaciones en las que se encuentran cada vez más trabajadores» como «objetivos no sólo de protección social sino de reinserción laboral». Ahora bien, debe criticarse *ex art. 2.4.* del citado Real Decreto-Ley que «no podrán beneficiarse del programa los trabajadores que agoten el subsidio por desempleo para mayores de 52 años establecido en el artículo 215.1.3 de la Ley General de la Seguridad Social, los trabajadores fijos discontinuos que, mientras mantengan dicha condición, agoten la prestación por desempleo o los sub-

---

<sup>15</sup> BOE núm. 57 de 7 de marzo de 2009.

<sup>16</sup> BOE núm. 197 de 15 de agosto de 2009.

sidios por desempleo durante los períodos de inactividad productiva y *los trabajadores que agoten la prestación por desempleo o los subsidios por desempleo durante la suspensión de la relación laboral o la reducción de la jornada de trabajo en virtud de Expedientes de Regulación de Empleo*». Además, debe manifestarse que *ex art. 9* «la prestación por desempleo extraordinaria será *incompatible* con los salarios sociales, rentas mínimas o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las distintas Administraciones públicas».

Debe destacarse que determinadas Comunidades Autónomas ya con anterioridad a esta normativa estatal habían aprobado subvenciones a los trabajadores desempleados destinadas a fomentar la realización de itinerarios de inserción laboral por las personas que han extinguido por agotamiento el subsidio por desempleo<sup>17</sup>. Además de existir medidas para paliar los efectos ocasionados por el agotamiento de las prestaciones o subsidios por las personas desempleadas definidas en el mismo, ofreciéndoles un contrato de trabajo y un salario, así como en su caso, una orientación y formación adecuada a sus necesidades<sup>18</sup>. También, se regularon previamente v.gr. en Cataluña<sup>19</sup> subvenciones para la realización de planes de empleo y actuaciones de red de orientación para el empleo con el objetivo de la contratación laboral de personas desempleadas para la realización de actuaciones de carácter temporal y de interés general y social, de naturaleza adicional respecto de las actuaciones habituales de las entidades que promueven los planes, a fin de que los participantes puedan adquirir experiencia profesional y mejorar su ocupabilidad, siendo relevante que estos proyectos de planes de empleo se tienen que dirigir preferentemente a los/as trabajadores/as desempleados/as, que hayan agotado la prestación y/o subsidio de desempleo y no tengan ingresos en la unidad familiar o núcleo de convivencia familiar.

---

<sup>17</sup> Orden de 13 de mayo de 2009, del Presidente del Servicio Regional de Empleo y Formación, por la que se establecen las bases reguladoras del programa de subvenciones destinadas a fomentar la realización de itinerarios de inserción laboral por las personas que han extinguido por agotamiento el subsidio por desempleo (BO. De la Región de Murcia de 16 de mayo de 2009; si bien, actualmente, ha sido derogada por art. 4 de la Orden de 5 agosto 2009, que modifica parcialmente las Órdenes reguladoras del procedimiento para la concesión de subvenciones de los Programas de Desarrollo Local, Fomento de la Integración Laboral de Personas con Discapacidad, Iniciativas de Desarrollo Rural y Empleo Local e Institucional y se deroga la Orden de 13-5-2009. Asimismo, *vid.* Resolución de 3 de junio de 2009, del Servicio Público de Empleo de Castilla y León, por la que se convocan ayudas destinadas a trabajadores desempleados que participen en Itinerarios Activos de Empleo. BO. De Castilla y León de 4 de junio de 2009.

<sup>18</sup> Decreto 65/2009, de 26 mayo, que regula el Plan de choque frente al desempleo en Castilla-La Mancha. DO. Castilla-La Mancha 29 mayo 2009, núm. 102.

<sup>19</sup> Orden TRE/235/2009, de 8 mayo, que establece las bases reguladoras y abre la convocatoria para el 2009 para la concesión de subvenciones para la realización de los planes de empleo y para las actuaciones de la red de orientación para el empleo. DO. Generalidad de Cataluña, de 14 de mayo 2009, núm. 5379.

En la Comunidad de Madrid destacan las subvenciones en el año 2009, destinadas a la colaboración con las Corporaciones Locales y a sus entidades dependientes o vinculadas, para la contratación de trabajadores desempleados, preferentemente aquellos que hayan agotado las prestaciones por desempleo, en la realización de obras y servicios de interés general y social, con una duración no superior a seis meses<sup>20</sup>.

### 3. MEDIDAS MÁS SIGNIFICATIVAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La *Consejería de Economía, Hacienda y Empleo de la Comunidad Valenciana*, al amparo del «II Pacto Valenciano por el Crecimiento y el Empleo 2009–2013» tiene el objetivo operativo en materia de empleo minimizar el impacto de la actual desaceleración económica, facilitando y dando seguridad a la adaptación de los trabajadores y de las empresas ante los cambios en el mercado de trabajo. Para lograr este objetivo se establecen unos ejes de actuación y unas medidas para mejorar la eficacia de las políticas *activas* de empleo y afrontar los efectos de la situación económica en el empleo, dirigiendo los programas y las acciones preferentemente hacia los «*trabajadores con mayores dificultades de inserción laboral*» y hacia los «*desempleados procedentes de los sectores en crisis*», e intensificando las medidas tendentes a la «*recolocación de los trabajadores afectados por procesos de reestructuración industrial*», en el marco de planes integrales e itinerarios laborales. En consonancia con este planteamiento y de acuerdo con el Plan de la Generalitat Valenciana para el impulso de la economía y la creación de empleo, la Generalitat, a través del Servicio Valenciano de Empleo y Formación, mediante la Orden de 30 diciembre 2008<sup>21</sup> pretende fomentar, como medida *alternativa* a las prejubilaciones o el desempleo, actuaciones que propicien la «*continuidad en el mercado laboral de aquellos trabajadores que pudieran resultar afectados por procesos de reconversión o de reestructuración de empresas*». A estos efectos, las ayudas económicas están destinadas a favorecer la reinserción laboral y el mantenimiento de la vida activa de aquellos trabajadores que hayan pasado o vayan a pasar a una situa-

---

<sup>20</sup> Orden 1929/2009, de 24 julio, que modifica la Orden 7641/2004, de 28 de diciembre de 2004, que regula las subvenciones en el ámbito de la colaboración con las Corporaciones Locales para la contratación de trabajadores desempleados en la realización de obras y servicios de interés general y social, y aprueba la segunda convocatoria de subvenciones para el año 2009. BO. Comunidad de Madrid 7 agosto 2009, núm. 186.

<sup>21</sup>La cual regula y convoca subvenciones destinadas a la implantación de planes integrales de Empleo para la recolocación de trabajadores afectados por procesos de reconversión o de reestructuración de empresas, para el periodo 2009–2010. D.O. de la Comunidad Valenciana 30 enero 2009, núm. 5944.

ción de desempleo como consecuencia de un expediente de regulación de empleo autorizado por la autoridad laboral competente al amparo de lo dispuesto en el TRLET; siendo beneficiarias de esta convocatoria de ayudas tanto las entidades promotoras de proyectos de inserción –fundamentalmente asociaciones empresariales sectoriales, pero también administraciones locales, «*entidades que surjan de los pactos territoriales por el Empleo*» y entidades sin ánimo de lucro–, como las entidades empleadoras que efectúen las contrataciones de los desempleados participantes en los proyectos de inserción. Además, la Orden de 30 septiembre de 2009<sup>22</sup> contempla un programa de ayudas destinadas a la realización de planes integrales de empleo para 1.170 «*desempleados procedentes del sector cerámico de la provincia de Castellón*», cuyo último contrato de trabajo se haya extinguido preferentemente entre el 25 de septiembre de 2008 y el 24 de junio de 2009 por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, bien a través del procedimiento de regulación de empleo establecido en los artículos 51 y 57 bis del TRLET, o bien cuando la extinción del contrato de trabajo sea por las causas objetivas contempladas en el artículo 52 c) TRLET.

En la *Comunidad Autónoma del País Vasco*<sup>23</sup> la Orden de 9 septiembre 2009 regula ayudas económicas para el fomento de la «*mejora de la cualificación profesional de los trabajadores y trabajadoras afectados por un expediente de regulación de empleo autorizado que conlleve la suspensión de contratos de trabajo*». Se prevén ayudas destinadas a la financiación de los planes formativos presentados por las empresas, así como *ayudas individuales para los trabajadores afectados*<sup>24</sup> por el expediente de regulación de empleo que implique la suspensión de su relación laboral, que participen con aprovechamiento en dichos planes de formación o, en determinadas situaciones previstas, en las acciones formativas de los planes de formación continua de oferta que se convoquen de forma ordinaria.

Ejemplar resulta ser la Orden EYE/1120/2009, de 20 mayo, de la Consejería de Economía y Empleo de la *Junta de Castilla y León* gracias a la cual se convocan para el año 2009 *medidas de mejora de la ocupabilidad* a través de una línea de

---

<sup>22</sup> Regula y convoca subvenciones destinadas a la implantación de planes integrales de empleo para la recolocación de trabajadores excedentes del sector cerámico de la provincia de Castellón. D.O. de la Comunidad Valenciana, de 5 de octubre 2009, núm. 6116.

<sup>23</sup> Orden de 9 septiembre 2009, que convoca en 2009 ayudas económicas a la formación de los trabajadores y trabajadoras afectados por un expediente de regulación de empleo que conlleve la suspensión del contrato de trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco. BO. País Vasco 18 septiembre 2009, núm. 180.

<sup>24</sup> La ayuda máxima a otorgar a los trabajadores y trabajadoras que participen en las acciones formativas se calculará sobre la base de 4 euros por cada hora de participación en formación, «*no pudiendo superar la cantidad recibida el límite máximo de 800 euros*». Suponen el límite a conceder por cada trabajador, tanto a la empresa por su formación como el propio trabajador como ayuda individual, durante todo el período o períodos de suspensión que afecten a su relación laboral en virtud de uno o varios expedientes de regulación de empleo que le sean autorizados durante la situación de crisis que atraviese la empresa.

ayudas destinadas a *trabajadores/as afectados por expedientes de regulación de empleo de suspensión de contratos de trabajo y a trabajadores con 55 ó más años de edad, por extinción de sus contratos de trabajo, por declaración de insolvencia de la empresa o en procedimiento concursal*, en el ámbito de Castilla y León<sup>25</sup>. Estas ayudas tienen por objeto, paliar el efecto negativo que para la situación económica de los trabajadores afectados, derive de procesos industriales recesivos, que conlleven pérdida de actividad y empleo, a través de los programas que se regulan. El *programa I*, establece ayudas que tienen por objeto compensar la pérdida de poder adquisitivo de los/as trabajadores/as afectados/as por expedientes de regulación de empleo, de suspensión de contratos de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.1 del TRLET, autorizados por la Autoridad Laboral o judicial competente, y que hayan concluido el período de consultas con acuerdo entre las partes, siempre que los expedientes de regulación de empleo afecten a un máximo de 250 trabajadores en cada centro de trabajo que la empresa tenga en el ámbito de Castilla y León. Las ayudas a las que se refiere este programa irán destinadas, tanto a los trabajadores con suspensión completa, como a aquellos afectados por suspensión parcial de la jornada de trabajo. Podrán solicitar dichas ayudas los trabajadores afectados, cuyas suspensiones de contratos de trabajo se hayan hecho efectivas durante el período subvencionable (comprendido entre el 1 de noviembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2009). Pero, no podrán acceder a estas ayudas aquellos trabajadores cuyos ingresos brutos mensuales, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, superen los 2.500 euros, o cantidad proporcional en los supuestos de trabajadores vinculados a la empresa por contrato de trabajo a tiempo parcial. Para poder acceder a la ayuda, la suspensión de contratos autorizada por uno o varios expedientes de regulación de empleo, ha de tener una duración de al menos 15 días en el período subvencionable. En los supuestos de expedientes de regulación de empleo que autoricen la suspensión parcial de la jornada, la duración mínima para poder acceder a la ayuda, será el equivalente a 15 jornadas completas. La cuantía se fijará en 8 y 10 euros por jornada completa efectiva de suspensión de contratos, según el tramo de base de cotización por contingencias comunes a que pertenezca el trabajador, de acuerdo con la siguiente escala: para bases de cotización de hasta 1.900 euros, una ayuda de 10 € por cada jornada completa de suspensión. Y, para bases de cotización superiores a 1.900 euros, una ayuda de

---

<sup>25</sup> BO. Castilla y León 26 mayo 2009, núm. 97. Además, téngase en cuenta la Orden EYE/1751/2009, de 24 julio, que modifica la Orden EYE/1120/2009, de 20-5-2009, que convoca para el año 2009 medidas de mejora de la ocupabilidad a través de una línea de ayudas destinadas a trabajadores/as afectados por expedientes de regulación de empleo de suspensión de contratos de trabajo y a trabajadores con 55 o más años de edad, por extinción de sus contratos de trabajo, por declaración de insolvencia de la empresa o en procedimiento concursal, en el ámbito de Castilla y León. BO. Castilla y León 1 septiembre 2009, núm. 167. También, *vid.* Ley 2/2009, de 30 marzo, de concesión de un crédito extraordinario y un suplemento de crédito para financiar medidas de apoyo a trabajadores desempleados e incentivos a la inversión. BO. Castilla y León 3 abril 2009, núm. 64.

8 € por cada jornada completa de suspensión. Las bases de cotización a que se refieren los tramos anteriores, se entenderán reducidas proporcionalmente, para aquellos trabajadores afectados con contratos de trabajo a tiempo parcial, dando lugar a la reducción proporcional de la cuantía de la ayuda. Las ayudas económicas se devengarán por jornada laborable completa de suspensión dentro del período autorizado. Cuando la suspensión de la jornada laboral autorizada sea parcial, se traducirá el total de horas de suspensión a jornadas completas, a efectos de calcular el importe de la ayuda, no teniéndose en consideración la fracción de jornada resultante, en su caso. En todo caso, la cuantía a percibir por el trabajador beneficiario de la ayuda durante la suspensión, nunca podrá superar, sumando el salario abonado por la empresa, la prestación por desempleo, el complemento que, en su caso, se haya comprometido a aportar la empresa y la ayuda de la Junta de Castilla y León, la cantidad que hubiera percibido el trabajador de acuerdo con su categoría profesional en un mes de no suspensión. La ayuda tendrá una duración máxima de 120 días y en los supuestos de expedientes de regulación de empleo que autoricen la suspensión parcial de la jornada, la duración máxima de la ayuda, será el equivalente a 120 jornadas completas, que pueden haberse autorizado en uno o varios expedientes de regulación de empleo dentro del período subvencionable.

Haciendo referencia al *programa II*, sus ayudas tienen por objeto compensar a los trabajadores con 55 o más años de edad, que vean extinguido su contrato de trabajo en la empresa a la que lleven vinculados más de tres años, la minoración del importe de la indemnización por extinción de sus contratos, derivada de la situación de insolvencia de la empresa o extinción de contrato producida en el marco de un procedimiento concursal, ya que en estos supuestos, la indemnización que abona el Fondo de Garantía Salarial, está sometida a los límites establecidos en el art. 33.2 del TRLET. La cuantía específica depende de la antigüedad de los trabajadores en la empresa; si ésta es de entre 3 y 10 años y cuya base de cotización media por contingencias comunes de los últimos seis meses de ocupación cotizada sea igual o inferior a 1.900 euros, la ayuda será de 1.200 euros. Y, si su base de cotización media es superior a 1.900 euros, la ayuda será de 960 euros. Los trabajadores con una antigüedad en la empresa superior a 10 años y cuya base de cotización media por contingencias comunes, durante los últimos seis meses de ocupación cotizada sea igual o inferior a 1.900 euros, la ayuda será de 1.800 euros; si su base de cotización fuese superior a 1.900 euros, le corresponderá una ayuda de 1.440 euros. Las bases de cotización a que se refieren los tramos anteriores, se entenderán reducidas proporcionalmente, para aquellos trabajadores afectados con contratos de trabajo a tiempo parcial, dando lugar a la reducción proporcional de la cuantía de la ayuda.

La Consejería de Educación, Formación y Empleo de la *Región de Murcia* mediante Orden de 24 julio 2009<sup>26</sup>, regula subvenciones para las empresas en pro-

---

<sup>26</sup> Orden de 24 julio 2009, Regula las bases para conceder subvenciones en ayudas previas a la jubilación ordinaria de los trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas. BO. Región de Murcia 6 agosto 2009, núm. 180.

cesos de reestructuración en relación a sus trabajadores que cesen en las mismas por las causas previstas en los artículos 51 y 52.c) del TRLET; para facilitar una cobertura económica de sus trabajadores afectados por los procesos de extinción de relaciones de trabajo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, hasta tanto se alcance la situación de jubilación, en su modalidad contributiva en el sistema de la Seguridad Social. Las empresas podrán pedir la ayuda para aquellos trabajadores que al alcanzar la edad ordinaria para el acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, en el régimen de la Seguridad Social de encuadramiento, pudieran tener cubierto el período de cotización exigido para causar derecho a la citada pensión de jubilación en dicho régimen, estén en alta o situación asimilada en el mismo y tengan 60 años de edad, real o teórica por aplicación de coeficientes reductores de edad, como mínimo, cuando accedan al sistema de ayudas. La cuantía inicial de la ayuda será el 75 por 100 del resultado de dividir entre siete la suma de las bases de cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, excluidas las horas extraordinarias, correspondientes a los seis meses anteriores a la fecha de efectividad de la ayuda, sin que, en ningún caso, puedan superar a la pensión máxima establecida en el Régimen General de la Seguridad Social para el año en el que tenga lugar dicha efectividad. Durante el período de percepción de la ayuda, el trabajador afectado será considerado en situación asimilada al alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, a efectos de continuar cotizando por él por el tipo correspondiente a contingencias comunes establecido para el año de efectividad de la ayuda.

El Servicio de Empleo de las Islas Baleares en virtud de resolución de 24 febrero 2009<sup>27</sup> crea un *«fondo para la concesión de anticipos reintegrables destinados a colectivos afectados por procesos de extinción del contrato de trabajo como consecuencia de despidos colectivos o individuales o en el ámbito específico de un concurso de acreedores»*. Pero, en el momento de la solicitud de esta prestación, no deberán tener empleo ni deberán estar en una situación legal de paro que les pueda permitir la obtención inmediata de las prestaciones económicas, contributivas y/o asistenciales, de desempleo. Sus retribuciones líquidas, en cómputo anual, no deberán ser superiores al 300% del salario mínimo interprofesional, excluidas las pagas extras. Y, además, será necesario que sean trabajadoras o trabajadores *«afectados por expedientes de regulación de empleo»*, tramitados ante la autoridad laboral o en el ámbito de un concurso de acreedores, en que la empresa haya cesado en su actividad y haya incumplido de manera total la obligación de pagar los salarios durante, al menos, los tres meses anteriores a la presentación de la solicitud del expediente de regulación de empleo o del concurso, o que, a partir de la presentación del concurso de acreedores en el Juzgado Mercantil, hayan transcurrido más de tres meses y la empresa no haya abonado los correspondientes sa-

---

<sup>27</sup> BO. Islas Baleares de 28 febrero de 2009, núm. 31.

larios y que hayan reclamado contra la decisión empresarial de despido en conciliación y no se haya reconocido la improcedencia del despido. En estos casos, entre la fecha de la conciliación previa en la que no se reconoce la improcedencia del despido y la fecha de celebración del juicio de despido deben haber transcurrido más de tres meses.

Diversas CC.AA. convocan subvenciones para la promoción del empleo *autónomo* de los trabajadores afectados por reestructuraciones de plantilla. En este sentido, destaca el Decreto 25/2009, de 20 febrero, de la Consejería de Igualdad y Empleo de *Extremadura*<sup>28</sup> que regula ayudas de 10.500 euros para los *desempleados provenientes de expedientes de regulación de empleo* que se establezcan como trabajador autónomo.

Algunas CC.AA. como *v.gr.* Decreto 142/2009, de 29 septiembre de la Consejería de Empleo de Castilla-La Mancha<sup>29</sup> contemplan subvenciones a cooperativas, sociedades laborales y a las asociaciones o federaciones de estas entidades con el fin de favorecer su creación, desarrollo y competitividad, así como la creación de empleo para personas desempleadas *procedentes de expedientes de regulación de empleo con extinción de contratos*.

Es frecuente en las CC.AA. regular subvenciones para la *contratación indefinida de trabajadores afectados por reestructuraciones de plantilla*. En concreto, «trabajadores provenientes de un expediente de regulación de empleo»<sup>30</sup>; o, que hayan sido despedidos por causas del art. 52.c) del TRLET<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Decreto 25/2009, de 20 febrero que modifica el Decreto 114/2008, de 6-6-2008, por el que se regulan ayudas para el fomento del autoempleo (DO. Extremadura 27 febrero 2009, núm. 40). También, *vid.* la Orden 23/2009, de 26 marzo de la Comunidad Autónoma de La Rioja (BO. La Rioja 3 abril 2009, núm. 43); Orden de 23 diciembre 2008, que regula y convoca la concesión de subvenciones de fomento del empleo dirigido a emprendedores para el año 2009 (Diari Oficial de la Comunitat Valenciana, de 12 enero de 2009, núm. 5930).

<sup>29</sup> Regula subvenciones para promover la creación, el desarrollo y la competitividad de las empresas de economía social de Castilla-La Mancha y para la generación de empleo (DO. de Castilla-La Mancha, de 2 de octubre 2009, núm. 193). También, *vid.* Decreto 57/2009, de 14 abril, de promoción del empleo en cooperativas y sociedades laborales (BO. Aragón de 24 de abril de 2009, núm. 77).

<sup>30</sup> Decreto 63/2009, de 20 marzo, que modifica el Decreto 109/2008, de 23-5-2008, por el que se establecen las bases reguladoras de las subvenciones para el fomento del empleo de calidad en la contratación indefinida, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura (DO. Extremadura 26 marzo 2009, núm. 59). Decreto 56/2009, de 14 abril, de promoción de la contratación estable y de calidad (BO. Aragón de 24 abril de 2009, núm. 77).

<sup>31</sup> Resolución de 6 marzo 2009, que convoca subvenciones para el año 2009, cofinanciadas por el Fondo Social Europeo, para el fomento del empleo por cuenta ajena (BO. Castilla y León de 11 marzo de 2009, núm. 48).

#### 4. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Actualmente, cabe estimar que resulta necesaria una «redefinición del papel de las Administraciones Públicas» para una mayor relevancia de las intervenciones en materia de regulación de empleo conectadas con la satisfacción de los objetivos de política socio-laboral recogidos en el art. 40 CE<sup>32</sup> y concordantes. Si bien se constata que las subvenciones estatales para determinados sectores y las autonómicas continúan siendo la principal técnica como instrumento de actuación<sup>33</sup>, especialmente para la contratación de los trabajadores<sup>34</sup> afectados por los ERE; también, debe valorarse la idoneidad de la concesión de ayudas económicas y otras técnicas de intervención complementarias<sup>35</sup> «para la protección sociolaboral y la reinserción profesional de los excedentes»<sup>36</sup>; aunque, hay que criticar que serían más eficientes socialmente «medidas de política de empleo preventivas»<sup>37</sup>. Se detecta en el estudio comentado que existen multiplicidad de medidas autonómicas cuyo contenido se caracteriza por la heterogeneidad de las diversas opciones de política legislativa coyuntural o incluso experimental<sup>38</sup>. En todo caso, cabe concluir que estas intervenciones públicas ante las reestructuraciones de plantilla constituyen una de las diversas modalidades de actuación administrativa como instrumento específico necesario para el progreso socio-económico<sup>39</sup>, que debe respetar la normativa europea sobre libre competencia<sup>40</sup>.

---

<sup>32</sup> Cfr. Matía Prim, I.: «Artículo 40»; en Casas Baamonde, M.E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (Dirs.): *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*. Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 40.

<sup>33</sup> Saragossà Saragossà, J.V.: «Los ámbitos de la política de empleo (II)»; en id. (Coord.): *Derecho del Empleo*. Tirant lo blanch. Valencia, 2004, p. 267. Sempere Navarro, A.V. et. al.: *Políticas sociolaborales*. Tecnos, 3ª ed. 2005, p. 84.

<sup>34</sup> Molina Hermosilla, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*. Mergablum. Sevilla, 2005, p. 262. Palomeque López, M.C.: «Estado autonómico y constitución social: las políticas autonómicas de bienestar social»; en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, N. (Dir.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Comares. Granada, 2002, p.1970.

<sup>35</sup> Molina Hermosilla, O.: *La dimensión ... op.cit.*, p. 263-265.

<sup>36</sup> García Gil, Mª.B.: Los instrumentos jurídicos de la política de empleo. Aranzadi. Navarra, 2006, p. 337.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Sempere Navarro, A.V. et. al.: *Políticas...op.cit.*, p.73.

<sup>39</sup> Cfr. Mercader Uguina, J.R.: *Derecho Administrativo Laboral*. Tirant lo blanch, 2ª ed. Valencia, 2004, p.147 y ss.

<sup>40</sup> Martínez Fons, D.: «Los efectos de la normativa comunitaria relativa a las ayudas de estado sobre las políticas de empleo en los procesos de reestructuración empresarial»; en AA.VV.: *Las rela-*

El intervencionismo público no debe limitarse a la histórica actividad de autorización de ERE; sino que, por la potencial afectación al desarrollo socio-económico de un ámbito geográfico determinado, ello «pone de manifiesto la necesidad extraordinaria de un intervencionismo público más acentuado» ante la insuficiente regulación<sup>41</sup>, para dar cobertura institucional mediante un amplio conjunto de medidas para el tratamiento de los excedentes de personal con políticas activas y reparadoras amortiguando con medidas socio-laborales activas como una nueva técnica de intervención administrativa evolucionada de la autorización prevista para los expedientes de regulación de empleo<sup>42</sup>. Ante las actuales deficiencias del Sistema español de Seguridad Social<sup>43</sup>, las Comunidades Autónomas pueden actuar mediante técnicas distintas como asistencia social externa al sistema de la Seguridad Social. Valoramos la necesaria interpretación práctica del art. 41 CE para legitimar estas nuevas actuaciones administrativas ante las situaciones de necesidad generadas por la crisis como «nueva fase de la protección social»<sup>44</sup> para garantizar una permanente adaptación a las nuevas circunstancias socio-laborales. El concepto constitucional de asistencia social es lo suficientemente holgado para comprender distintas opciones organizativas. La organización administrativa que haya de servir de soporte para tales las acciones puede v.gr. implementar «una gestión asistencial subvencionada y supervisada»<sup>45</sup>, siendo factible potenciar diversidad de prestaciones de protección social ante situaciones de necesidad específicas considerando la extraordinaria variabilidad del contenido de la asistencia social que puede implicar diversidad de necesidades a atender y ello faculta a la adopción de varias opciones de gestión y organización administrativa de la acción protectora de los poderes públicos. Por consiguiente «siendo como es la acción protectora de la asistencia social una acción protectora individualizada para atender situaciones muy diversas y particulares, tiene mucho sentido la previsión constitucional de descentralizar competencias en las Comunidades Autónomas»<sup>46</sup>; conformando las me-

---

*ciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas*. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AEDTSS. Ministerio de Trabajo. Madrid, 2006, pp. 252-271.

<sup>41</sup> Monereo Pérez, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*. Comares. Granada, 2006, pp. 112-113.

<sup>42</sup> Serrano García, J.M.: *El plan social en los despidos colectivos*. Lex Nova. Valladolid, 2002, pp. 277-302.

<sup>43</sup> Baylos Grau, A., Romero Rodenas, M<sup>a</sup>.J.: «Centralización y descentralización en el modelo español de federalismo social. (La asistencia social como ejemplo)»; en Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C., Moreno Vida, N.: (Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*. Comares. Granada, 2008, pp. 168-170.

<sup>44</sup> Baylos Grau, A., Romero Rodenas, M<sup>a</sup>.J.: «Centralización ...» *op. cit.*, p. 173.

<sup>45</sup> Martín Valverde, A.: «Asistencia social: Propuesta ...» *op. cit.*, p. 1149.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 1151.

didadas analizas otras de las formas de protección social pública<sup>47</sup>. En este sentido, la CE ampara que las CC.AA puedan desarrollar una política social propia en su territorio en aras de que la iniciativa autonómica perfeccione el sistema español de protección social<sup>48</sup> y en el presente contexto socio-económico es necesaria una colaboración con el Estado para la satisfacción de las necesidades sociales de las personas afectadas. Atendiendo a la existente distribución irregular de la situación de trabajadores afectados por ERE en España, resulta necesario la «adopción en cada concreto territorio de distintas técnicas de intervención, en función de cuál sea la situación que presente el mercado de trabajo»<sup>49</sup>, siendo «las CC.AA, precisamente, las consideradas en la actualidad como los espacios más adecuados para llevar a cabo la ordenación y el desarrollo de una política de empleo específica, capaz de tomar en consideración las peculiaridades que presenta el mercado de trabajo en cada una de estas unidades territoriales»<sup>50</sup>, cuyo potencial es la adaptabilidad a las exigencias y características propias de cada uno de los mercados de trabajo autonómicos<sup>51</sup>. En definitiva, es necesario el impulso de nuevas formas de protección social en el «nuevo contexto de riesgos socioeconómicos»<sup>52</sup> con el objetivo de «facilitar un funcionamiento más satisfactorio de la protección legal contra el despido» como «una transformación del papel de la Administración Laboral menos de policía y de control y mucho más proactiva con intervenciones de mercado de trabajo y en las relaciones laborales»<sup>53</sup>. La Administración laboral debe intervenir ante la repercusión y efectos socio-económicos generales de los expedientes de regulación de empleo<sup>54</sup> articulando acciones más perfeccionadas que las existentes hasta la fecha presente, de conformidad con las exigencias que los actuales retos contemporáneos plantean.

---

<sup>47</sup> Martínez-Gijón Machuca, M.Á.: *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social. España y la Unión Europea*. CES. Madrid, 2005, p. 251.

<sup>48</sup> Suárez Corujo, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías*. Iustel. Madrid, 2006, pp. 294-297.

<sup>49</sup> Molina Hermosilla, O.: *La dimensión... op. cit.*, p. 248.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 250.

<sup>51</sup> Fernández López, M<sup>a</sup>.F., Morales Ortega, J.M.: «Comunidades Autónomas, Empleo y Unión Europea»; en Fernández López, M<sup>a</sup>.F. (Dir.): *Política Social Europea y Comunidades Autónomas*. Merqabulum. Sevilla, 2007, p.185.

<sup>52</sup> Molina Navarrete, C.: «Al «rescate» de los desempleados «por un puñado de euros»: «compra de empleos» y tragicomedia del «crash 2008»»; *Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 310, 2009, pp. 3-38.

<sup>53</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: «Autonomía y Heteronomía en los expedientes de regulación de empleo»; *Temas Laborales*, núm. 99, 2009, p. 105.

<sup>54</sup> Cruz Villalón, J.: «Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma»; *Temas Laborales*, núm. 99, 2009, p. 45.

# **LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y LOS EXPEDIENTES (EXTINTIVOS) DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSALES**

Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz  
Profesor de la Universitat Oberta de Catalunya

## ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO: LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO Y LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO
2. LA RESTAURACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PREVIA
3. CRISIS CONCURSAL Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO
4. VALORACIÓN FINAL

## 1. PLANTEAMIENTO: LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO Y LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

El fenómeno de las empresas en dificultad puede dar lugar a dos regímenes diferenciados: en el caso extremo de insolvencia (y concurso) el de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal –en adelante, LC– ; en el caso de los desequilibrios que no desembocan en la declaración del concurso del empresario deudor, el régimen del TRET y normas complementarias.

Como se sabe, la LC prevé una fase común en el procedimiento concursal que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación, que son las dos soluciones del concurso. La fase común se abre con la declaración de concurso y concluye con la resolución del Juez del concurso, abriendo la fase de convenio o de liquidación, según proceda, una vez presentado el informe de la administración concursal y transcurrido el plazo de impugnaciones o resueltas las formuladas contra el inventario o contra la lista de acreedores. Su finalidad es conocer al detalle el estado patrimonial del deudor a través de la determinación de las masas activa y pasiva del concurso. La LC toma como punto de partida, al menos conceptualmente, el principio de continuidad de la actividad empresarial y de los contratos<sup>1</sup>. En concreto, se manifiesta que la declaración del concurso no afecta por sí sola a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas (art. 61 LC). En esta línea, también se afirma que la declaración del concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor (art. 44.1 LC)<sup>2</sup>.

No obstante, excepcionalmente, cabe la posibilidad de que el Juez mercantil, a solicitud de los administradores concursales y previa audiencia del deudor empresario y de los representantes de los trabajadores en la empresa, acuerde el cese o la suspensión, total o parcial, de la actividad empresarial (art. 44 LC)<sup>3</sup>. En tal caso, si estas medidas supusieran la modificación y extinción colectivas o la sus-

---

<sup>1</sup> Segoviano Astaburuaga. *Continuidad de la actividad empresarial*. En “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social” (Coord. García-Perrote Escartín). Lex Nova. Valladolid, 2004, p. 179 a 181.

<sup>2</sup> Y, en el caso de que se suspendan las facultades de administración y disposición, serán los administradores concursales los encargados de impulsar las medidas necesarias para continuar la actividad empresarial (art. 44.3 LC). No obstante, como ha apuntado un sector de la doctrina, en tanto que la “Ley concede al deudor la facultad de optar por una solución liquidatoria del concurso, como alternativa a la de convenio, de suerte que, en la medida en que la norma facilita la liquidación directa, cabe dudar de la finalidad conservadora de la misma”. Del Rey Guanter, Martínez Fons y Serrano García. *El Régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. RMTAS nº 58, 2005, p. 280.

<sup>3</sup> Relativizando la “excepcionalidad” de las medidas de reestructuración empresarial, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. *La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales*. RL 2003 – II, p. 429.

pensión de las relaciones de trabajo deberá acudir a lo previsto en los arts. 8.2 y 64 LC<sup>4</sup>. Previsión que también recoge el TRET en el art. 57.bis, cuando afirma que “en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la LC”.

Como se sabe, la insolvencia del empresario, presupuesto objetivo del concurso, es motivo suficiente para alterar sobrevenidamente el contenido de lo pactado. En este sentido, la LC ha optado por una “delimitación flexible del presupuesto del concurso”<sup>5</sup>. En efecto, el estado de insolvencia del deudor concurre no sólo cuando es “actual”, esto es, cuando no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, sino que cuando la solicitud de la declaración de concurso provenga del propio deudor (debiendo justificar su endeudamiento y estado de insolvencia), también se admite cuando sea futuro, previsto como “inminente”<sup>6</sup>.

Sin duda, el concurso puede calificarse como una causa específica, incardinable en las genéricas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción<sup>7</sup>. Ahora bien, no puede olvidarse que su finalidad no es dar continuidad a la actividad empresarial para así posibilitar la continuidad de los contratos de trabajo a

---

<sup>4</sup> *Vid.* extensamente al respecto, Albiol Montesinos. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004, p. 50 y ss.

<sup>5</sup> Monereo Pérez. *Concurso y relaciones laborales. Efectos laborales de la declaración de concurso*. RL 2005 – II, p. 550. En términos similares, Molero Marañón. *El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal*. RL 2005 II, p. 623 y 624.

<sup>6</sup> Se entiende que es inminente cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. Art. 2.3 LC. No obstante, como apunta la doctrina, existe una tercera manifestación de insolvencia legal: la llamada “insolvencia cualificada”, por hecho externo concluyente aportado por acreedor o acreedores, o cualquier otro sujeto legitimado distinto del deudor (art. 3.1, 2 y 3 LC). Monereo Pérez. *Concurso y relaciones laborales...*, *op. cit.*, nota 11, p. 551. Como afirma Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, “de la Ley Concursal parece deducirse que la noción de insolvencia, como crisis económica, requiere la nota de imposibilidad patrimonial, de un déficit patrimonial, y que no permite la apertura del procedimiento concursal para prevenir previsibles dificultades futuras en el empresario. Pese a la definición flexible del concepto de insolvencia, ésta implica una situación actual de desequilibrio patrimonial, una incapacidad de abonar las deudas, que puede incluir, respecto a la insolvencia voluntaria, situaciones de insolvencia inminentes, pero no meras dificultades financieras de empresas o riesgos de crisis. La Ley no permite una operatividad meramente preventiva del procedimiento concursal, ni tampoco prevé medidas de ‘alerta’ preconcursal”. Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer. *La Ley Concursal y el contrato de trabajo...*, *op. cit.*, p. 423 y ss.

<sup>7</sup> Como apunta Ríos Salmerón, la intervención del Derecho del Trabajo y del Derecho concursal ante el fenómeno de las crisis empresariales o del también conocido como empresas en dificultad, se diferencia desde un punto de vista funcional como estructural. Estructuralmente, porque el Derecho concursal actúa en una fase muy avanzada de la crisis; mientras que el Derecho del Trabajo trata de hacerlo preventivamente. Las diferencias entre ambos ordenamientos frente a este fenómeno, desde un punto de vista funcional, se manifiesta en el hecho de que la intervención del Derecho Concursal comporta la abstención del Derecho del Trabajo. Ríos Salmerón. *La nueva Ley Concursal y los trabajadores*. AL nº 2, 2004, p. 140 y 141.

ella vinculados (como sucede en la legislación laboral), sino velar por la salvaguarda de los intereses de los acreedores<sup>8</sup> (y el interés del deudor a que sus derechos se limiten lo imprescindible); y sólo en el supuesto que para la satisfacción de tales intereses la continuidad de la actividad productiva sea aconsejable, deberán adoptarse las medidas oportunas para que ello sea posible<sup>9</sup>. Por consiguiente, existe una diferencia sustancial en el punto de partida (o presupuesto) de la “realidad” concursal y la extraconcursal, pues, en la primera, la estabilidad en el empleo tiene un carácter subsidiario o instrumental; mientras que en la legislación laboral tiene, como se sabe, carácter preeminente.

De esta aseveración no debería colegirse que el Derecho concursal descarte la posibilidad de saneamiento de la empresa (los arts. 44, 61 y 64 LC expresamente se refieren al intento de salvamento de la organización productiva<sup>10</sup>). Sin embargo, sí puede afirmarse que, pese a que existe una remisión al régimen (y la lógica) laboral que disciplina los supuestos de alteración contractual sobrevenida art. 64.11 LC, la matriz conceptual que disciplina el escenario concursal descrito, inevitablemente repercute en la delimitación dogmática de los supuestos resolutorios (y, en paralelo, en los suspensivos y modificativos). Situación, sin duda, conflictiva (y en cierto sentido contradictoria) desde un punto de vista jurídicoconceptual, por cuanto que evidencia la existencia de un desajuste operativo entre la LC y estas medidas de reestructuración, al menos, en la forma como las conceptúa la lógica extraconcursal.

Por otra parte, el régimen jurídico de la extinción del contrato conforme a la LC presenta algunas particularidades relevantes desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo (dos, en concreto) con respecto a su tratamiento conforme a la legislación extraconcursal: un primer aspecto destacable es la sujeción de toda alteración contractual que se proponga a la previa decisión de un tercero (en este caso, un Juez). En perspectiva, esta es una “vuelta” al modelo decisorio previsto durante la II República y durante el franquismo (aunque, como se sabe, repartido

---

<sup>8</sup> Lo que en palabras de Monereo Pérez supone el reconocimiento legal del principio “‘solutorio–satisfactivo’”, es decir, la satisfacción preferente de los créditos de los acreedores sobre cualquier otro objetivo”. Monereo Pérez. *Concurso y relaciones laborales...*, op. cit., p. 546. Vid. al respecto también, Desdentado Bonete. *La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación*. RL 2003 – II, p. 438; y García-Perrote Escartín y Muschi Loayza. *Medidas laborales en situaciones concursales*. En “Medidas laborales para empresas en crisis (coord. Sempere Navarro). Thomson–Aranzadi, 2009, p. 400.

<sup>9</sup> En términos similares, Monereo Pérez. *Concurso y relaciones laborales...*, op. cit., p. 554 y 555. Vid. al respecto también, Cruz Villalón. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*. RL 2003 – II, p. 514 a 517.

<sup>10</sup> Montoya Melgar. *Crisis de empresa y contrato de trabajo*. REDT n° 122, 2004, p. 208. De hecho, “no es condición sine qua non de la admisión a trámite del expediente de regulación de empleo, el que se haya acordado judicialmente la paralización de la actividad empresarial. No se aprecia tal exigencia en el texto del artículo 64 LC”. AJM Madrid (n° 1) 10 de diciembre 2008 (JUR 2009\185281).

entre los órganos jurisdiccionales –sólo para el despido y durante una primera etapa– y la Administración). Esto es, rompiendo con la dinámica seguida por la legislación laboral en los últimos años, la LC opta por restaurar la intervención previa. Y, el segundo aspecto merecedor de nuestra atención es que la LC presenta algunas deficiencias (lagunas) desde la perspectiva de técnica legislativa, suscitando, consiguientemente, algunos problemas aplicativos. En concreto, a diferencia del tratamiento extraconcursal, no se prevé una graduación del desequilibrio contractual exigido para poder llevar a cabo cada una de las alteraciones enunciadas. Circunstancia, sin duda, relevante, pues, dificulta la posibilidad de exportar al ámbito mercantil lo que en la doctrina laboral se conoce como ‘alienamiento funcional’ (o, también, secuencialidad, escalonamiento aplicativo u ordenación gradualista). Afectando, consiguientemente, a la propia génesis de las instituciones que posibilitan la reestructuración.

Pues bien, en la exposición lo más ordenada posible de estos dos aspectos consiste el propósito de las páginas que siguen.

## 2. LA RESTAURACIÓN DE LA INTERVENCIÓN PREVIA

La presentación ante el Juez de lo Mercantil de la solicitud de la declaración de concurso supone una alteración de los papeles que tradicionalmente han tenido asignados los diversos agentes que intervienen en las alteraciones contractuales por causas de empresa extraconcursoales. Así, es el Juez del Concurso el que tiene atribuida la facultad de acordar o autorizar la resolución, suspensión o modificación sustancial de las condiciones de los contratos (en perjuicio de la Autoridad Laboral para los dos primeros supuestos o del propio empresario en el caso de la modificación). En estos casos, el papel asignado a la Autoridad Laboral se circunscribe a la elaboración de un informe a solicitud del Juez del Concurso (art. 64.6 LC) y la jurisdicción laboral pierde toda competencia al respecto<sup>11</sup>.

La autorización previa (judicial o no) es, desde un punto de vista de política legislativa y de gestión de los conflictos de intereses, un mecanismo decisorio de carácter paternalista (en perjuicio de la autonomía de la voluntad de los afectados). Instrumento que, desde un punto de vista de la eficiencia, se justifica en tanto que se considera que posibilita la reducción de los costes de transacción entre todos los acreedores implicados. Es decir, la centralización de todo el proceso en manos de

---

<sup>11</sup> Además, se modifican las reglas de los sujetos legitimados para solicitar la adopción de las medidas laborales. En efecto, según el art. 64.2 LC están legitimados para solicitar al Juez del concurso la modificación, suspensión o resolución del contrato, “la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales”.

un tercero (en este caso, el órgano jurisdiccional) aspira a posibilitar una mejor solución para todos los intereses concurrentes a la que se obtendría sin su participación. No obstante, se trata de un mecanismo de intervención peculiar, pues, lejos de limitar la autonomía de voluntad de los afectados, la promueve. En efecto, como se sabe, la LC (al igual que la legislación laboral) exige la obligatoria celebración de un período de consultas con los representantes de los trabajadores, dibujando, consiguientemente, un espacio de libre negociación. De modo que el objetivo del proceso muta, pues, salvo que no exista acuerdo o de existir no sea satisfactorio, la intención del Legislador es precisamente lo contrario a lo que, por naturaleza, correspondería a una medida de carácter paternalista: se persigue, precisamente, el juego transaccional entre los directamente afectados (se fomenta el juego de la autonomía de la voluntad) y, para ello, se aspira a que se desarrolle en las mejores condiciones posibles. Y, más concretamente, que los afectados dispongan de la mayor y mejor información posible, con el objeto de que sus decisiones se ajusten a la solución más satisfactoria (y así evitar lo que en términos económicos se conoce como “asimetría de información”). Proceso que, al igual que en el ámbito extraconcurzal, debe valorarse positivamente desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, defendiendo la idoneidad de la intervención previa como mecanismo para solventar situaciones en las que concurren una heterogeneidad de intereses, la asignación de estas funciones a los órganos jurisdiccionales, en perjuicio del papel que tradicionalmente la lógica extraconcurzal se ha asignado a la Administración, arroja un resultado insatisfactorio. La LC atribuye al Juez mercantil una serie de competencias que lo trasladan extra muros de lo que tradicionalmente se ha entendido que debe ser la función jurisdiccional<sup>12</sup>. Es claro que la tarea encomendada está referida a un conflicto de intereses y no jurídico<sup>13</sup>. Por otra parte, y derivado de lo anterior, consideramos que es dudoso que el juez del concurso sea la persona más idónea para dar respuesta al conflicto que

---

<sup>12</sup> Sin duda, como afirma Fernández López, que cita a Nigro, “no se le ha encomendado propia y solamente la función de ‘asegurar de manera neutra e imparcial, la justa conciliación de los intereses en juego’, sino que se le ha empujado a desempeñar funciones de especialización técnica en dirección de empresas que, hasta cierto punto, desnaturalizan su papel”. Así, se pone en manos del Juez del Concurso facultades que le conducen directamente a desarrollar funciones que no son ni siquiera jurisdiccionales, sino más propiamente administrativas o, en su extremo, empresariales”. Fernández López. *Delimitación de competencias entre el Juez de lo mercantil y el Juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas surgidos de la Ley 22/2003, concursal*. RDS nº 26, 2004, versión digital (TOL 474396). *Vid.* también, Desdentado Bonete. *La reforma concursal y el proceso social...*, *op. cit.*, p. 445 y 446; y Cruz Villalón. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, *op. cit.*, p. 521 y 522.

<sup>13</sup> Incluso, algunos autores ponen dudas que pueda hablarse en rigor de un “proceso”. Fernández Villarino. *El juez del concurso y los expedientes de regulación de empleo*, *op. cit.*, p. 233; y García-Peñero Escartín y Muschi Loayza. *Medidas laborales en situaciones concursales*, *op. cit.*, p. 402.

debe resolver. Quizás, lo idóneo sería que la Administración concursal, tuviera atribuida esta facultad<sup>14</sup>; y, eventualmente, fuera el juez del concurso el encargado de resolver las impugnaciones que pudieran plantearse<sup>15</sup>.

### 3. CRISIS CONCURSAL Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO

La declaración del concurso no es motivo suficiente para resolver los contratos<sup>16</sup>. Lo que no quita que se admita la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo (incluida la novación subjetiva), suspender o, incluso, resolver los contratos, como consecuencia del cierre total o parcial de la empresa o de unidades productivas, bien, por cesación de la actividad empresarial, o bien, para llevar a cabo un proceso de reestructuración de la organización productiva; siempre y cuando reúnan ciertos requisitos<sup>17</sup>. Medidas en las que el Juez del Concurso asume un papel principal, pues, tiene la última palabra respecto de la adopción o no de tales medidas<sup>18</sup>. En efecto, el órgano jurisdiccional está facultado para autorizar una modificación, una suspensión, o bien, una resolución.

---

<sup>14</sup> Especialmente si se admite que “el juez de lo mercantil, ante los ERES, no sustituye al juez de lo social sino que viene a desarrollar las funciones ordinarias de la autoridad laboral”. Fernández Villarino. *El juez del concurso y los expedientes de regulación de empleo*. TL nº 98, 2009, p. 232 y 233.

<sup>15</sup> Propuesta defendida también por Cavas Martínez. *La competencia laboral de los jueces del concurso*. AS nº 9, 2009, versión digital (BIB 3009\863).

<sup>16</sup> Vid. al respecto, Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer. *La Ley Concursal y el contrato de trabajo...*, op. cit., p. 426 a 428.

<sup>17</sup> Por consiguiente, para el caso de que no se cumplan con estos requisitos, deberá procederse conforme a la legislación laboral, salvo en materia de ejecución. Mercader Uguina y Alameda Castillo. *Art. 64, op. cit.*, p. 1226 y ss. No obstante, un sector de la doctrina sostiene que el hecho de que no se cumplan estos requisitos no obsta que se tenga que seguir aplicando la normativa concursal. Albiol Montesinos. *Aspectos laborales de la Ley Concursal, op. cit.*, p. 105 y ss. Por otra parte, la doctrina ha criticado que en la redacción de la legislación concursal se ha visto influida por el Derecho administrativo no sólo desde un punto de vista terminológico, sino que ha determinado una anómala configuración del procedimiento judicial, excesivamente influido por el administrativo. Montoya Melgar. *Crisis de empresa y contrato de trabajo, op. cit.*, p. 213.

<sup>18</sup> En cuanto al tratamiento jurídico que deba dispensarse a los expedientes de regulación de empleo y de suspensión todavía no resueltos en el momento de declararse el concurso, un sector de la doctrina, estima, pese a que la LC no lo prevea expresamente, que debe atribuirse la competencia al Juez del concurso. Vid. al respecto, De la Puebla Pinilla. *Art. 64*. En “Comentarios a la Ley Concursal” (Coord. Rodrigo Bercovitz y Rodríguez-Cano). Tecnos. Madrid, 2004, p. 727; y Mercader Uguina y Alameda Castillo. *Art. 64*. En “Comentario de la Ley Concursal” (Coord. Rojo y Beltrán). Civitas. Madrid, 2004, p. 1208. Otros autores, estiman que en aplicación del art. 51.1 LC se trata de una cuestión supeeditada al criterio del Juez del concurso. Gil Ferro. *La Ley concursal y su afectación sobre el proceso la-*

Centrándonos en la posibilidad de resolver los contratos, el Juez del concurso sólo debe autorizar las resoluciones que – conforme a los criterios laborales tienen el calificativo de “colectivas”, y no, por tanto, aquellas resoluciones que no tengan tal consideración (esto es, las realizadas al amparo del art. 52.c) TRET<sup>19</sup>), pues, el Juez del concurso sólo debe autorizar aquello que en las situaciones extraconcursoales autoriza la Autoridad Laboral<sup>20</sup>. No obstante, cuando la resolución afecte a la totalidad de la plantilla, deberá acudirse a las normas concursales (sin posibilidad de aplicar el art. 52.c TRET)<sup>21</sup>. En este caso, los trabajadores, por lo menos <sup>22</sup>, tienen derecho a la indemnización legal tasada prevista en la legislación laboral *ex art. 51.8 TRET*. Aspecto relevante desde la perspectiva de la estabilidad en el empleo, por cuanto que, a medida que se encarece el “precio de salida”, en hipótesis, se incrementan los incentivos para preservar el mayor número de trabajadores posible.

*boral*. En “Comentarios a la Ley Concursal” (Coord. Fernández de la Gándara y Sánchez Álvarez). Marcial Pons. Madrid, 2004, p. 335 y 336. Por otra parte, Mercader Uguina y Alameda Castillo estiman que en el supuesto inverso, es decir, en el caso de que desaparezca la situación de insolvencia, debe procederse a una tramitación *ex novo* a través del procedimiento administrativo previsto en el art. 51 Tret. Mercader Uguina y Alameda Castillo, *op. cit.*, p. 1208.

<sup>19</sup> En este sentido, AJM Sevilla (nº 1) 3 de enero 2006 (JUR 150381).

<sup>20</sup> García-Perrote Escartín. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*. En “La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social (Coord. García-Perrote Escartín). Lex Nova. Valladolid, 2004, p. 225; y Cruz Villalón. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, *op. cit.*, p. 523 y 524.

<sup>21</sup> Como derivación del art. 67.10 LC, AAJM Bilbao (nº 1) 3 de marzo 2005 (AC 332 y 217): “No exige la LC que además de afectar a la plantilla completa, el despido tenga que afectar a más de cinco trabajadores”. En contra, en la doctrina, De La Puebla Pinilla. *Art. 64*, *op. cit.*, p. 729 y 730.

<sup>22</sup> STSJ País Vasco 12 de septiembre 2006 (AS 2284). Un comentario al respecto en, Segalés Fidalgo. *La inexistencia de topes indemnizatorios para la extinción colectiva pactada en el contexto concursal (art. 64 LC)*. ASoc nº 17, 2006, versión digital (BIB 2006\1823). Admitiendo la posibilidad de pactar indemnizaciones superiores, AAJM Bilbao (nº 1) 29 de enero 2009 (JUR 87998); y 8 de mayo 2006 (JUR 271972); e, incluso, para el caso de que no haya liquidez para afrontar el pago, AJM Vitoria (nº 1) 19 de diciembre 2006 (AC 302). Según Segalés Fidalgo, aunque la Autoridad Laboral no está obligada a velar por los intereses de los acreedores concurrentes, en los supuestos de concurso, es exigible que el Juez mercantil los tenga en cuenta, debiéndose optar por una interpretación restrictiva en cuanto a la posibilidad de pactar indemnizaciones superiores a las legalmente previstas en los supuestos de extinciones que afectan a toda la plantilla. Pudiéndose adoptar un criterio más flexible cuando se trata de resoluciones parciales. En cambio, con mejor doctrina, admitiendo el carácter de mínimo de estas indemnizaciones y la posibilidad de pactar cantidades superiores, Albiol Montesinos. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 74 y 75; Rodríguez Achútegui. *Sobre el peculiar régimen indemnizatorio en los expedientes del art. 64 de la Ley Concursal*. Repertorio de Jurisprudencia nº 10, 2005, versión digital (BIB 2005\1138); Mercader Uguina y Alameda Castillo. *Art. 64*, *op. cit.*, p. 1222; De la Puebla Pinilla. *Art. 64*, *op. cit.*, p. 749; Martínez Garrido. *Art. 64*. En “Comentarios a la Ley Concursal” (Coord. Sagrera Tizón, Sala Reixachs y Ferrer Barriendos). Bosch. Barcelona, 2004, p. 769; García-Perrote Escartín y Muschi Loayza. *Medidas laborales en situaciones concursales*, *op. cit.*, p. 420; y Molero Marañón. *El régimen jurídico de la indemnización...*, *op. cit.*, p. 622. De hecho, como afirma

En cuanto a la tramitación del “expediente” judicial de regulación y los acuerdos de reorganización productiva ante el Juez concursal, pueden identificarse tres fases diferenciadas: fase de información y de justificación (i.), fase de consulta (ii.) y fase de resolución o intervención judicial (iii.).

i. En cuanto a la fase de información, para que el Juez del concurso autorice cualquiera de estas medidas debe aportarse la justificación de la medida que se propone y, además, en las empresas que empleen a más trabajadores, debe acompañarse del denominado plan social.

En cuanto a la descripción de los motivos, en concreto, es preceptivo que con la solicitud se acompañe un informe especificando “las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación” (art. 64.4 LC)<sup>23</sup>. Información que el Juez del concurso deberá facilitar a los representantes de los trabajadores en los casos en los la solicitud provenga del propio deudor o de la administración concursal, una vez hecha la solicitud y no de forma simultánea a la misma como se exige en los ERE (art. 64.5.3º LC).

En cuanto a la justificación de los motivos<sup>24</sup>, es importante reparar que, al igual que en los preceptos estatutarios, la LC es extraordinariamente ambigua a la hora de describir la intensidad del desequilibrio necesaria para que las medidas que se proponen estén justificadas<sup>25</sup>. Como se ha apuntado, la norma simplemente se re-

---

Pérez De Los Cobos Orihuel “suele ser el empresario el que, para hacer factible el acuerdo, fuerza la negociación al alza de las indemnizaciones”. Pérez De Los Cobos Orihuel. *Problemas laborales de la deslocalización de empresas*. AL nº 3, 2006, p. 257. En cambio, no es admisible la negociación sobre la antigüedad del trabajador para influir en la indemnización, SJM Bilbao (nº 1) 25 de mayo 2007 (AC 831).

<sup>23</sup> No obstante, es importante tener en cuenta que la adopción de estas medidas sólo podrá solicitarse del Juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere los arts. 74 y 75 LC, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar un grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso (art. 64.3 LC).

<sup>24</sup> La concursada está obligada a demostrar la concurrencia de la causa resolutoria alegada. AJM Madrid (nº 5) 22 de mayo 2009 (JUR 374103).

<sup>25</sup> Una posible explicación a este silencio legislativo, siguiendo la exposición de Cruz Villalón, es que el Legislador “presuma que una empresa que se encuentra declarada en concurso, a su vez, debida a una situación de insolvencia del empleador, constituye por sí misma causa justificativa, determinante de una situación de dificultad económica como para poder suspender o cerrar definitivamente la actividad empresarial y, con ella, suspender o despedir los correspondientes contratos de trabajo”. Sin embargo, a pesar de lo apuntado, no cabe realizar traslaciones automáticas sino que la realidad es mucho más compleja, especialmente, porque la intensidad de las insolvencias puede ser diversa. Cruz Villalón. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, op. cit., p. 528.

fiere a las “causas motivadoras”, a los “objetivos que se pretenden alcanzar” con las medidas que se proponen y, finalmente, que todo ello “asegure” la “viabilidad futura de la empresa y del empleo”. Sin embargo, de la redacción de la norma y tomando como referencia la legislación laboral, existen razones que confirman que la estabilidad en el empleo se encuentra en un plano claramente secundario. En primer lugar, se observa que la intensidad del desequilibrio exigido es la misma para todas las medidas. A diferencia del TRET, por tanto, no se establece una graduación en función de la medida que se pretende introducir (alineamiento funcional). Por consiguiente, no existe en la literalidad de la norma una relación secuencial entre las medidas, pudiéndose optar por cualquiera de ellas. Extremo que, como es fácil advertir, no contribuye a garantizar la continuidad de los contratos de trabajo. De todos modos, atendiendo a la propia exégesis de las instituciones que propician la alteración sobrevenida de lo pactado, parece lógico entender que debe existir algún tipo de graduación. De modo que la concreta alteración que se proponga debe corresponderse con un nivel de riesgo determinado (aumentándose el número de medidas posibles, a medida que el riesgo se incrementa)<sup>26</sup>. De todos modos, lamentablemente, creemos que las deficiencias que presenta la LC al respecto no pueden ser suplidas con lo dispuesto en el TRET<sup>27</sup>.

En segundo lugar, el precepto se refiere a que las medidas deben ir dirigidas a “asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo”. Teniendo en cuenta el contenido del art. 51 TRET, podría entenderse que la fórmula utilizada por la LC opta por una concepción más flexible, pues, se “alinea” con el desequilibrio exigido en los supuestos de resolución por “disminución de la eficiencia” – causas técnicas, organizativas o de producción (frente a la concepción más estricta exigida en los supuestos de “disminución de la rentabilidad” – causa económica). La cuestión está en determinar si el empleo del término “asegurar” *ex LC*, frente al de “garantizar” *ex art. 51 TRET*, tiene alguna repercusión en la delimitación del desequilibrio exigido. A nuestro juicio, se trata de términos semánticamente equivalentes. Por tanto, parece desprenderse, en cuanto a las resoluciones se refiere,

---

<sup>26</sup> De hecho, en la práctica, así se procede como atestigua el AJM Bilbao (nº 1) 11 de mayo 2009 (AC 1069) cuando afirma que “En definitiva, que es posible comenzar el expediente pidiendo la medida de más alcance, la extinción colectiva, y terminarlo con otra menos gravosa, como la suspensión colectiva”.

<sup>27</sup> A pesar de ello, un sector de la doctrina entiende que en aplicación de la cláusula de aplicación supletoria de la legislación laboral (art. 64.11 LC) cabe entender aplicables los desequilibrios exigidos en los arts. 40, 41, 47 y 51 TRET. García-Perrote Escartín. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*, *op. cit.*, p. 238; García-Perrote Escartín y Mercader Uguina. *Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales*. RL 2003 – II, p. 494; y Martínez Garrido. *Art. 64, op. cit.*, p. 751. Sin embargo, sin negar que ésta sería la interpretación deseable, es difícil imaginar una fórmula que permita compatibilizar la literalidad de la LC con el TRET. Lo que no ha impedido a los Juzgados de lo Mercantil a hacerlo, AJM Sevilla (nº 1) 16 de diciembre 2005 (JUR 2008\350835).

que la legislación concursal es menos estricta que la extraconcursal, pues, la intensidad del desequilibrio exigido es menor. Lo que redundaría negativamente en la posibilidad de dar continuidad a los contratos de trabajo.

Por otra parte, puede identificarse los intentos de la LC de superar las incoherencias que la doctrina laboral ha identificado en el TRET, cuando para resolver los contratos en los supuestos de cesación total de la actividad, se exige que la medida propuesta contribuya a superar una situación negativa de la empresa o a garantizar su viabilidad futura y el empleo. En cambio, en la legislación concursal, el empleo de la expresión “en su caso”, da a entender que la búsqueda de la viabilidad futura de la empresa y del empleo no es un objetivo que siempre deba perseguirse, pues, como es evidente, en ocasiones no será posible<sup>28</sup>.

En cuanto a la documentación que debe aportarse para acreditar estos extremos, destaca, en comparación con lo previsto en el TRET (en concreto, el art. 47.1.3º TRET) que debe aportarse la misma en todos los supuestos, con independencia, por tanto, de la alteración que se propone. Por otra parte, no se especifica qué concretos documentos deben facilitarse<sup>29</sup>. En este sentido, cabría entender que son aplicables los arts. 6, 7 y 20.b) Decreto 43/1996, aunque este silencio puede interpretarse como la voluntad del Legislador de otorgar libertad de criterio al respecto<sup>30</sup>. De todos modos, lo cierto es que la documentación que ha tenido que aportar el deudor, tanto en los supuestos de concurso voluntario como necesario, supera con creces a las previstas en el Decreto 43/1996<sup>31</sup>. Por otra parte, se plantea la duda respecto de si es exigible que se acompañe o no una relación concreta de

---

<sup>28</sup> En términos similares, Monereo Pérez. *Concurso y relaciones laborales...*, op. cit., p. 575 y 576.

<sup>29</sup> Si la solicitud proviene de los representantes de los trabajadores deberán aportar la documentación que estimen pertinente o, incluso, ninguna. Albiol Montesinos. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 64.

<sup>30</sup> Cruz Villalón. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, op. cit., p. 535.

<sup>31</sup> Albiol Montesinos. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 64. En términos similares, García-Perrote Escartín afirma que para el Juez del concurso probablemente sea más relevante el informe de la administración concursal que la información que pueda obtener por aplicación de los artículos citados del Decreto 43/1996. García-Perrote Escartín. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*, op. cit., p. 231. A pesar de lo apuntado, como afirma Cruz Villalón, es posible que el citado informe sea insuficiente. Cruz Villalón. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, op. cit., p. 535. Otros autores, en cambio, entienden que presentado el informe de la administración concursal la obligación de información sobre la fundamentación de las medidas debe ser suavizada. Mercader Uguina y Alameda Castillo. *Art. 64*, op. cit., p. 1209. De todos modos, lo cierto es que, en tanto que la resolución puede solicitarse con carácter previo a la elaboración del informe de la administración concursal, el sujeto solicitante deberá acreditar la idoneidad de la medida propuesta y el contenido de los arts. 6, 7 y 20.b) Decreto 43/1996 serán los medios de prueba más indicados.

los trabajadores afectados por la medida que se propone. A pesar de lo previsto en las situaciones extraconcursoales, en las que cabe otorgar una autorización genérica sin especificar los concretos trabajadores afectados, la doctrina laboral ha estimado que en el ámbito concursal no es posible, por lo menos, cuanto se esté hablando de resoluciones contractuales, pues, las indemnizaciones tienen el carácter de créditos contra la masa<sup>32</sup>.

Además, como se ha avanzado, en los supuestos de empresas que empleen a más de cincuenta trabajadores, debe aportarse “un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo” (art. 64.5.2º LC)<sup>33</sup>. Mención que, pese a no especificarse en el precepto, parece referirse al conocido en la legislación laboral como “plan de acompañamiento social”. No obstante, se trata de una previsión ciertamente ambigua y de difícil catalogación, atendiendo a la literalidad de los términos empleados<sup>34</sup>. En primer lugar, si se presta atención a su configuración en la LC, se observa que se ha desnaturalizado el sentido del citado plan, al menos, en los términos en los que se prevé en la legislación laboral, pues, como se recordará, su objetivo es prever las medidas paliativas para los trabajadores afectados por las resoluciones proyectadas en el ERE, y no, como sucede en la LC, para cualquier medida. Pudiéndose llegar a situaciones, especialmente en las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, en las que la aportación del citado plan sea muy limitada. Además, puede

---

<sup>32</sup> Albiol Montesinos. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 65. Un ejemplo en, AJM Cádiz (nº 1) 22 de mayo 2007 (AC 832). Como afirma Molero Marañón, la legislación concursal “se inclina por una resolución judicial del Juez del concurso que no deja apenas margen de apreciación para una posterior concreción individualizadora. El auto que dicta el Juzgado de lo Mercantil debe, no sólo resolver sobre la idoneidad de la medida colectiva instada, sino que si la estima como adecuada, debe identificar tanto el alcance general o colectivo como los efectos individuales que provoca su procedencia, fijando nominativamente los trabajadores afectados, así como las consecuencias económicas que derivan de su puesta en marcha”. Molero Marañón. *El régimen jurídico de la indemnización...*, op. cit., p. 637 y 638. En este sentido, se afirma que es necesario que “en la solicitud se concrete el petitum del solicitante, a efectos de respetar el principio de congruencia y de no provocar indefensión a los afectados, lo cual exige que se identifique nominativamente a los trabajadores”. No obstante, si la solicitud es genérica, el auto judicial debería limitarse a aceptar o rechazar las medidas solicitadas, requiriéndose un acto posterior, bien del empresario deudor o bien de la administración concursal. Solución de todos modos criticable por los efectos perversos que puede tener sobre las garantías del proceso. DE LA PUEBLA PINILLA. *Art. 64, op. cit.*, p. 737 y 746. Otros autores, en cambio, estiman que al tratarse de una cuestión no especificada legalmente es, por consiguiente, susceptible de ser concretada por la administración concursal, Mercader Uguina y Alameda Castillo. *Art. 64, op. cit.*, p. 1217 y 1218.

<sup>33</sup> La doctrina ha criticado su ubicación sistemática, pues, en vez de ubicarse en el art. 64.5 LC, dedicado al período de consultas, debería ubicarse en el apartado 4 del art. 64 LC ya que se trata de un documento preceptivo. García-Perrote Escartín. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*, op. cit., p. 232.

<sup>34</sup> La doctrina ha destacado las dificultades para determinar el contenido del citado plan, De la Puebla Pinilla. *Art. 64, op. cit.*, p. 738. Así como la debilidad de este requisito, Martínez Garrido. *Art. 64, op. cit.*, p. 763.

afirmarse que el contenido del plan se solapa con el contenido del informe dirigido a describir las causas motivadoras de las medidas que se proponen, pues, se refiere a la incidencia de las medidas en la “viabilidad futura de la empresa y del empleo”. En cualquier caso, cabe defender la aplicación supletoria de lo previsto al respecto en el TRET y, especialmente, en el Decreto 43/1996. Por otra parte, no parece que de la literalidad de la norma pueda extraerse la obligación de facilitar esta información a los representantes de los trabajadores. A pesar de ello, parece evidente que debe optarse por la interpretación contraria.

ii. Recibida la solicitud, y con independencia de quien haya solicitado la medida que está siendo objeto de discusión, el Juez debe convocar a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, con el deber de negociar de buena fe a fin de alcanzar un acuerdo<sup>35</sup>. La duración de las consultas no será superior (por tanto, plazo máximo) a 15 días naturales si se trata de una empresa que cuente con menos de 50 trabajadores o de 30 si tiene más, sin necesidad de que tenga que consumirse dicho término si se alcanza un acuerdo (art. 64.5.1º LC)<sup>36</sup>.

Finalizado el plazo con o sin acuerdo o en el momento que se consiga, la administración concursal y los representantes de los trabajadores deben comunicar al juez del concurso el resultado del período de consultas<sup>37</sup>. Es en este momento

---

<sup>35</sup> Repárese que quienes deben participar son los representantes de los trabajadores y la administración concursal y no el empresario deudor aunque haya hecho la solicitud de la medida. En cuanto a los concretos representantes de los trabajadores a los que se refiere la norma, siguiendo a ALBIOL MONTESINOS, si bien es cierto que en el ámbito extraconcursal, es el empresario el facultado para elegir a los interlocutores sociales, en el ámbito concursal, lo mejor es entender que la representación idónea es la unitaria (pues, lo más probable es que el Juez del concurso desconozca el nivel de implantación sindical en la empresa); salvo que la administración concursal o el deudor empresario hayan designado al interlocutor que estima más adecuado, o que los sujetos convocados estimen que las consultas deben realizarse con la representación sindical. Por otra parte, en cuanto al proceso de negociación, no parecen existir inconvenientes para aplicar las normas existentes al respecto en la legislación laboral. Albiol Montesinos. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, *op. cit.*, p. 67 y 70. En cambio, para De la Puebla Pinilla, en caso de concurrencia de solicitudes, debe acudirse a un criterio temporal, atendiendo el Juez concursal a la primera de las solicitudes presentadas. Y, para el caso de que la iniciativa no provenga de los trabajadores, se emplaza a las propias representaciones para que decidan y, en caso de discrepancia, debe decidirlo los propios trabajadores en asamblea. De la Puebla Pinilla. *Art. 64, op. cit.*, p. 734 y 740.

<sup>36</sup> El 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 las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos (art. 64.6.1º LC). Para el supuesto de que surjan discrepancias cabría entender aplicable lo previsto en el art. 85.1 TRET. Planteándose ciertas dudas cuando se prevea la solución de las consultas a través de un árbitro. Cruz Villalón. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, *op. cit.*, p. 542. Y, rechazando esta posibilidad, por completo, por entender que así se desprende del art. 52.1 LC, Mercader Uguina y Alameda Castillo. *Art. 64, op. cit.*, p. 1214.

<sup>37</sup> Comunicación que debe realizarse a la mayor brevedad posible y sin dilaciones. Por otra parte, la comunicación no debe limitarse a dar conocimiento del resultado de las consultas, sino que debe acompañarse las actas correspondientes y en todo caso, “un acta final comprensiva del contenido de las

cuando entra en juego la Autoridad Laboral, emitiendo un informe sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá estar listo en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión<sup>38</sup>. Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución (art. 64.6.2º LC).

iii.– Una vez cumplidos todos estos trámites expuestos, el Juez debe resolver (mediante auto) en un plazo máximo de cinco días, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado (convirtiéndose su decisión en un típico acto reglado<sup>39</sup>), salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho<sup>40</sup>. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral (art. 64.7.1º LC)<sup>41</sup>. Sin posibilidad de adoptar medidas distintas a las solicitadas, tal y como se deriva del principio de congruencia<sup>42</sup>. En cuanto a la libertad de apreciación del Juez del concurso, cabe preguntarse si esta remisión a la legislación laboral se refiere al desequilibrio exigido para cada una de las medidas. Esto es, si para determinar la existencia de una causa extintiva suficiente puede acudir

negociaciones mantenidas, con reseña suficiente de la documentación y de los informes que hubieran sido examinados”. Albiol Montesinos. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 71.

<sup>38</sup> Extensamente al respecto, Cruz Villalón. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, op. cit., p. 544 a 547.

<sup>39</sup> Monereo Pérez. *Concurso y relaciones laborales...*, op. cit., p. 572: “el acuerdo colectivo resulta vinculante para el Juez, el cual no puede proceder a modificar los términos del acuerdo alcanzado”.

<sup>40</sup> Un ejemplo en, AJM Bilbao (nº 1) 20 de marzo 2009 (JUR 234429).

<sup>41</sup> En este caso, el Juez tiene un margen de discrecionalidad amplio. Monereo Pérez. *Concurso y relaciones laborales...*, op. cit., p. 573. Un ejemplo ilustrativo al respecto puede verse en AJM Valencia (nº 1) 28 de julio 2005 (AC 1302). Por otra parte, es importante tener en cuenta que el auto del Juez aceptando lo acordado no conlleva la adopción de la medida en sí, sino que es preciso un acto posterior por parte del empresario deudor o de la administración concursal. Albiol Montesinos. *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, op. cit., p. 73 y 75; y Cruz Villalón. *Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales*, op. cit., p. 550. En contra, se afirma que “el protagonismo en la adopción de este tipo de decisiones la asume el Juez del concurso, sin necesidad de una intervención sucesiva del sujeto empresarial o de la administración concursal para que el pronunciamiento judicial cobre eficacia”. Molero Marañón. *El régimen jurídico de la indemnización...*, op. cit., p. 643. Compartiendo este planteamiento, De La Puebla Pinilla. *Art. 64*, op. cit., p. 746 y 747; Cavas Martínez. *La competencia laboral de los jueces del concurso*, op. cit. (versión digital); y Bajo García. *En torno al recurso de suplicación frente al auto de extinción colectiva de contratos de trabajo en procedimiento concursal*. ASoc nº 17, 2005, versión digital (BIB 2005\2532). Siguiendo este criterio en los Tribunales, SSTSJ Cataluña 27 de septiembre 2005 (AS 2699); Asturias 21 de diciembre 2007 (AS 2008\792); y AJM Cádiz (nº 1) 22 de mayo 2007 (AC 832).

<sup>42</sup> De la Puebla Pinilla. *Art. 64*, op. cit., p. 745.

a lo que prevé la legislación laboral. A nuestro entender, como ya hemos avanzado, no, pues, la documentación de que dispone el Juez es la dirigida a justificar el desequilibrio que exige el art. 64.4 LC y no los diversos desequilibrios descritos en los arts. 40, 41, 47 y 51 TRET<sup>43</sup>.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la decisión que adopta por el Juez del Concurso no puede tener efectos retroactivos<sup>44</sup>. Para el supuesto de que el Juez no dicte el auto en el plazo de cinco días, debe entenderse, ante el silencio de la LC y por aplicación del art. 51.5 TRET, que el acuerdo ha quedado aceptado. Ahora bien, si no existiera acuerdo no cabe interpretar el sentido positivo del silencio.

#### 4. VALORACIÓN FINAL

La incidencia de la estabilidad en el empleo en la legislación concursal es una circunstancia *derivada*. Es decir, sólo se va a poder constatar cuando contribuya a superar la situación de crisis que padece el empresario; por lo que depende de la voluntad de reflotar o dar continuidad al proyecto empresarial. Planteamiento que, sin duda, impacta en la concepción de las medidas de reestructuración de plantilla, hasta el extremo que puede poner en entredicho la coherencia de su lógica operativa desde el punto de vista dogmático. Especialmente, si se tiene en cuenta que la tendencia concursal existente va encaminada hacia soluciones liquidatorias.

En cuanto a la técnica legislativa empleada, puede afirmarse que, en términos generales, la normativa concursal deja en el aire un número, a nuestro entender, excesivo de cuestiones; lo que da lugar a importantes conflictos interpretativos. En este sentido, la uniformización del desequilibrio contractual exigido para cada una de las modalidades de alteración (modificación, suspensión y resolución) es ilustrativa al respecto. Sin que la remisión a la legislación laboral, *ex art. 64.11 LC*, pueda dar una respuesta satisfactoria a estas lagunas. También sorprende que la LC se coloque en la órbita del desequilibrio exigido para las resoluciones por disminución de la eficiencia prevista en el art. 52.c) TRET (y no en la del art. 51 TRET). En lo relativo al procedimiento, no se alcanza a comprender los motivos por los que el Legislador ha obviado la concreción de aspectos relevantes. Por ejemplo, la concreta documentación que debe aportarse para justificar el desequilibrio contrac-

---

<sup>43</sup> Compartiendo este criterio, Bajo García. *En torno al recurso de suplicación frente al auto de extinción colectiva de contratos de trabajo en procedimiento concursal*, *op. cit.* (versión digital). En contra, García-Perrote Escartín. *Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos*, *op. cit.*, p. 238. En términos similares, AAJM Valencia (nº 1) 28 de julio 2005 (AC 1302); y Madrid (nº 4) 27 de enero 2005 (AC 149).

<sup>44</sup> AJM Bilbao (nº 1) 4 de marzo 2005 (AC 245).

tual; los concretos interlocutores sociales que deben negociar durante el período de consultas; o bien, mayor concreción del “plan” al que hace referencia el art. 64.5.2° LC.

Al margen de estas deficiencias, existen elementos juridicopositivos que deben valorarse positivamente desde el punto de vista del *favor negotii*. En efecto, consideramos que el uso de la intervención previa como un mecanismo decisorio es una opción positiva, en términos de política legislativa; y, además, marca un trascendental punto de inflexión en la evolución reciente del régimen jurídico de las reestructuraciones de plantilla. De todos modos, atendiendo a la naturaleza de los intereses en juego, no creemos que los órganos jurisdiccionales sean los más indicados para gestionar satisfactoriamente estos conflictos. Entendemos que hubiera sido más acertado atribuir esta facultad a la administración concursal.

Otro aspecto a remarcar es la posibilidad de pactar compensaciones económicas que superen el importe de la indemnización por extinción del contrato. Primero, porque es un desincentivo a la resolución contractual y, por consiguiente, promueve la estabilidad. Y, segundo, porque teniendo en cuenta la tendencia liquidatoria de los procesos concursales y la imprecisa referencia al “plan” *ex* el art. 64.5.2° LC, supone una mejora notable en el resarcimiento del trabajador.

# **POLÍTICA SOCIAL EUROPEA Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y TRABAJADORAS EN LAS ORGANIZACIONES DE DIMENSIÓN COMUNITARIA**

Emilia Castellano Burguillo\*

*Prof. Contr. Dra. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
de la Universidad de Huelva*

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. POR QUÉ SE REFORMA LA DIRECTIVA 94/45/CE DEL CONSEJO, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1994
2. QUÉ EMPRESAS SON LAS AFECTADAS POR ESTA NUEVA NORMATIVA: BENEFICIARIOS Y OBLIGADAS
3. RELACIÓN ENTRE COMITÉ EMPRESA EUROPEO Y LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A NIVEL NACIONAL: ¿CONFLICTO DE COMPETENCIAS?
4. CONCLUSIONES: RELACIÓN CON LA CRISIS

---

\* “Proyecto de I+D DER2009-08766: Gestión Socialmente Responsable de la Crisis”; Proyecto de Excelencia SEJ 322 “Régimen Jurídico de los Mercados de Trabajo Transicionales” y PAIDI SEJ 322 “Integración y Desintegración económica: el marco jurídico de la empresa”.

## 1. INTRODUCCIÓN. POR QUÉ SE REFORMA LA DIRECTIVA 94/45/CE DEL CONSEJO, DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1994

En los momentos actuales en los cuales cobra especial importancia el dialogo social y el encuentro de soluciones viables a la situación de crisis mundial, por los trabajadores y empresarios afectados, resulta de gran importancia la reforma europea producida en una materia fundamental como es la representación de los trabajadores en el seno de las empresas.

Partiendo de esta base y de la necesidad de dotar de mayor claridad a la cuestión que tratamos<sup>1</sup>, se reforma la normativa preexistente del año 1994 sobre información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. La Directiva del año 1994 ya fue aprobada partiendo de la base de que las empresas y grupos de empresas que trabajan en varios Estados miembros deben informar y consultar a los representantes de los trabajadores afectados por sus decisiones, especialmente cuando estamos en un mercado en el cual las fusiones transfronterizas, las asociaciones de empresas y, en definitiva, la transnacionalización de las empresas es una realidad acuciante. Esta realidad se está ofreciendo hoy día como posible salida a la crisis española<sup>2</sup>.

Con esta normativa, el objetivo último buscado es evitar situaciones de trato desigual entre trabajadores de una misma empresa o grupo de empresas, basadas estas desigualdades sólo en el hecho de realizar su prestación de servicios en diferentes Estados Miembros, evitando así situaciones injustas por el hecho de que la decisión última haya sido tomada en otro Estado Miembro o incluso en un Estado situado fuera de la Unión Europea.

En resumen, esta regulación se produce para seguir avanzando en la conquista de derechos sociales para los trabajadores y trabajadoras del entorno europeo, para reproducir las garantías y derechos que tienen en el nivel nacional, para dotar de “modernidad”<sup>3</sup> a la legislación comunitaria de esta materia e incrementar la proporción de comités de empresa creados en el entorno europeo. Además se persigue que esto se haga “a su debido tiempo”, y no cuando la decisión empresarial esté tomada o incluso ejecutada o ejecutándose.

Como se señala en el documento de la Comisión Europea que recoge la Propuesta de esta Directiva (COM (2008) 419 final de 2 de julio de 2008) “*catorce*

---

<sup>1</sup> Considerando 1 de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009. DOCE L 122 de 16 de mayo de 2009.

<sup>2</sup> Consultar acciones de la Agencia Andaluza de Promoción Exterior. <http://www.extenda.es/portal/EXTENDA/home/>.

<sup>3</sup> Considerando 7 de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009. DOCE L 122 de 16 de mayo de 2009.

*años después de la adopción de la Directiva 94/45/CE, están en activo alrededor de 820 comités de empresa europeos, a través de los cuales se ven representados 14,5 millones de trabajadores para ser informados y consultados a nivel transnacional. Estos comités están en el centro del desarrollo de relaciones sociales transnacionales y ayudan a conciliar los objetivos económicos y sociales dentro del mercado único, particularmente por el papel determinante que les corresponde en la anticipación y gestión responsable de los cambios. No obstante, la aplicación práctica de la Directiva 94/45/CE plantea algunos problemas. El derecho a información y consulta transnacionales carece de efectividad, ya que no se informa ni consulta lo bastante al comité de empresa europeo en caso de reestructuración. Sólo han sido creados comités de empresa europeos en el 36% de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. Hay incertidumbres jurídicas, particularmente en lo que atañe a la relación entre los niveles nacional y transnacional de consulta y en los casos de fusión o adquisición. Por último, la coherencia y la articulación entre las distintas directivas en materia de información y consulta a los trabajadores son insuficientes.*

*Los comités de empresa europeos deben estar en situación de desempeñar plenamente su papel en la anticipación y el acompañamiento de los cambios, y de desarrollar un auténtico diálogo social transnacional. Por lo tanto, la presente propuesta tiene, junto con medidas no reglamentarias, los objetivos de dar efectividad a los derechos de información y consulta transnacionales de los trabajadores, aumentar la proporción de comités de empresa establecidos, reforzar la seguridad jurídica y articular mejor las directivas en materia de información y consulta a los trabajadores”<sup>4</sup>.*

Por tanto, mayor cumplimiento de la norma comunitaria, y mayor información y consulta a los representantes de los trabajadores, especialmente en los casos de reestructuración de empresas, son los objetivos básicos de la reforma de 2009.

Partiendo de estos objetivos, la pregunta que nos planteamos es si se trata de una representación obligatoria o voluntaria. Parece que la respuesta debe ser que es una representación voluntaria, ya que la nueva Directiva en su considerando 31 señala que “*los representantes de los trabajadores pueden decidir no solicitar la constitución de un comité de empresa europeo, o bien las partes interesadas pueden acordar cualquier otro procedimiento de información y consulta transnacional a los trabajadores*”.

Esta cláusula de descuelgue del comité de empresa europeo tiene el sentido que marca nuestra legislación en relación con la representación de los trabajadores, sólo debemos recordar la regulación contenida en los artículos 62 y siguientes del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. A esto debe sumarse lo dispuesto

---

<sup>4</sup> Páginas 3 y 4 del Documento COM (2008) 419 final de 2 de julio de 2008.

en el artículo 1.2 de la nueva Directiva<sup>5</sup>, que señala que la elección del comité de empresa europeo o de un procedimiento alternativo que garantice la información y consulta a los trabajadores, se hará *“siempre que se haya formulado una petición en tal sentido de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 5.1 de la misma norma”*

## 2. QUÉ EMPRESAS SON LAS AFECTADAS POR ESTA NUEVA NORMATIVA: BENEFICIARIOS Y OBLIGADAS

La respuesta parece evidente, están incluidas en el ámbito de aplicación de esta norma las empresas o grupo de empresas que tengan dimensión comunitaria, y éstas son por una parte, la empresa que emplee a 1.000 o más trabajadores en los Estados miembros y, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, emplee a 150 o más trabajadores en cada uno de ellos. Es decir son dos requisitos acumulativos, 1.000 trabajadores al menos empleados en toda Europa, de los cuales al menos debe haber 150 en dos Estados miembros distintos, en cada uno.

Y por otra parte, cuando se trate de un grupo de empresas, se exige que haya una empresa que ejerza el control<sup>6</sup> y otras empresas controladas, además de emplear a 1.000 trabajadores o más en toda Europa, que al menos dos empresas estén en Estados miembros diferentes, y que al menos una de esas empresas del grupo emplee a 150 trabajadores en un Estado miembro, y otra otros 150 trabajadores como mínimo<sup>7</sup>.

Para el cómputo de estos niveles mínimos de trabajadores se tendrán en cuenta tanto los trabajadores contratados a tiempo completo como los contratados a tiempo

---

<sup>5</sup> También lo marcaba así la Directiva del año 1994.

<sup>6</sup> Es la empresa que puede ejercer una influencia dominante en otra empresa, por ejemplo, por motivos de propiedad, participación financiera o estatutos, porque posea la mayoría del capital suscrito de la empresa, porque disponga de la mayoría de votos en la empresa, porque pueda nombrar a más de la mitad de los miembros del consejo de administración, dirección o control de la empresa, y en todo caso será necesario acudir a la legislación nacional del país donde esté esa empresa que ejerce el control para analizar la definición que dicha legislación realiza de empresa controladora. El problema puede surgir si esta empresa controladora no tiene su sede en un Estado miembro, en este caso, se acudirá al ordenamiento jurídico del Estado miembro donde esté situada la representante del grupo en Europa, y si no hubiera, se acudirá al ordenamiento del Estado miembro donde se sitúe la empresa del grupo que tenga mayor número de trabajadores, es decir, siempre debe acudirse a un ordenamiento jurídico europeo para ver la definición de empresa que ejerce el control. Artículo 3.de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009. DOCE L 122 de 16 de mayo de 2009.

<sup>7</sup> Artículo 2.1 de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009. DOCE L 122 de 16 de mayo de 2009.

parcial, siempre que lleven en la empresa al menos dos años<sup>8</sup>. Estos niveles mínimos de trabajadores no han sido modificados con la reforma del año 2009.

Cuando se den todas estas circunstancias se podrá elegir un comité de empresa europeo o bien un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores, y será la dirección central de la empresa la que deba iniciar el procedimiento, previa solicitud, facilitando los medios necesarios para ello. La Directiva del año 2009, añade un nuevo apartado al artículo 4<sup>9</sup> para señalar que la dirección de la empresa, tanto si es una empresa sola como un grupo de empresas, es “*responsable de la obtención y transmisión a las partes interesadas de la información indispensable para la apertura de las negociaciones*” que conduzcan a la elección del comité empresa europeo o al procedimiento alternativo de información y consulta. Esa información indispensable se refiere al menos, a la estructura de la empresa o grupo de empresas y a su plantilla.

Esta responsabilidad de la dirección central llega hasta el punto de tener que iniciar la negociación del comité de empresa europeo o del procedimiento alternativo de información y consulta, por propia iniciativa o a solicitud escrita de un mínimo de 100 trabajadores o representantes, siempre que pertenezcan al menos a dos empresas situadas en al menos dos Estados miembros diferentes. Una vez iniciado el procedimiento se procede a la constitución de la comisión negociadora, la cual se realizará conforme determinen las legislaciones nacionales. Una vez constituida la comisión negociadora, se informa de su composición, a la dirección central y a las direcciones locales de la empresa o empresas del grupo. Y añade, la Directiva del año 2009, “así como a las organizaciones europeas de trabajadores y empleadores competentes”.

Haciendo un paréntesis en el proceso negociador, debemos señalar que estos interlocutores sociales no son otros que los mencionados en el anterior artículo 138 del Tratado y actual artículo 154 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>10</sup>. En virtud, de este precepto la Comisión Europea asume el compromiso, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, de consultar a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción de la Unión, lo que puede llevar a diferencias de opinión sobre la necesidad de intervenir, como ocurrió en el presente caso. Si, tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción de la Unión, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada. Y los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Artículo 2.2 de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009. DOCE L 122 de 16 de mayo de 2009.

<sup>9</sup> Apartado 4.

<sup>10</sup> DOCE C 115 de 9 de mayo de 2008.

<sup>11</sup> Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 138 del Tratado, la Comisión consultó a los interlocutores sociales a nivel comunitario sobre la posible orientación de una acción comunitaria en la materia.

Continuando con el proceso negociador y como novedades en el mismo, se añade por la norma del año 2009, que dicha comisión negociadora, podrá, antes y después de cada reunión con la dirección central, reunirse sin que esté presente esa dirección central, y además en relación con los expertos que pueden acudir a todas las reuniones, añade esta última norma que entre los mismos pueden “figurar representantes de organizaciones de trabajadores competentes y reconocidas a nivel comunitario” siempre realizando una labor sólo consultiva.

En el acuerdo que arroje como fruto la constitución del comité de empresa europeo, se velará porque en la composición del mismo, pueda existir, dentro de lo posible, una representación equilibrada de los trabajadores “por actividades, categorías y sexos”. En este acuerdo además se señalará las modalidades de designación de los miembros del comité de empresa europeo, las modalidades de sus reuniones, así como del comité restringido, la fecha de entrada en vigor de este acuerdo, las modalidades conforme a las cuales puede ser modificado o denunciado el acuerdo, los casos en los cuales puede ser renegociado <sup>12</sup>.

---

Las organizaciones de trabajadores se expresaron a favor de una rápida revisión de la Directiva, mientras que las organizaciones de empleadores se opusieron a tal revisión. A continuación, los interlocutores sociales definieron en común buenas prácticas en materia de comités de empresa europeos, y la Comisión los consultó de nuevo en relación con su promoción y aplicación. Tras estas consultas, la Comisión ha estimado la conveniencia de una acción comunitaria y consultado de nuevo a los interlocutores sociales a nivel comunitario sobre el contenido de la propuesta contemplada, de conformidad con el artículo 138, apartado 3, del Tratado. En respuesta a esta última consulta, las organizaciones de empleadores BusinessEurope, CEEP y UEAPME se declararon dispuestas a iniciar negociaciones en el marco del diálogo social europeo. La Confederación Europea de Sindicatos consideró que tal negociación no era realista. Tras un nuevo llamamiento a los interlocutores sociales europeos, la Comisión constató la ausencia de negociación con arreglo al artículo 138, apartado 4, del Tratado y decidió presentar la presente propuesta, teniendo en cuenta la necesidad demostrada de revisión de la normativa vigente. BusinessEurope y la UEAPME, que se prepararon para negociar, no transmitieron ningún dictamen sobre el contenido de la iniciativa prevista. El CEEP y las organizaciones consultadas representativas de los empleadores de hostelería y restauración (Hotrec), banca (EBF) y comercio (Eurocommerce) expresaron su parecer sobre los cambios previstos, así como la Asociación Francesa de Empresas Privadas (AFEP), la Cámara de Comercio Americana ante la Unión Europea (AmCham EU) y una empresa individual. La Confederación Europea de Sindicatos (CES) y la Confederación Europea de Mandos Intermedios (CEC) propusieron adaptaciones de las propuestas sujetas a consulta, así como otras modificaciones de la Directiva. También se expresaron la Confederación de Sindicatos Nórdicos de Banca, Finanzas y Seguros (NFU Finance), Finansförbundet y los representantes de los trabajadores de seis empresas. Las respuestas de las organizaciones consultadas y las contribuciones recibidas se examinaron con detenimiento y se tuvieron en cuenta en el marco del proceso de evaluación de impacto. El examen efectuado llevó a la Comisión a modificar determinadas propuestas contempladas en el documento de consulta, por ejemplo en lo relativo a las disposiciones para una toma de decisiones eficaz de la empresa, la limitación del ámbito de competencias transnacional, la introducción de un umbral de representación, la búsqueda de una representación equilibrada de los trabajadores, el refuerzo del comité restringido y la seguridad de los acuerdos de anticipación a los que no se aplica la cláusula de adaptación.

<sup>12</sup> Matización incorporada por el artículo 6 de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009. DOCE L 122 de 16 de mayo de 2009.

Por tanto, podemos concluir que el hecho de que exista o no un comité de empresa europeo o un procedimiento alternativo de información y consulta, dependerá de una negociación entre las partes afectadas e interesadas, creándose obligaciones para la dirección de las empresas y derechos para los representantes de los trabajadores y trabajadoras de las mismas.

### **3. RELACIÓN ENTRE COMITÉ EMPRESA EUROPEO Y LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES A NIVEL NACIONAL: ¿CONFLICTO DE COMPETENCIAS?**

Una vez elegido el comité de empresa europeo, éste tiene facultades de información y consulta. En la Directiva del año 1994, sólo se hablaba de “consulta”, entendida como el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado.

La nueva norma distingue entre consulta e información. Ésta última se define teniendo en cuenta el objetivo de que exista un examen adecuado por los representantes de los trabajadores de una determinada cuestión. Para ello esa información se realizará en un momento concreto y con un contenido apropiado, para que pueda existir ese examen adecuado y una evaluación pormenorizada del posible impacto de la decisión empresarial. Mientras que la consulta se hace con el objetivo de posibilitar un dictamen que sea útil para tomar decisiones, que pueda ser tenido en cuenta por la dirección de la empresa o grupo de empresas. Por tanto, la consulta exige la emisión formal de la opinión de los representantes de los trabajadores.

Y esto además debe hacerse distinguiéndose de la información y consulta que pueden llevar a cabo los órganos nacionales de representación, limitándose por tanto, el comité de empresa europeo a las cuestiones transnacionales, considerándose de esta forma la cuestión que afecte al conjunto de la empresa o del grupo de empresas, o al menos a dos Estados miembros, salvo que estemos ante aspectos que *“con independencia del número de Estados miembros de que se trate, revistan importancia para los trabajadores europeos en términos del alcance de sus posibles efectos o las cuestiones que impliquen transferencia de actividades entre Estados miembros”*. Se trata de una cláusula abierta que puede generar problemas de interpretación en relación con las competencias de los órganos de representación nacionales<sup>13</sup>, ya que no queda claro qué debe entenderse por “aspectos que revistan

---

<sup>13</sup> Considerandos 15 y 16 de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009. DOCE L 122 de 16 de mayo de 2009.

importancia para los trabajadores”. En principio, todos los aspectos importan a los trabajadores, no sólo los relacionados con sus condiciones laborales también, y muy especialmente, los relacionados con las condiciones de los mercados en los cuales intervienen, la marcha de la economía mundial, europea y nacional del país donde desempeñen su prestación de servicios, etc, ya que de ello dependerá su permanencia y estabilidad en el mercado de trabajo.

A esta cuestión le dedica una especial atención la nueva Directiva en su artículo 12, señalando que será el acuerdo que se negocie con la dirección central el que establezca las modalidades de articulación entre una y otra representación, sin perjuicio de lo que dispongan las legislaciones nacionales y/o las prácticas nacionales en relación con esa información y consulta. Parece por tanto, que es el resultado de la negociación, es decir, el acuerdo, el que establece los límites competenciales entre ambas representaciones.

Este artículo resulta aclarado por el considerando 37 de la Directiva que señala que en ausencia de ese acuerdo y cuando estemos ante cuestiones que acarreen cambios importantes en la organización del trabajo o en los contratos de trabajo, el proceso debe realizarse de forma concomitante entre ambas representaciones. Tanto es así que la emisión de un dictamen por el comité de empresa europeo no debe afectar a la capacidad de la dirección central para realizar las consultas necesarias a los órganos nacionales, siendo posible que las legislaciones y/o prácticas nacionales deban adaptarse para que el órgano europeo pueda ser informado antes o al mismo tiempo que los órganos de representación nacionales. Por tanto, serán las legislaciones nacionales, además del acuerdo por el que se cree el comité de empresa europeo, las que terminen de encajar el reparto competencial entre el órgano de representación europeo y el nacional.

Pero es más, añade el considerando 38 de la Directiva de 2009, todo esto debe hacerse sin afectar a los procedimientos de información y consulta contemplados en la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta a los trabajadores de la Comunidad Europea, ni a los procedimientos específicos previstos en el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, relativa a los despidos colectivos, ni al artículo 7 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

Se exige por tanto, una labor de ingeniería para no solapar los contenidos de las diferentes normas citadas. En este intento vamos a analizar brevemente las normas anteriormente citadas. La Directiva del año 2002, en su artículo 4.2 señala los aspectos que pueden ser objeto de información y consulta por los representantes de los trabajadores elegidos conforme a la legislación y/o prácticas nacionales. Se refiere a:

- la evolución reciente y probable de las actividades de la empresa,
- la situación económica de la empresa,
- la situación, estructura y evolución probable del empleo en la empresa,
- las medidas de prevención cuando exista riesgo para el empleo.
- la organización del trabajo, y
- los contratos de trabajo.

En los considerandos 7 y 8 de esa misma norma se mencionan otros aspectos que sin embargo, no se incluyen luego en el artículo 4.2 pero que deben ser tratados por el diálogo social a nivel europeo. Estos otros aspectos son:

- prevención de riesgos,
- flexibilización de la organización del trabajo,
- formación de los trabajadores de forma segura,
- concienciación de los trabajadores acerca de las necesidades de adaptación y disponibilidad, y
- promoción de la participación de los trabajadores en la marcha de la empresa<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Algunas sentencias a considerar son STJCE de 5 julio de 2007, Asunto C-317/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España. En esta sentencia se declara el incumplimiento de España en cuanto a la transposición de la Directiva del año 2002, dentro del plazo previsto, y se le condena en costas. Lo mismo ocurre con otros Estados Miembros como es el caso del Reino de Bélgica en la STJCE de 29 de marzo de 2007, Asunto C-320/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica. También Italia y Luxemburgo han incumplido el plazo de transposición de la Directiva del año 2002, respectivamente, STJCE de 1 de marzo de 2007, Asunto C-327/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana y STJCE de 14 de junio de 2007, Asunto C-321/06, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Gran Ducado de Luxemburgo. Después de estas Sentencias, en el caso de España se aprueba la Ley 38/2007, de 16 de noviembre por la que modifica el Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (BOE de 17 de noviembre de 2007). Antes de esta norma contábamos con la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria. El primero de los dos objetivos de esta ley de 2007, es incorporar la Directiva del año 2002, abordándose en la misma la modificación de los artículos 4.1.g), 64 y 65 del Estatuto de los Trabajadores para introducir los aspectos establecidos en la indicada Directiva que no están contemplados en nuestra regulación legal, como es el caso de la inclusión expresa del derecho de información y consulta de los trabajadores entre los derechos básicos de los mismos; la definición de estos conceptos; la reformulación de nuestra legislación en cuanto a algunas materias objeto de información o de consulta, como sucede con la consulta sobre la evolución futura del empleo en la empresa o centro de trabajo y las medidas preventivas al respecto; la clarificación del contenido o modos de ejercicio de estos derechos para reducir la intensa litigiosidad jurisdiccional existente; la remisión a la negociación colectiva para la definición de las modalidades prácticas de la información y la consulta, no tanto en un sentido de excepción, como de desarrollo de la disposición legal y con respeto a la misma; y, finalmente, en atención al deber de sigilo profesional, la reformulación del régimen jurídico del mismo

Por su parte, la Directiva 98/59/CE del Consejo, sobre despidos colectivos, en su artículo 2 prevé la consulta a los representantes de los trabajadores, para intentar evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias, buscando medidas para la readaptación o reconversión de los trabajadores despedidos<sup>15</sup>. Para ello la información que recibirán versará sobre los motivos del despido, el número y categorías de trabajadores afectados y los que son habitualmente empleados, el período durante el cual está previsto efectuar el despido, los criterios utilizados para seleccionar a los trabajadores despedidos y el método de cálculo de las posibles indemnizaciones. Esta información se facilitará tanto si la decisión del despido la toma el empresario como si la toma una empresa que ejerza el control sobre él<sup>16</sup>.

---

incorporando la posibilidad de secreto, en términos mucho más precisos y desarrollados que los actuales, incluyendo la regulación de los posibles recursos administrativos o judiciales en materia de sígilo profesional. Todos estos aspectos son objeto de regulación en las modificaciones del Estatuto de los Trabajadores que se recogen en los apartados uno, cinco y seis del artículo único de esta ley.

<sup>15</sup> Resulta interesante consultar la STJCE de 10 de septiembre de 2009, Asunto C-44/08, *Akavan Erityisalojen Kesfusliitto AEK ry y otros contra Fujitsu Siemens Computers Oy*. En esta sentencia lo que se plantea es el momento en el cual el empresario debe consultar a los representantes de los trabajadores, bien en el momento en el cual se observan que deben adoptarse decisiones estratégicas para la continuidad de la empresa y que las mismas pueden conllevar despidos colectivos, o bien cuando el empresario ya ha tomado la decisión de aplicar dicha medida y consulta a los representantes sólo a los efectos de ejecutar esa decisión. Señala el Tribunal Europeo que como se desprende del artículo 2 de la Directiva 98/59, se debe hacer con anterioridad a una decisión del empresario de extinguir los contratos de trabajo, ya que en este supuesto, aún existe la posibilidad de evitar o, al menos, reducir los despidos colectivos o de atenuar sus consecuencias. Esto es lo que quiere decir la Directiva cuando señala que la información y consulta debe hacerse en “tiempo hábil”. Y esto debe hacerse tanto si la decisión de un posible despido procede del empresario como si procede de la empresa que ejerce control sobre él, aunque el obligado último a facilitar la información en este caso es el empresario de la empresa filial. Lo que ocurre es que en este caso será necesario identificar la filial afectada posiblemente por despidos colectivos. Hasta que no se identifique dicha filial no se podrá iniciar el procedimiento de información y consulta con sus representantes de los trabajadores. En cuanto al contenido de esa información es posible que el empresario no cuente con toda ella en el inicio de la consulta, en este caso, deberá ir aportando la información a lo largo del procedimiento de consulta. Es una obligación dinámica, y ello porque no se puede hacer depender el inicio de la consulta del hecho de que el empresario pueda proporcionar y a los representantes de los trabajadores toda la información a la que se refiere el artículo 2 de la Directiva 98/59.

<sup>16</sup> Sobre el deber de información y consulta del empresario en los casos de despido colectivo, podemos destacar también la STJCE de 16 de julio de 2009, Asunto C-12/08, *Mono Car Styling S.A. y Dervis Odemis y otros*. En esta sentencia se plantean varios aspectos, en primer lugar, si la información que debe proporcionar al empresario debe hacerlo sólo respecto de los representantes de los trabajadores y no respecto de estos últimos. En segundo lugar, si después de seguir el procedimiento de información y consulta, pueden los trabajadores, individualmente, impugnar el procedimiento de despido colectivo porque consideren que no se ha respetado correctamente ese deber de información y consulta. En relación con estas cuestiones señala el Tribunal Europeo en esta sentencia que las obligaciones de información y consulta para el empresario, mencionadas en el artículo 2 de la Directiva 98/59, se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él. Aunque en el presente caso, que se produce

Por último, el artículo 7 de la Directiva 2001/23/CE relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o de partes de éstas, señala que el cedente y el cesionario deberán informar a los representantes de los trabajadores afectados de los siguientes puntos:

- fecha prevista para el traspaso,
- motivos del traspaso,
- consecuencias jurídicas, económicas y sociales de este traspaso para los trabajadores y medidas previstas respecto de los trabajadores.<sup>17</sup>

En resumen, parece que las facultades de información y consulta del comité de empresa europeo abarcarán cuestiones de interés para los trabajadores de las empresas o grupos de empresas de dimensión comunitaria que no se refieran a un despido colectivo, a un traspaso de empresa o de parte de ésta, a la prevención de riesgos, a la flexibilización de la organización del trabajo, a la formación de los trabajadores de forma segura, a la concienciación de los trabajadores acerca de las necesidades de adaptación y disponibilidad, y a la promoción de la participación de los trabajadores en la marcha de la empresa.

Podemos pensar por tanto, que queda un campo de actuación muy limitado para el comité de empresa europeo. De ahí que el considerando 47 de la Directiva del año 2009, señale que *“la obligación de incorporar la presente Directiva al ordenamiento jurídico nacional debe limitarse a las disposiciones que constituyen*

---

en Bélgica, se había seguido un procedimiento de información y consulta con los representantes de los trabajadores, se produce una impugnación a título individual de determinados trabajadores afectados por el despido colectivo, al no haber sido consultados e informados individualmente. En relación con este aspecto señala el Tribunal Europeo que del tenor y de la lógica interna de la Directiva 98/59 se desprende que el derecho de información y de consulta que regula está destinado a los representantes de los trabajadores y no a los trabajadores a título individual. Esta naturaleza colectiva del derecho de información y consulta se desprende también de una interpretación teleológica de la Directiva 98/59, ya que lo que se persigue con esta norma es que se formulen propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, atenuar sus consecuencias, y la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente, encontrándose los representantes de los trabajadores en mejor situación para alcanzar este objetivo. De ahí la naturaleza colectiva de este derecho de información y consulta. Si la norma nacional en la transposición de esta norma comunitaria concede derechos a los trabajadores individualmente, esto no se opone al Derecho Comunitario, pero se debe limitar el derecho individual de estos trabajadores a ejercer acciones, supeditando esto último al requisito de que los representantes de los trabajadores hayan notificado previamente objeciones al empresario y de que el trabajador afectado haya comunicado previamente al empresario que impugna la regularidad del procedimiento de información y consulta. Por último, declara el Tribunal Europeo, que en la transposición de la norma comunitaria no se puede reducir el contenido de las informaciones que el empresario debe facilitar a esos representantes de los trabajadores. El principio de interpretación conforme del derecho nacional respecto del derecho europeo así lo exige.

<sup>17</sup> Para más información Martínez Fons, D., “El régimen jurídico de los derechos de información de los representantes de los trabajadores en la transmisión de empresa”, *Estudios Financieros*, 248, 2003, pág. 10-11.

*una modificación de fondo en relación con las Directivas anteriores. La obligación de incorporar las disposiciones no modificadas emana de las Directivas anteriores”.*

Si a esto le añadimos lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Directiva del año 2009, que prevé que cada Estado miembro pueda “*en casos específicos y en las condiciones y límites establecidos por la legislación nacional, permitir que la dirección central que se halle en su territorio no esté obligada a comunicar información que, por su naturaleza, pudiere, según criterios objetivos, crear graves obstáculos al funcionamiento de las empresas afectadas u ocasionar perjuicios a las empresas afectadas por dichas disposiciones*”; resulta importante la limitación del campo de aplicación del acuerdo por el cual se cree un comité de empresa europeo o un procedimiento alternativo de información y consulta a los trabajadores de las empresas o grupo de empresas de dimensión comunitaria y sin perjuicio de los posibles recursos administrativos o judiciales que puedan iniciar los representantes de los trabajadores<sup>18</sup>.

Todo esto se contradice con lo previsto en el Anexo I de la Directiva del año 2009, que señala como materias en relación con las cuales se aplicará la información y consulta del comité de empresa europeo, la situación del empleo, las inversiones, los cambios sustanciales que afecten a la organización, la introducción de nuevo métodos de trabajo o de nuevos métodos de producción, los traslados de producción, no de empresa o de parte de ésta, las fusiones, que no los traspasos, la reducción del tamaño o cierre de empresas, de establecimientos o de partes de estos, y los despidos colectivos. Se comprueba fácilmente como en este Anexo no se respeta el contenido de las Directivas aprobadas antes de 2009<sup>19</sup>.

Si tenemos en cuenta que la reforma de la Directiva del año 1994, se ha hecho con la intención de incluir las siguientes modificaciones:

- introducción de principios generales relativos a las modalidades de información y consulta transnacionales de los trabajadores, introducción de una definición de la información y precisión de la definición de la consulta;

---

<sup>18</sup> Ver artículo 11.3 de la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009. DOCE L 122 de 16 de mayo de 2009.

<sup>19</sup> Para más información consultar Rodríguez-Piñero, M. “Información y consulta de los trabajadores a nivel transnacional comunitario: el modelo negocial”. *Relaciones Laborales*, 1995 (II) Huertas Bartolomé, T., “Nuevas normas sobre diálogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 20, n.º 1, 2002, pág.. 121 y ss. Mercader Uguina, J., “Las nuevas formas de participación de los trabajadores en la gestión de la empresa y la Constitución Europea como telón de fondo”, *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 57, 2005. Carrascosa Bermejo, M. D. “Acuerdos sobre información y consulta de ámbito europeo: la experiencia práctica española”. *Temas Laborales*, n.º 53 del año 2000. págs. 29-51. Galiana Moreno, J.M. Y García Romero, B. “La participación y representación de los trabajadores en la empresa en el modelo normativo español”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 43 del año 2000. págs. 13 y ss.

- limitación de la competencia del comité de empresa europeo a las cuestiones de carácter transnacional e introducción de una articulación, definida prioritariamente por acuerdo en la empresa, de los niveles nacional y transnacional de información y consulta a los trabajadores;
- clarificación del papel de los representantes de los trabajadores y de las posibilidades de recibir formaciones, así como del reconocimiento del papel de las organizaciones sindicales ante los representantes de los trabajadores;
- aclaración de las responsabilidades en el suministro de información para permitir la apertura de negociaciones, así como de normas de negociación de los acuerdos con vistas a establecer nuevos comités de empresa europeos;
- adaptación a la evolución de las necesidades de las disposiciones subsidiarias aplicables en ausencia de acuerdo;
- introducción de una cláusula de adaptación de los acuerdos que regulan los comités de empresa en caso de cambio de estructura de la empresa o del grupo de empresas y, salvo aplicación de esta cláusula, mantenimiento de los acuerdos vigentes<sup>20</sup>.

Parece que se debe limitar la competencia del comité de empresa europeo en esos acuerdos que se celebren, aunque esto puede ser poco idóneo. Nos queda por ver la respuesta de las empresas y de los comités de empresa europeos constituidos y que se constituyan, para lo cual debemos tener en cuenta la respuesta de estos interlocutores sociales a la propuesta de modificar la Directiva del año 1994<sup>21</sup>, como

---

<sup>20</sup> Páginas 6 y 7 del Documento COM (2008) 419 final de 2 de julio de 2008.

<sup>21</sup> Algunas sentencias importantes dictadas a raíz de esta norma del año 1994 son las siguientes. STJCE de 15 de julio de 2004, Asunto C-349/01, Betriebsrat der Firma ADS Ander GmbH contra ADS Ander GmbH, sobre transmisión de información entre empresas que pertenezcan a un grupo que sea de dimensión comunitaria. STJCE de 13 de enero de 2004, Asunto C-440/00, Gesamtbetriebsrat der Kühne & Ángel AG & Co. KG contra Kühne & Ángel AG & Co. KG. Esta última sentencia se refiere al supuesto en el cual la empresa matriz está situada fuera de los Estados Miembros, en este caso debe haber una transmisión de información de todas las filiales a la empresa afectada por la obligación de facilitar esa información a los representantes de los trabajadores. STJCE de 29 de marzo de 2001, Asunto C-62/99, Betriebsrat der Bofrost; Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG y otros. Este litigio se produce por la negativa de una empresa establecida en Alemania, de facilitar información a los representantes de los trabajadores con objeto de constituir un comité de empresa europeo, información que se refería al número de trabajadores y a la estructura de las empresas del grupo Bofrost, al cual pertenece dicha sociedad. La negativa se sustentaba en el hecho de que en el mencionado grupo, aún no constaba que hubiera una empresa que ejerciera el control dentro del grupo de empresas, entendiéndose que sólo se puede exigir esa información cuando se haya determinado previamente qué empresa ejerce el control. Argumento este último que no es admitido por el Tribunal Europeo, ya que la obligación no sólo incumbe a la empresa que ejerce el control sino a todas las empresas del grupo. Además corresponde a cualquier empresa del grupo proporcionar los datos de que disponga o pueda ob-

ha quedado reflejado en la nota al pie número once. Si recordamos su contenido resulta que algunas organizaciones empresariales se opusieron a la revisión de la norma de 1994, frente a lo que señalaron las organizaciones de trabajadores. Una vez que la Comisión Europea decide, pese a la consulta previa, iniciar el procedimiento de reforma de la Directiva del año 1994, las posturas cambian y se proponen modificaciones a la propuesta de la Comisión Europea, una de ellas fue la limitación del ámbito competencial transnacional. Partiendo de todo esto debemos esperar a los acuerdos por los cuales se creen los comités de empresa europeos para analizar las competencias que se atribuyen a estos<sup>22</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

La primera conclusión es la importancia que se le debe otorgar a la negociación colectiva a nivel europeo entre la dirección central de las empresas y la representación de los trabajadores que están en la comisión negociadora, ya que será el acuerdo que emane de esa negociación el que fije los aspectos fundamentales del comité de empresa europeo<sup>23</sup>.

La revisión de algunos acuerdos previos<sup>24</sup>, arroja como conclusión que no suelen existir especiales dificultades para delimitar competencias y ámbitos de ac-

---

tener, a los representantes de los trabajadores del grupo que así lo soliciten, y también se podrá exigir la entrega de documentos que precisen y aclaren esa información imprescindible para averiguar si se puede o no constituir un comité de empresa europeo, y se pueda dilucidar si tienen derecho a exigir la apertura de las negociaciones para ello.

<sup>22</sup> Para más información consultar Bernardo E. "El futuro del sindicalismo europeo. La opción mediterránea". *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 5, segundo semestre de 2003. Págs. 177 y ss. Roncero C. "El comité de empresa europeo en las empresas o grupos de empresa de dimensión comunitaria". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 43, abril de 2003. págs. 159 y ss. Saez Lara C. "La Directiva 94/45 sobre el Comité de empresa europeo y su transposición al Derecho español". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 78 de 1996, págs. 620 y ss.

<sup>23</sup> Para más información consultar Rodríguez Crespo M. J. "La negociación del acuerdo que crea el Comité de Empresa Europeo: aspectos problemáticos". *Revista de seguridad social y laboral*, nº 187 de 2006. págs, 31 a 40.

<sup>24</sup> Por ejemplo, el del Grupo Altadis con presencia en Francia, España y Finlandia, firmado en noviembre de 2002, señala que el comité de empresa europeo de esta empresa (C.E.E.G.A), no sustituye a los respectivos organismos nacionales ya existentes de representación de los trabajadores, que siguen conservando sus atribuciones. Los asuntos en relación con los cuales este comité europeo recibirá información y consulta son: estructura de la empresa, situación económica y financiera, evolución probable de las actividades y del empleo, la producción y las ventas de la misma. Se reunirá de forma ordinaria dos veces al año, y en circunstancias excepciones, de forma extraordinaria. Está compuesto por 17 miembros (8 representantes de los trabajadores de Altadis en España, 8 de los trabajadores de Altadis en Francia y 1 de los empleados que se encuentran en Finlandia). Estarán asistidos por 4 asesores, de los cuales 2 serán designados por los sindicatos españoles y otros 2 por los sindicatos franceses.

tuación entre la representación a nivel europeo y la representación nacional de los trabajadores, ya que se deja amplio margen de actuación a la autonomía colectiva, lo que puede ser un acierto o un error, según se considere<sup>25</sup>.

La segunda conclusión es la importancia de la negociación colectiva como solución a problemas generados por la crisis actual, en la cual los intereses de trabajadores y empresarios podrían parecer más antagónicos pero que lejos de ello son coincidentes, ya que todos ellos deben velar por la supervivencia de la empresa y el buen clima laboral. La supervivencia de una empresa hace mucho tiempo que dejó de ser una cuestión que sólo deba interesar al propietario o propietarios de ésta. La simple propiedad de una empresa no siempre habilita para el buen gobierno de la misma, bien porque la dimensión de esa empresa exija colaboración con el resto de miembros del mercado con los se interactúa (proveedores, clientes, plantilla de trabajadores y trabajadoras, etc), bien porque el mejor funcionamiento, el clima de trabajo y el compromiso con la misma son elementos esenciales de las relaciones laborales en cualquier país del mundo.

---

Otro ejemplo de acuerdo por el cual se constituye un comité de empresa europea es el celebrado el 23 de octubre de 2000, entre la dirección de la empresa EADS y los representantes de los trabajadores que operaban en Francia, Alemania, España y Reino Unido. Dentro de ese comité de empresa europeo se crean un comité económico, y varios subcomités en varias unidades de negocio, como Airbus, Eurocopter, EADS Astrium y EADS DS. Otro ejemplo destacable es el comité de empresa europeo que se crea como consecuencia de la fusión de dos grandes empresas, Arcelor y Mittal, este comité representa a más de 130.000 trabajadores repartidos por todos los Estados miembros de la Unión Europea. Está formado por 21 representantes procedentes de 9 países (Bélgica, República Checa, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Polonia, Rumania y España). Otras empresas con comité de empresa europeo son Tetra Pak, dedicada al reciclaje. Delphi, cuyo comité de empresa europeo fue muy activo en las negociaciones del cierre de la planta de Cádiz; Air France, DHL, Repsol-PF, TAFISA, Grupo Santander, etc.

<sup>25</sup> Aunque algunos opinan que hay rivalidades entre los sindicatos y los comités de empresa europeos, de manera que sus relaciones están “teñidas de desconfianza mutua y prejuicios”, ya que los comités europeos quedan fuera del control directo de las organizaciones sindicales pues estas últimas no lograron que se les reconociera su derecho de participación cuando se elaboró su marco jurídico. Algunos sindicatos siguen temiendo que los comités europeos se conviertan en estructuras rivales en una negociación colectiva. Artículo extraído de <http://www.itfglobal.org/transport-international/ti28-ewc.cfm/ViewIn/SPA>. de 14 de octubre de 2009. Más información en “*La acción sindical de los comités de empresa europeos*” Federación Minerometalúrgica de Comisiones Obreras. Barcelona, 21 y 22 de septiembre de 2006. Directrices de UNI-Europa Gráficos sobre los procedimientos y los contenidos de los acuerdos para constituir Comités de Empresa Europeos de 25 de abril de 2008. [http://www.uniglobalunion.org/Apps/iportal.nsf/pages/reg\\_20081016\\_gca9En](http://www.uniglobalunion.org/Apps/iportal.nsf/pages/reg_20081016_gca9En). de 14 de octubre de 2009.



# **EMPLEO PÚBLICO Y REESTRUCTURACIONES: DERECHO DEL TRABAJO VERSUS DERECHO ADMINISTRATIVO**

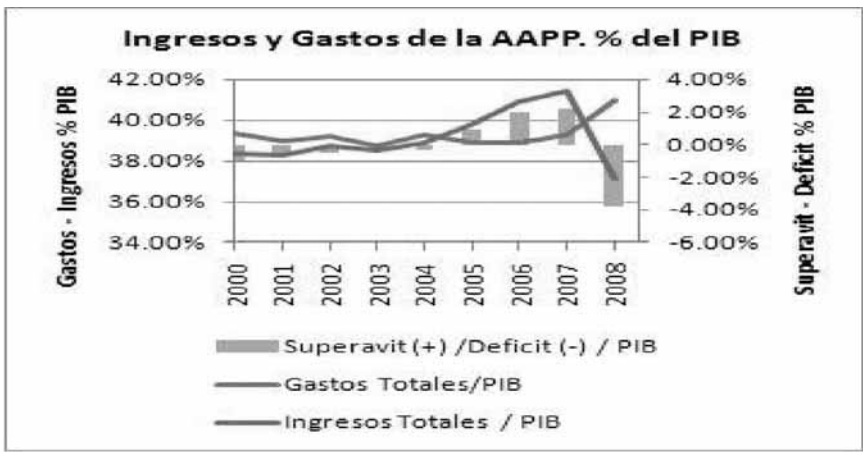
José Manuel López Gómez  
*Profesor Asociado del Departamento de Trabajo y  
de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

## ÍNDICE

1. OBJETO DE LA COMUNICACIÓN
2. PUNTO DE PARTIDA: FLEXIBILIDAD VERSUS INAMOVILIDAD
3. MOVILIDAD Y DERECHO AL CARGO
4. SUSPENSIÓN DE LAS RELACIONES DE EMPLEO Y REDUCCIONES DE JORNADA VERSUS A CONTRARREFORMA
5. ESTABILIDAD ABSOLUTA VERSUS DESPIDO POR CAUSAS ECONÓMICAS U ORGANIZATIVAS

## 1. OBJETO DE LA COMUNICACIÓN

Si durante mucho tiempo se ha pensado que era imposible que las Administraciones Públicas pudieran sufrir situaciones de deterioro económico que exigieran posibles reestructuraciones de sus plantillas a semejanza de las empresas del sector privado, mediante medidas de movilidad, reducciones de jornada, suspensiones de relaciones de empleo o despidos colectivos, ahora nos llegan noticias de que la crisis también salpica al sector público<sup>1</sup> y sabemos –los datos oficiales no existen o nos informan que están protegidos– de expedientes de regulación de empleo en el sector portuario y hasta en Ayuntamientos, así recientemente en la provincia de Sevilla se han presentado dos Expediente de regulación de empleo de dos entes locales cercanos a la capital, con pronunciamientos divergentes. Así pues, las Administraciones públicas empiezan a verle las orejas al lobo. El siguiente gráfico<sup>2</sup> puede ser ilustrativo.



Ante esa amenaza, el objeto de esta comunicación es analizar qué instrumentos jurídicos, en lo que afecta a las relaciones de empleo, ya sean funcionariales ya laborales, disponen las Administraciones para acometer reestructuraciones de sus plantillas para hacer frente a las dificultades financieras y prestar eficientemente servicios públicos de calidad a los ciudadanos. Esos instrumentos son diferentes según el régimen jurídico que rijan las relaciones de empleo, como es sabido, puede

<sup>1</sup> Así El País, 27/2/2009, iniciaba una crónica “La crisis económica ha llegado al sector público”, V. Barea Tejeiro, J., El sector público ante la crisis”, *Papeles de economía española*, pág 268.

<sup>2</sup> <http://www.espanaeconomiaynoticias.com/2009/07/tamaño-del-sector-publico-espanol.html>.

ser de derecho público o de derecho laboral, si bien con especialidades<sup>3</sup> y en esta comunicación pretendemos hacer un estudio comparado de las respuestas que ofrecen ambos ordenamientos jurídicos.

## 2. PUNTO DE PARTIDA: FLEXIBILIDAD VERSUS INAMOVILIDAD

En ordenamiento jurídico laboral, al menos en el sector privado, encontramos una amplia gama de instrumentos flexibles que permiten al empleador adoptar medidas de reestructuración de sus plantillas, desde la movilidad funcional –art. 39 ET– al despido colectivo –art. 51 ET– pasando por las reducciones de jornada, suspensión de las relaciones laborales o las prejubilaciones parciales, entre otras, hasta el punto que podemos decir que se caracteriza desde hace tiempo, tras las sucesivas reformas, por la flexibilidad<sup>4</sup>, aunque ahora se camina hacia la llamada flexiseguridad<sup>5</sup>.

Por el contrario, una de las peculiaridades más sobresaliente del Derecho de la Función Pública sigue siendo, incluso tras el EBEP (art. 14), la inamovilidad, especialmente la llamada relacional, que nosotros llamaríamos estabilidad absoluta, aunque todavía quedan vestigios del llamado derecho al cargo y he aquí un primer límite a la posibilidad de abordar reestructuraciones de plantilla ante situaciones de dificultad económica, como iremos viendo.

El derecho a la inamovilidad puede ser definido como aquel en virtud del cual el funcionario de carrera mantiene indefinidamente el vínculo jurídico que le une a la Administración, sin poder ser separado por ésta, y por el que se le protege en el ejercicio de las funciones inherentes al puesto de trabajo que ocupa, del que tampoco puede ser trasladado libremente por la Administración en tanto dicho puesto subsista<sup>6</sup>.

Así pues en su versión más tradicional la inamovilidad comprende también la propiedad –permítaseme la expresión inadecuada desde un punto de vista jurídico– del puesto de trabajo o el derecho al cargo. Dicho derecho al cargo se conserva en nuestra legislación incluso de forma más acusada tras la reforma de la Función Pública de 1984 al transformar el sistema de función pública de un sistema de cuerpos a uno de puesto de trabajo, aún manteniendo el derecho al puesto de trabajo.

---

<sup>3</sup> Permítaseme remitirme a mi reciente estudio “*La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado público*”, 2009.

<sup>4</sup> Recordemos a Rivero Lamas, J., *La flexibilidad laboral en España*, Zaragoza, 1993.

<sup>5</sup> Vid. AA. VV., coord.. Landa Zapirain, *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad : una aproximación crítica*, Albacete, 2009, Moreno Vida, M<sup>a</sup>.N., “El debate sobre la flexiseguridad en Europa”, en AA.VV., *XX Congreso de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Logroño, 2009.

<sup>6</sup> Martínez de Pisón Aparicio, A., “*Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*”, Madrid, 1995, pág. 68.

La inamovilidad, aunque ya no se considera un privilegio sino una garantía para asegurar los principios constitucionales de la imparcialidad del funcionario y la objetividad de la Administración<sup>7</sup> (art. 103.1 y 3 CE), se mantiene incluso en el EBEP, pues su art. 14 a) reconoce el derecho a la “inamovilidad en la condición de funcionario de carrera” y el derecho al desempeño de un puesto de trabajo –art. 73–, aunque puede observarse que este segundo aspecto de la inamovilidad se relativiza<sup>8</sup>, como iremos viendo.

La inamovilidad es un derecho exclusivo del funcionario de carrera que no se extiende al personal laboral<sup>9</sup>, pues el art. 14 a) EBEP lo reconoce sólo al funcionario de carrera, aunque, de alguna forma, parcialmente puede considerarse también predicable de la relación laboral de empleo público al establecer el art. 96.2 EBEP la obligación de readmitir en caso de despido disciplinario declarado improcedente, suprimiendo la opción por la indemnización y al declarar aplicable al personal laboral la asignación de un puestos en la RPT, el propio el sistema de provisión de puestos y de movilidad de los funcionarios, art. 83 EBEP.

### 3. MOVILIDAD Y DERECHO AL CARGO

Una de las primeras medidas que puede utilizar el empleador ante una situación de dificultad económica u organizativa podría ser la de reestructurar la organización del trabajo, adaptándola a la nueva situación para así ahorrar costes, reorganizando la asignación de funciones y competencias. Se tratarían de medidas que el empleador dispone de forma natural, según el ET, que utiliza para definir las obligaciones profesionales del trabajador conceptos más amplios que el de puesto de trabajo, como categoría profesional, incluso, grupo profesional incluyendo la

---

<sup>7</sup> Castillo Blanco, “Los derechos individuales de los empleados públicos”, en AA.VV (dir. Sánchez Morón) *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2008, pág. 137. En ese sentido, el *Informe de la Comisión de expertos del EBEP*, abril, 2005, dirigida por Sánchez Morón, “este derecho a la inamovilidad no constituye un privilegio personal del funcionario público, ... sino que tiene una fundamentación histórica y una justificación objetiva, pues constituye la garantía esencial de la imparcialidad del funcionario público en el ejercicio de las funciones públicas.”

<sup>8</sup> Así el *Informe de la Comisión de expertos EBEP*, pág. 24, considera que “ese plus de garantías de imparcialidad en el ejercicio de las funciones que así lo requieren, que es propio de la condición de funcionario y que justifica el elemento más característico y definitorio de su régimen jurídico: la inamovilidad en el empleo (que no en el puesto de trabajo)”.

<sup>9</sup> Sería absurdo, siendo ese un elemento distintivo entre ambos regímenes jurídicos y la razón del recurso al personal laboral, la flexibilidad que no le suministra el régimen funcionarial, dirá Castillo Blanco, “Los derechos individuales de los empleados públicos”, cit., pág. 137.

posibilidad de pactar la polivalencia a efectos de definir la prestación debida<sup>10</sup>, de forma que, sin más límites que los exigidos por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación y la pertenencia al grupo profesional, el empresario dispone de amplias facultades discrecionales respecto a la movilidad de los trabajadores en el seno de la empresa, conforme al art. 39 ET, facultades que se consideran consustanciales al poder de dirección que ostenta el empleador.

Por lo contrario, la definición de las obligaciones profesionales del funcionario se determinan según el puesto que ocupen según la Relación de Puestos de Trabajo (RPT) o instrumento similar, pues el art. 73.1 EBEP, les reconoce el derecho al puesto. No obstante, también el art. 73.2 EBEP reconoce a la Administración la posibilidad de adoptar medidas similares a la movilidad funcional ordinaria, pues permite “*asignar al personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen, siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen*”. El EBEP refuerza pues este poder de dirección del empleador público en términos similares al art. 39.1 ET –salvando las distancias entre el concepto iuslaboralista de grupo profesional y el de grado o categoría–. Aún así no falte algún autor<sup>11</sup> que entiende que la Administración tiene que motivar en cada caso que estas necesidades existen realmente y cuáles son, lo que puede suponer cierta rémora, pues el poder de dirección debería disponer de mayor flexibilidad y expresamente no se exige formalidad alguna.

El art. 81.2 EBEP incluso establece la posibilidad de movilidad a otros centros de trabajo, pues las Administraciones Públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo. Aspecto que sin embargo no contempla expresamente el ET, aunque la jurisprudencia entiende que implícitamente lo permite<sup>12</sup>.

El mismo artículo 81.2 EBEP establece incluso mecanismos de movilidad geográfica, cuando por motivos excepcionales los planes de ordenación de recursos impliquen cambio de lugar de residencia, aunque, se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados y sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzados. En este aspecto sobresale la ausencia de límites<sup>13</sup> y garantías similares a las previstas el art. 40 ET.

---

<sup>10</sup> En ese sentido el art. 22 ET, según Ley 11–1994 y su comentario en Cruz Villalón y otros, “*Estatuto de los trabajadores comentado*”, Sevilla, 2003, pág. 311.

<sup>11</sup> Aldomá Buixadé, “Planificación de los recursos humanos y estructuración...”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, 2008, dir Del Rey, cit., pág. 771.

<sup>12</sup> SSTS 26-4-2006, RJ 20063105; 2029/19/12/02, RJ 2003, 2349 y 19/04/04 RJ 2004/2864.

<sup>13</sup> Palomar Olmeda, “Provisión de puestos de trabajo y movilidad”, en AA. VV., dir. Ortega Álvarez, Madrid, 2008, “*Estatuto Básico del Empleado Público*”, cit., pág. 498.

Igualmente, el art. 81.3 EBEP prevé la movilidad provisional a otro puesto de trabajo, para “*caso de urgente e inaplazable necesidad*”, si bien exige su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación, incluso el art. 71.3 EBEP prevé la asignación de un puesto para los casos de supresión del puesto o alteración sustancial de su contenido en la RPT.

Así pues el llamado derecho al cargo se relativiza en el EBEP<sup>14</sup>, que incluso prevé la posibilidad de sustituir las RPT por otros instrumentos similares (art. 74), que pueden dar una mayor flexibilidad organizativa de los recursos humanos.

Tenemos aquí una muestra más del proceso de ósmosis<sup>15</sup> entre el ordenamiento jurídico laboral y el Derecho de Función pública, manifestado en el doble fenómeno de funcionarización del personal laboral y de laboralización del funcionario, introduciendo fórmulas de movilidad funcional cercanas a las propias del Derecho del Trabajo. En efecto, en la regulación funcionarial pueden apreciarse supuestos de movilidad horizontal ordinaria –art. 73.2 EBEP–, encomienda de funciones, redistribución y reasignación de efectivos, de *ius variandi in melius*<sup>16</sup>, como la comisión de servicios y algunos supuestos de encomienda de funciones y de *ius variandi in peius*, como la remoción de puestos de trabajo. En ambos ordenamientos jurídicos, aunque con diferente terminología, existen supuestos de facultades discrecionales, movilidad horizontal y redistribución de efectivos, según los casos, y de supuestos que deben ser justificados o motivados, por razones técnicas o productivas, o de carácter perentorio, en el ET, por razones coyunturales, necesidades de los servicios, supresión de puestos, urgente e inaplazable necesidad en el EBEP. El tratamiento retributivo, obedece a la misma lógica<sup>17</sup>, derecho a percibir las retribuciones de las funciones que se realicen, salvo *ius variandi in peius* en la que se mantiene las de origen, con excepción de los complementos de puesto de trabajo o, en su caso, el complemento específico, que en ninguno de los dos ordenamientos, como regla general, tienen carácter consolidable.

No obstante esas similitudes, no podemos dejar de señalar que mientras que el empleador del régimen laboral puede mover a sus empleados de puesto de trabajo a conveniencia de las necesidades de su organización, en el régimen funcionarial

<sup>14</sup> Sánchez Morón, “*Derecho de la Función Pública*”, Madrid, 2008, pág. 169.

<sup>15</sup> Del que nos hablara Alarcón Caracuel, en “*La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales...*”, Sevilla, 1985, pág. 31; Rusciano, “*Rapporto di lavoro pubblí e privato: verso regole comune*”, *Laboro e Diritto* a III, 1989, pág. 374, Ojeda Avilés “*Los límites del paradigma laboral en la Función Pública*”, RL 1991/1, pág 7.

<sup>16</sup> Vid estos conceptos (movilidad ordinaria e *ius variandi*) en Cruz Villalón y otros, “*Estatuto de los trabajadores comentado*”, cit., pág. 467.

<sup>17</sup> Aunque en la regulación pública el tratamiento es más heterogéneo, se prevén algunas excepciones a esa lógica de difícil justificación, como el caso de encomienda de funciones, y se establece un sistema de “*garantía del nivel del puesto*”.

mantiene un complejo sistema de provisión de puestos de trabajo que de alguna manera nos recuerda el derecho al cargo, ahora devaluado.

Respecto del régimen jurídico de la movilidad en empleo público laboral, se podría pensar que lo más lógico sería que se rigiera por el Estatuto de los Trabajadores, sin embargo, sorprendentemente ocurre todo lo contrario, al empleado laboral se le asigna un puesto concreto y determinado en la RPT de la Administración, que lejos de ser concebido como un mero instrumento técnico al servicio de la organización se considera por la jurisprudencia reglamento administrativo<sup>18</sup>, con decisiva influencia en las condiciones de trabajo. Por otro lado, el art. 83 EBEP excluye la aplicación al personal laboral de los mecanismos de movilidad funcional establecidos en el art. 39 ET, pues la movilidad de éstos se regirá por la normativa funcionarial, la que, aunque prevé algunos mecanismos de movilidad, está todavía muy lejos de la establecida en el ET. De esta forma, es previsible que el que fuera el fundamental atractivo de la legislación laboral, la flexibilidad interna que su normativa aporta en orden a la dirección y organización del trabajo y a la eficacia del servicio, desaparezca<sup>19</sup>.

#### 4. SUSPENSIONES DE LAS RELACIONES DE EMPLEO Y REDUCCIONES DE JORNADA VERSUS A CONTRARREFORMA

Las empresas en dificultades económicas u organizativas tienen a su disposición una amplia gama de posibilidades para hacer frente a la situación y garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo ya con carácter individual, ya colectivamente en el marco de los expedientes de regulación de empleo, tramitados de conformidad con lo dispuesto en el art. 51ET, así el art. 45 ET prevé la suspensión de la relación laboral por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por fuerza mayor temporal y son frecuentes otras medidas como las reducciones de jornadas, jubilaciones anticipadas o parciales.

En la legislación de función pública es difícil encontrar referencias a instrumentos similares pues parece que nunca pudieran ser afectadas por las crisis, ni requieran de medidas para hacer más eficiente los servicios que prestan a la ciudadanía.

---

<sup>18</sup> SSTs C-A 5-10-2006 (RJ 5-10-2006), con cita de las de 25-4-1995 (RJ 3397), 18-6-1998 (RJ 5634), 8-2-1999 (RJ 2032), 14-12-1990 (RJ 101639), 14-7-1993 (RJ 5641) y 28-11-1994 (RJ9332). En el mismo sentido, Fernández Domínguez, JJ, y Rodríguez Escaciano, “*La movilidad en la Función Pública: entre la estabilidad y la eficacia en la gestión*”, León, 2004, p. 27. Molero Marañón, ML, “*Acceso y clasificación profesionales las Administraciones Públicas*”, Valencia, 1999, p. 30.

<sup>19</sup> Como poníamos de manifiesto en “*La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado público*”, 2009, pág. 350 y subraya Cruz Villalón, en el Prologo de esa obra.

Algún intento de acometer medidas de flexibilización en este orden se realizó en la Reforma de 1993<sup>20</sup>, especialmente en la Ley 22/1993, de 29 diciembre, que preveía, dentro de los llamados Planes de Empleo, instrumentos cercanos a la suspensión de empleo y sueldo<sup>21</sup>, como las llamadas situaciones administrativas de *expectativa de destino* (art. 25.6 Ley 30/1984, según Ley 22/1993), en la cual el funcionario no presta servicios y percibe sólo las retribuciones básicas, el complemento de destino del grado personal que le corresponda y el 50 por 100 del complemento específico del puesto que desempeñaban al pasar a esta situación y de *excedencia forzosa* (art. 25.7 Ley 30/1984, versión Ley 22/1993), en la que permaneciendo inactivo sólo tendrán derecho a percibir las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo. Pero estas normas han sido derogada por el EBEP (disposición derogatoria apartado b).

Así el EBEP deroga las normas que disponían esos escasos recursos que podrían tener la Administración para hacer frente a situaciones críticas sin dar alternativas, así lo más que llega en su art. 69 a prever que los planes de recursos humanos pueden adoptar medidas sobre previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo y de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.

En definitiva, el EBEP establece una auténtica Contrarreforma que da la espalda al problema que difiere a las normas de desarrollo que puedan dictar las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos o la propia AGE en el suyo, sin que hasta el presente se haya hecho uso de esta facultad. En efecto, aunque el art. 85.2 a EBEP deja abierta la posibilidad de que la legislación de desarrollo prevea situaciones administrativas especiales para abordar reestructuraciones de plantilla<sup>22</sup>, pues las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto podrán regular otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera “cuando por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo”.

Ni tan siquiera, por ahora, podrían acudir a medidas de jubilaciones anticipadas o parciales de sus funcionarios pues, a pesar de que el EBEP establece que procederá la jubilación voluntaria y la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el

---

<sup>20</sup> Que analice en su momento en López Gómez, J.M., “Flexibilidad interna: movilidad funcional del personal laboral de las administraciones públicas”, *Aranzadi Social*, nº 7, 1987.

<sup>21</sup> Sánchez Morón, “*Derecho de la Función Pública*”, pág. 193.

<sup>22</sup> Sánchez Morón, “*Derecho de la función pública*”, pág. 171, según apenas se utilizó y se encuentra en desuso, pág. 194.

Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable (art. 67 2 y 4), la doctrina del TSJ de Andalucía entiende que no es aplicable esta previsión legal hasta que no se desarrolle reglamentariamente este precepto del EBEP<sup>23</sup>, aunque el Estatuto establece la aplicación directa sin eficacia diferida, ni condicionada a su desarrollo reglamentario y, salvando algunos aspectos terminológicos subsanables por analogía, la normativa de seguridad social aplicable RD 1131/2002, de 31/10, sobre jubilación parcial, podría resultar de aplicación.

Tampoco aún se ha hecho eco la previsión del EBEP de que “Por Ley de las Cortes Generales, con carácter excepcional y en el marco de la planificación de los recursos humanos, se podrán establecer condiciones especiales de las jubilaciones voluntaria y parcial”. Por ello, si se quieren adoptar este tipo de medidas, se mirará al personal laboral, aunque también puede acudir a la laboralización de sus funcionarios pues nuestros Tribunales entienden que en caso de laboralización cabe la jubilación parcial, o la anticipada, sin que se considere fraude de Ley, pues la Ley reconoce este derecho también a los funcionarios<sup>24</sup>. No obstante, el Acuerdo Gobierno Sindicatos para la Función Pública en el marco del Dialogo Social 2010/2012, compromete a éste a tramitar, en el plazo de doce meses, las adaptaciones normativas necesarias para permitir el acceso a la jubilación parcial del personal al servicio de las Administraciones Públicas, previa negociación con las organizaciones sindicales.

Huérfanas de instrumentos para hacer frente a situaciones de crisis económica, la Administraciones públicas, de nuevo, sólo tendrán la posibilidad de mirar al personal laboral, respecto de los que, en principio, ningún obstáculo parece existir para que se vean afectados por un ERE que contemple medidas de suspensiones de las relaciones laborales, con lo matices que luego veremos.

## **5. ESTABILIDAD ABSOLUTA VERSUS DESPIDO POR CAUSAS ECONÓMICAS U ORGANIZATIVAS**

Protegidos por el manto de la inamovilidad, las causas de extinción de la relación funcional están tasadas en el art. 63 EBEP (causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera) y, ni por asomo, contempla figura similar a la

---

<sup>23</sup> En ese sentido, STSJ 5-11-2008, JUR 2009\120309 y SSTSJ Andalucía, de 23-7-2008, AS-3063 y 17-7-2008, AS 2008\2594, estas dos referida al personal estatutario del Servicio de Salud. En contra, STSJ Madrid, de 18-7-2008, JUR 307687 y STS de Islas Canarias, de 10-3-2006, JUR 154265. aunque no aplican el EBEP, sino los arts. 26,4 y 77 de la Ley 55/003, de 16/12, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

<sup>24</sup> SSTSJ Islas Baleares de 5 y 6-11-2007 (AS 2008-304) y Cataluña 12-2-2008, JUR 154279. En contra, STSJ de Murcia, 10-11-2008, JUR 2009\133932, que ve en esta operación un fraude de Ley para obtener una jubilación a la que no tendría derecho como funcionario.

extinción por despido colectivo, o individual por causas objetivas económicas, organizativas, técnicas o productivas. Ni tan siquiera dispone la Administración de parecidas herramientas cuando se compruebe fehacientemente un grave excedente de personal que hace el servicio público ineficiente y costoso en exceso.

Tampoco el Acuerdo Gobierno Sindicatos para la Función Pública en el marco del Dialogo Social 2010/2012, adopta medida alguna en este orden, limitándose a la contención de las retribuciones, que sólo subirán simbólicamente un 0,3% y “al estudio y adopción de medidas de carácter organizativo orientadas a conseguir la eficacia en la prestación de los servicios y de eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles en la Administración General del Estado mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad”, constituyendo un Observatorio del Empleo Público “para la realización de diagnósticos para lograr un adecuado redimensionamiento de las plantillas existentes” y “delimitar la prestación de los que puedan ser externalizados”.

Mientras tanto, de nuevo, en tales situaciones se mirará al personal laboral, pues en principio nada impide que puedan adoptarse medidas de este tipo respecto del personal laboral, es más, conforme a la regla general establecida en el art. 7 EBEP, el Estatuto de los Trabajadores le es de plena aplicación.

En efecto, en principio, cabe la extinción de la relación laboral por extinción de la personalidad jurídica del contratante, art. 49.1 g) ET que, aunque es un supuesto extraño en el sector público, no es imposible<sup>25</sup> en personas jurídico-públicas tipo ente público con personalidad jurídica propia, organismo autónomo, Universidad, mancomunidad de municipios, fundación pública... aunque cabe precisar que en tal caso, la extinción de la relación laboral sólo procederá cuando no exista cambio de titularidad de los servicios o centros afectados y deberá tramitarse por el procedimiento previsto para el despido colectivo regulado en el art. 51 ET<sup>26</sup>.

Respecto a la extinción por fuerza mayor, parece difícil imaginar que en el sector público pueda sobrevenir un acontecimiento o fenómeno extraordinario, imprevisible y ajeno a la voluntad de las partes que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, aunque tampoco existe ningún impedimento jurídico para que, en caso de que sucediera, se aplicara esta causa de extinción, que operará siempre que su existencia haya sido debidamente constatada, conforme a lo dispuesto en el art. 51.12 ET, respecto de los despidos colectivos. No obstante, un importante sector jurisprudencial<sup>27</sup> amplía considerablemente el concepto de fuerza

---

<sup>25</sup> Un ejemplo, en STS Castilla-La Mancha, 23/12/2004, AS 2004\3699.

<sup>26</sup> En ese sentido, la STS Madrid de 26-3-2007, AS 2859, referida a la extinción de un servicio del ayuntamiento.

<sup>27</sup> SSTs de 18-12-2007, RJ 1289, 10-03-1999 RJ 2124, 5-07-2000 RJ 6897 y 5-10-1999 RJ 776. En el mismo sentido: SSTSJ de Madrid, de 12-7-2005 AS 2003, Castilla y León, 8-10-2002, AS 274378. Castilla y León, 13-3-2000 AS 3033, Islas Canarias, de 14-7-2006 AS 3173.

mayor al entender que nos encontramos ante un supuesto de fuerza mayor por *factum principis* cuando la autoridad judicial anula un procedimiento selectivo con posterioridad a que el trabajador seleccionado hubiera sido contratado en virtud de dicho proceso y, ante tal amplitud del concepto, en el futuro nos podemos llevar alguna otra sorpresa.

El art. 49.1 l) ET prevé la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas legalmente procedentes, entre otras, la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A ellas cabe añadir una causa específica para las Administraciones públicas, la contemplada en el art 52 e) ET, a la que después nos referiremos.

En lo que respecta a la aplicación del art. 52 ET a la relación laboral de empleo público, en sede teórica, no parece existir dificultad alguna para admitir incluso la posibilidad de extinción del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas<sup>28</sup>, pues no parece posible descartar la hipótesis de que en el sector público pueda ser necesario el despido objetivo de carácter individual por amortización del puesto de trabajo ET en salvaguardia de la eficiencia del servicio público.

En ese sentido, cabe rechazar<sup>29</sup> la argumentación de que las causas de extinción por las causas previstas en los arts. 51 y 52 ET son difíciles admitir en una Administración pública, bajo el pretexto de que el legislador está pensando en una empresa mercantil, situada en un mercado competitivo y globalizado con problemas de supervivencia o de viabilidad futura derivada de aquella competencia, asegurando que la Administración tiene su supervivencia garantizada, porque cuando una Administración Pública actúa como empleadora le son plenamente aplicables, en virtud del art. 7 EBEP, las normas laborales, entre ellas el artículo 52 a) ET, siempre que concurren las circunstancias en él previstas para proceder a la citada extinción”, que bien podría proceder en el caso de una racionalización del gasto a través de una reorganización de la plantilla.

En el caso de las Administraciones públicas<sup>30</sup>, la causa objetiva-económica, técnica, organizativa o de producción, actúa cuando se produce un desequilibrio entre ingresos y gastos u organizativo y la finalidad del despido objetivo será con-

---

<sup>28</sup> V. Del Rey Guanter, “*Los despidos por “causas empresariales” y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma*”, en RL, núms. 17-18-1994, págs.167 y sigs.

<sup>29</sup> En ese sentido, la STSJ Castilla León de 24-7-2006, As 3325, en el caso de una racionalización del gasto a través de una reorganización de los efectivos humanos y las tareas a ellos asignadas, pues las funciones han pasado a ser realizadas por dos funcionarios y por otra parte la escasa actividad administrativa se ha visto reducida por la implantación de sistemas informáticos, todo lo cual hace que resulte acreditada la necesidad de amortizar, por razones organizativas el puesto de trabajo que venía desempeñando la actora.

<sup>30</sup> Señala la STSJ de Cataluña, de 16/12/2004, AS 2004\320.

tribuir a superarlo, de manera que en estos supuestos, el despido se configura como un acto positivo de la eficiencia del servicio público, incluso, ¿porqué no?, de supervivencia, pues jurídicamente, es perfectamente posible la disolución de un ente público.

Respecto de la posibilidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo ocupado por un trabajador con contrato declarado indefinido<sup>31</sup> existe abundante jurisprudencia<sup>32</sup> que la admite, lo extraño es que la causa de extinción, en ese caso, opera automáticamente, sin necesidad de formalidad, ni prueba alguna, remitiéndose al art. 49.1 ET. Por nuestra parte, entendemos que existiendo una regulación legal expresa y específica sobre la extinción del contrato por amortización del puesto de trabajo por causas organizativas, técnicas o económicas, ex art. 52 c) ET, no cabe recurrir al art. 49.1 b ET, que sólo admite la cláusula extintiva que no constituya abuso manifiesto, pues, parece abusivo hacer depender la vigencia de un contrato a que concurra alguna de las mencionadas causas de extinción objetiva de la relación, porque lo que se trataría entonces es de eludir la regulación legal del despido objetivo por amortización del contrato, sin perjuicio de que si la Administración efectivamente encuentra innecesario el puesto pueda extinguir el contrato por la vía legalmente establecida, art. 53 ET.

En relación con la posible extinción por causas objetivas económica u organizativa de la relación laboral de empleo público, se presenta una dificultad añadida pues el art. 15.1. d) de la Ley 30/1984 dispone que “la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizará a través de las relaciones de puestos de trabajo” por lo que parece que en principio la modificación de la RPT se presenta como un requisito previo al despido objetivo, al menos desde la doctrina mayoritaria que concibe ese instrumento como una norma reglamentaria<sup>33</sup>. Desde esa óptica se mantiene que la supresión de un puesto de trabajo, mediante la modificación de la RPT, habilita sin más a la Administración a dar por extinguido el contrato de trabajo de su titular, sin necesidad de acreditar las causas de despido objetivo o colectivo establecidos con carácter general en la legislación laboral, al menos ante la jurisdicción social, pues mayoritariamente se considera que no es su misión examinar si concurren las causas de fondo sino sólo si la Administración ha utilizado el procedimiento adecuado y que realmente se produce la

---

<sup>31</sup> Por contraposición al fijo, V. diferencias en mi obra “*La relación laboral especial...*”, cit., pág. 196 y sigs.

<sup>32</sup> SSTs Castilla-La Mancha, 16-10-2004 (AS 544), 5-11-2003 (AS 160), 22-4-2005 (AS 917) y 2-7-2004 (AS 1503) entre otras muchas del mismo Tribunal, SSTSJ de La Rioja de 23-7-2002 (AS 2916) y Cataluña 7-5-2004 (AS 2208) y 10-12-2003 (AS 816), STSJ Castilla-La Mancha, de 25-5-2006 (AS 2231).

<sup>33</sup> Con mas detalle se analiza la naturaleza jurídica de las RPT en “*La relación laboral especial de empleo público...*”, pág. 302.

amortización<sup>34</sup>. Por mi parte, por el contrario, entiendo que ni tal precepto exige la previa reforma de la RPT, que bien podría hacerse *a posteriori*, una vez articulado el procedimiento establecido en el art. 53 ET y concluidos los requisitos para articular el despido objetivo, ni que la Administración esté exenta de acreditar en sede social la existencia de causa de extinción objetiva<sup>35</sup>.

No obstante, la jurisprudencia social<sup>36</sup> parece resistente al análisis de las razones de fondo de la amortización del puesto pues considera que la decisión de amortizar es un acto administrativo, si acaso impugnabile en sede contencioso administrativa, especialmente cuando se trata de la amortización de una plaza ocupada por un contrato indefinido o de interinidad, en cuyo caso la función de la jurisdicción laboral se limita a: A) Determinar la norma que autoriza a llevar a cabo la amortización. B) Comprobar si el Acuerdo de amortización ha incluido o no la plaza ocupada por la actora. C) Valorar si dicho Acuerdo ha sido adoptado por órgano competente y con los requisitos formales necesarios.

Por otra parte, cabe señalar que la Reforma de 2001 introdujo un supuesto de extinción de la relación laboral, especialmente diseñado para la Administración pública y otras entidades no lucrativas (52 e) ET ) disponiendo que se puede producir la extinción de la relación “por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate” en el caso de contratos por tiempo indefinido, concertados para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales, consecuencia de ingresos externos de carácter finalista.

Se trata de una subcausa del despido por causas económicas, aunque para que sea apreciada basta la concurrencia de disminución de la partida presupuestaria sin necesidad de acreditar una situación global de deterioro económico<sup>37</sup> y se exige como requisito que el contrato que se pretende extinguir sea indefinido. El término

---

<sup>34</sup> STSJ Cataluña de 10-12-2003, As 2004\816, para la que “en cualquier caso no corresponde la Sala decidir sobre las razones de fondo tenidas en cuenta por el Ayuntamiento para suprimir la escuela de adultos, lo cual entra dentro de las facultades que ostenta en orden a la organización y distribución de sus recursos, sino sobre la corrección formal de la decisión adoptada, único extremo que la Sala puede analizar con arreglo al artículo 4 LPL ( STS 10-7-2000 (RJ8295). En consecuencia, habiéndose amortizado los puestos de trabajo de los actores con sujeción a los trámites legalmente previstos al efecto, como consecuencia de la supresión del servicio de escuela de adultos que venía prestando el Ayuntamiento, concurren causas organizativas que justifican la extinción de sus contratos de trabajo al amparo del artículo 52.c) ET.

<sup>35</sup> *La relación laboral especial de empleo público...*, cit., pág. 336.

<sup>36</sup> STS10-7-2000, RJ 6898 (seguida por las de 12-2-2001, RJ 6898, 17-9-2001, AS 583 y 23-4-2002, AS 7850 entre otras).

<sup>37</sup> Cruz Villalón, “Estatuto...”, cit., pág. 704.

utilizado, “indefinido”, en una reforma operada varios años antes de que el art. 11 EBEP distinguiera el contrato indefinido del fijo de plantilla, nos podría hacer pensar que el art. 52 e) ET se refiere al tradicional trabajador fijo de plantilla, pero si tenemos en cuenta que en esas fechas ya era reiterada la jurisprudencia que provocó esa distinción, la conclusión podría ser otra, y se trataría del primer reconocimiento legal de esa figura del contrato indefinido. Interpretado de esta forma no procedería esta causa de extinción caso de ser trabajador fijo, como tampoco cabría esta causa para la extinción antes de su vencimiento una contratación temporal<sup>38</sup>.

En sede teórica, tampoco cabe descartar la posibilidad de despido colectivo en el ámbito laboral público, todo lo más pudiera plantearse algún tipo de problema de orden práctico, respecto del despido colectivo por causas económicas, por cuanto que parece difícil pensar que las grandes organizaciones públicas (Administración del Estado y Administraciones de las Comunidades Autónomas, a la Ley reconoce personalidad jurídica única) no puedan absolver en otros puestos a un grupo de trabajadores innecesarios en determinada parcela, lo que posiblemente dificultaría la aceptación de los representantes de los trabajadores o, en su caso, la aprobación por la autoridad laboral de un expediente de extinción de los contratos. Más factible, en estos casos, resultaría la suspensión de los relaciones, para permitir su reingreso en las plazas que queden vacantes. A ello se añaden las dificultades derivadas de la consideración de unidad empresarial del grupo de empresas que forman las Administraciones matrices y las Entidades de ellas dependientes. No ocurre lo mismo cuando se trata de la necesidad de reducción de plantilla por inadaptación a los avances tecnológicos, razones productivas o de organización, o cuando los afectados pertenecen a Corporaciones Locales o entidades con personalidad jurídica propia, con independencia real, donde cabe la posibilidad, tanto teórica como práctica, de que se plantee el problema de situaciones de este tipo.

Sin embargo, cuando la Administración Autonómica se ha enfrentado ante la necesidad de resolver dos ERES de los Ayuntamientos del área metropolitana de Sevilla se ha puesto en cuestión esta posibilidad y, ante las discrepancias surgidas, se dicta la Instrucción 1/2008, de 14 de octubre de la Viceconsejería de Empleo, que entiende que resulta difícil aplicar el art. 51 ET a la Administración local<sup>39</sup>, en particular si las causas son económicas, porque dichas causas se concretan en el resultado de la explotación, sobre su equilibrio de ingresos y gastos, de costes y

---

<sup>38</sup> STS Asturias de 13-10-2007, JUR 134152, no procede la extinción por esta causa cuando el contrato no era por tiempo indefinido sino de duración determinada, para obra o servicio.

<sup>39</sup> En términos similares, la STS Cataluña (C-A) de 29/4/2006, JUR\2006\52309, aunque sin cuestionar la posibilidad de articular un ERE, sostiene que ni el endeudamiento público, ni una situación en la que los ingresos que se obtienen de las distintas Administraciones Públicas implicadas no son suficientes son causas para aprobar una reducción de personal, pues, hallándose implicado el nivel asistencial, ello será factible sólo cuando efectivamente el personal se halle sobredimensionado, dado que el servicio asistencial de salud es por su propia naturaleza deficitario.

beneficios y siempre ha de ser negativa, por el contrario, el fin de un Ayuntamiento no cifra dichos resultados en términos de beneficios, sino de entrada, la prestación de los servicios públicos locales atendiendo a criterios de eficiencia debe constituir el fin prioritario de la gestión pública local. Entiende la Instrucción que el ET está pensado con la lógica de una empresa cuya finalidad es sobrevivir en un mercado competitivo, permitiendo los EREs con el fin de mejorar su posición competitiva o supervivencia en el mercado, pero una Administración pública no funciona con esa lógica pues su fin es el servicio a los ciudadanos sin que para ello sea protegible su mayor o peor situación económica. No obstante esas consideraciones, la Instrucción no descarta absolutamente la posibilidad del expediente de regulación de empleo, sólo “debe ser totalmente restrictiva”, de forma que la solicitud de autorización del ERE ha de ir acompañada de la documentación acreditativa de las causas motivadoras acreditando que el Ayuntamiento ha agotado todas las medidas de saneamiento financiero que le permite la legislación, mediante la aportación del informe de la Dirección General de la Administración Local, refiriéndose a la posibilidad de recibir ayudas de la Diputación o de la propia Administración autonómica.

Esta posición nos parece extremadamente rígida, pues compartiendo que el despido colectivo o la suspensiones de los contratos, deben ser la última medida y que debe acreditarse el deterioro económico y que se han agotado las posibilidades de saneamiento financiero, no podemos compartir que niegue a la Administración la posibilidad de tomar medidas que permitan garantizar la viabilidad del servicio público, el equilibrio de sus ingresos y gastos<sup>40</sup>, por tanto su rentabilidad y su eficiencia, condenando a los ciudadanos a soportar un excesivo gravamen, pues, a la postre, si las plantillas no se adecuan a los ingresos recibidos, se exigirá a los ciudadanos una mayor contribución. Cierto es que la dicción literal del art. 51 ET permite la citada argumentación, y que efectivamente ese precepto está pensando en empresas que deben sobrevivir en el mercado de la competencia, pero no lo es menos que el ET se aplica todo empleador, incluso a los que no tienen ánimo de lucro, lo que exige una interpretación que no descarte la aplicación de la institución jurídica, sino que module los conceptos indeterminados de situación negativa, viabilidad del empleo etc, y no condene a los ciudadanos a soportar y sufragar Administraciones infladas de personal y deudas por el mal hacer de políticos irresponsables.

---

<sup>40</sup> En ese sentido, la STS C-A de 11 octubre 2005; RJ\2005\7268, mantiene que la gratuidad o el carácter asistencial de un servicio público municipal no significa que no tenga una dimensión económica, puesto que ha de ser sufragado con los fondos municipales. Por tanto, con independencia de que la supresión pueda no ser procedente desde otro punto de vista, debe rechazarse que para el establecimiento o continuidad de esa clase de servicios no puedan ser ponderadas razones de índole económica.

Rigideces de este tipo provocan, como señala Cruz Villalón<sup>41</sup>, a la aparición de unas especies de válvulas de escapes, por las que se atienden a las necesidades de flexibilidad de las Administraciones Públicas, temporalidad y externalización de servicios públicos hacia el sector privado, que pueden modular sus plantillas en tiempos difíciles.

---

<sup>41</sup> CRUZ VILLALÓN, Prólogo a mi estudio “*La relación laboral especial...*”, cit., pág. 25.

# **LOS MÍNIMOS LEGALES DE PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR RESPECTO AL MANTENIMIENTO DE CONDICIONES LABORALES EN CASO DE FUSIÓN O ABSORCIÓN DE EMPRESA Y SU POSTERIOR HOMOGENEIZACIÓN**

M<sup>a</sup> Teresa Velasco Portero  
*Prof. de INSA-ETEA, Facultad de Empresariales  
de la Universidad de Córdoba*

Antonio Linares Gutiérrez  
*Licenciado en Derecho. Madrid*

## **ÍNDICE**

1. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR UN PROCESO DE SUCESIÓN DE EMPRESA
  - 1.1. Las condiciones provenientes del convenio colectivo en vigor en la empresa cedente
  - 1.2. Los pactos individuales y las decisiones individuales de efectos colectivos en la empresa cedente
2. CONCURRENCIA DE TRABAJADORES CON DIVERSOS ESTATUTOS JURÍDICOS EN LA NUEVA EMPRESA: LA NECESIDAD DE HOMOGENEIZAR, ANTES O DESPUÉS DE LA TRANSMISIÓN
3. EL PROCESO DE HOMOGENEIZACIÓN DE CONDICIONES LABORALES: EJERCICIO DEL IUS VARIANDI O MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS ACUERDOS DE EMPRESA

## 1. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR UN PROCESO DE SUCESIÓN DE EMPRESA

El artículo 44 del Estatuto de los trabajadores (en adelante, ET), que traspone la Directiva CE 2001/23, recoge un completo sistema de garantías para los trabajadores para el caso de cambio de empresario. En concreto, la protección de los derechos de los trabajadores se extiende a varios aspectos: 1) el mantenimiento de la relación laboral, 2) la conservación del contenido del contrato, 3) la responsabilidad de cedente y cesionario sobre distintos tipos de obligaciones laborales y 4) el mantenimiento o transformación de los mecanismos de representación de los trabajadores. Se trata de un artículo largo, complejo y particularmente “tuitivo” que, a pesar de ello, configura un inquietante panorama para los trabajadores de la empresa transmitida, más por lo que el texto calla que por lo que afirma.

Aunque la transmisión no se haya producido en un entorno de dificultades económicas, e incluso si ambos empresarios son suficientemente solventes, el cambio en la titularidad de la empresa es siempre un suceso especialmente traumático para la relación laboral. Supone, en el mejor de los casos, la integración en otra cultura empresarial, cambios en el estilo de dirección, inserción en una planificación estratégica distinta... Como en otras situaciones delicadas, la flexibilidad va a ser el factor clave para la adaptación a la nueva situación. No cabe duda de que se trata de un mar tormentoso, por lo que, una vez garantizado el mantenimiento de la relación, la determinación de la suerte que puedan correr las condiciones laborales de que vienen disfrutando los trabajadores se convierte en una cuestión prioritaria.

En este sentido, la Directiva CE 2001/23 establece lo siguiente:

*“Artículo 3: 1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o relación laboral existente en la fecha del traspaso serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso. (...) 3. Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o aplicación de otro convenio colectivo (...). 4. a) Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los apartados 1 y 3 no serán aplicables a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de los regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social (...).”*

Cumpliendo los mínimos de protección a que obliga esta Directiva, el artículo 44 ET establece que el nuevo empresario queda “*subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.*”. El texto actualmente vigente es fruto de una modificación a

la redacción original del ET, con el objetivo de transponer dicha Directiva. De esta manera, se amplía mucho el texto original que, pese a ser excesivamente escueta, había dado lugar por vía jurisprudencial a un sistema de protección de los trabajadores que, en lo relativo al mantenimiento de sus condiciones laborales, era básicamente similar al actual, aunque ahora quedan solventadas algunas cuestiones que antes eran bastante conflictivas<sup>1</sup>.

Los Tribunales venían admitiendo que la subrogación que ya establecía el antiguo artículo 44 implicaba, no solo la subsistencia de los contratos de trabajo, sino también “la continuidad de los marcos convencionales, colectivo o individual” vigentes en “el momento de producirse la transmisión: convenios colectivos, acuerdos y usos de empresa, pactos individuales y concesiones unilaterales del empresario exigibles como condiciones más beneficiosas de origen contractual”<sup>2</sup>. El efecto subrogatorio rige, por tanto, cualquiera que sea el origen de los derechos y obligaciones que deben ser mantenidos por el nuevo empresario. Es una garantía que se refiere, no solo a los derechos adquiridos, sino que, con carácter general se extiende al mantenimiento del estatuto profesional del trabajador a través de la conservación del régimen jurídico que le era de aplicación en la empresa cedente, ya fuese por la aplicación del convenio colectivo o por cláusulas contractuales<sup>3</sup>. El mecanismo de la subrogación empresarial se produce por mandato del legislador y, por tanto, ni es necesaria la aceptación del nuevo titular, ni pueden impedirlo los acuerdos que suscriban el cedente y el cesionario<sup>4</sup>.

Que el nuevo empresario quede vinculado por la totalidad de derechos y obligaciones laborales adquiridos por el anterior, con independencia de su origen normativo implica una equiparación de las fuentes de la relación laboral a efectos de la sucesión de empresa, en orden a la conservación del status del trabajador, que no debe resentirse<sup>5</sup>. Ahora bien, eso no quiere decir que sea un status inamovible. El sistema de fuentes de la concreta relación laboral se mantiene, con las reglas de funcionamiento propias de cada una de dichas fuentes, lo que significa que, con el tiempo, las condiciones laborales podrán correr distinta suerte según cual haya sido su origen.

---

<sup>1</sup> En este sentido, parece que el legislador haya pretendido convertir los criterios interpretativos jurisprudenciales en reglas normativas, fijándolos de manera definitiva. Vid. J. Moreno Gené, *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 21 y 22.

<sup>2</sup> STSJ Murcia de 2 de septiembre de 1996 (AS 2843). En la doctrina, F. Valdés Dal-Ré. “Problemas de determinación del convenio colectivo aplicable en la transmisión de empresa (I)”, *RL*, 1996-1, p. 14.

<sup>3</sup> A. Desdentado Bonete, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *RMTAS*, n° 38, p. 256.

<sup>4</sup> Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo y García Murcia, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 651.

<sup>5</sup> L. Mella Méndez, “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresa: excepciones. Comentario a la STJCE de 4 de junio 2002 (TJCE 2002\178)”, *AS*, n° 12/2002, p. 3 de 6.

### 1.1. Las condiciones provenientes del convenio colectivo en vigor en la empresa cedente

La cuestión del convenio colectivo aplicable a los trabajadores provenientes de la empresa cedente fue polémica durante la vigencia del antiguo artículo 44 ET<sup>6</sup>. Una línea doctrinal y jurisprudencial mantenía el criterio de la vigencia del convenio de la empresa cedente después de la transmisión, criterio derivado de la literalidad del artículo 44.1<sup>7</sup>; una segunda línea era partidaria de considerar que se producía un supuesto de concurrencia de convenios, a resolver por el principio de norma más favorable del art. 3.3 ET<sup>8</sup>, mientras que otra línea optaba por considerar de aplicación el artículo 82.3 ET y, por tanto, defendía la aplicación directa del convenio colectivo de la empresa cesionaria. La discusión fue zanjada por la reforma de 2001, pues a partir de entonces el art. 44 ET dispone que “*salvo pacto en contrario establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por las sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida*”. Por tanto, en este momento no hay duda de que el convenio de la empresa cedente continúa aplicándose a los trabajadores que provienen de ésta, aún después de la transmisión.

La regla de la extensión de la eficacia del convenio de la empresa cedente para los trabajadores que provienen de ésta supone una excepción al principio de eficacia *erga omnes* del convenio colectivo contenida en el art. 82.3 ET<sup>9</sup>, que parece que se justifica por la presunción de que las condiciones del convenio de la empresa cesionaria son peores. Lo cual no siempre es así, por lo que queda abierto el problema de lo que pueda ocurrir cuando el convenio colectivo de la cesionaria

---

<sup>6</sup> A pesar de que la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad, decía en su art. 3.3 que “después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”. La claridad de la Directiva no impidió el debate.

<sup>7</sup> En este sentido, de manera contundente, L. Mella Méndez, *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*, Granada, 2000.

<sup>8</sup> SSTS de 18 de diciembre de 1990 (Ar. 9808) y la de 22 de junio de 1993 (Ar. 47756)

<sup>9</sup> Vid. L. Mella Méndez “El nuevo artículo 44.4, del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa”, *REDT*, 2002 (111), 362.

contiene mejores condiciones<sup>10</sup> aunque, en nuestra opinión, del nuevo artículo 44 se desprende que en todo caso es de aplicación el de la empresa cedida<sup>11</sup>.

En cuanto a los convenios extraestatutarios, en especial los firmados a nivel de empresa por los órganos de representación unitaria o las organizaciones sindicales más representativas, inclinándonos por su eficacia normativa, consideramos que hay que aplicarle la misma regla que a los estatutarios, en el sentido de que su continuidad está vinculada a su duración temporal<sup>12</sup>. La misma regla pensamos que rige para los acuerdos de empresa.

## **1.2. Los pactos individuales y las decisiones individuales de efectos colectivos en la empresa cedente**

Aunque ni el texto de la Directiva ni el del artículo 44 ET mencionen expresamente esta fuente de las obligaciones, la regla general de que el nuevo empresario se subroga en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior supone el mantenimiento de las condiciones derivadas de pactos individuales y de decisiones individuales del empresario de efectos colectivos<sup>13</sup>. Los contratos permanecen con todo su contenido sinalagmático, sobre todo en las condiciones esenciales de salario, jornada, categoría, tareas, etc.<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Mella Méndez (vid. Supra) entiende que son los casos más apropiados para celebrar un acuerdo de empresa con los representantes de los trabajadores, gestionando la aplicación del convenio de la cesionaria.

En otro sentido, considerando que las mejoras del convenio de la cesionaria se aplican a todos los trabajadores, la sentencia del TS de 5 de septiembre de 1989, que señala que no se puede excluir de la mejoras a los trabajadores de la empresa cedida.

<sup>11</sup> En el mismo sentido, Camps Ruiz, *Derecho del Trabajo. Tomo II. Contrato individual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 565.

<sup>12</sup> En el mismo sentido, S. Del Rey Guanter, “El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del ET”. *Temas Laborales*, n° 61/2001, p. 336.

<sup>13</sup> “Se entiende, consiguientemente, que por lo que se refiere a las condiciones derivadas de la voluntad individual –en contrato o por decisión unilateral del empresario que después se integra en ese ámbito contractual como condición más beneficiosa–, la mera sucesión no va a representar posibilidad alguna de alteración, determinándose su continuidad” S. Del Rey Guanter, “El nuevo régimen laboral...” *op. cit.* p. 335.

<sup>14</sup> J.M. Marín Correa, “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 48, p. 92.

Por tanto, se mantienen los siguientes derechos laborales:

- a) La antigüedad que los trabajadores tenían en la empresa de origen, tanto a efectos de retribución<sup>15</sup> como a efectos de cálculo de indemnizaciones.
- b) La conservación de la cuantía de las retribuciones que se venían percibiendo, sin que se puedan suprimir ni reducir los conceptos salariales de que gozaban los trabajadores de la empresa de origen.
- c) El respeto a la jornada, horario, turnos, régimen de descanso y vacaciones.
- d) La categoría, aunque no haya que respetar exactamente las mismas funciones que venía desempeñando.
- e) La duración del contrato, incluso en los casos de contratos temporales fraudulentos, aunque el nuevo titular ignorase el carácter fraudulento de la contratación<sup>16</sup>.

Siendo indiscutible la subrogación, la doctrina se divide en cuanto al alcance de ésta. Mientras unos autores defienden que se mantiene el estatuto jurídico del trabajador a través de la conservación del régimen jurídico que le era de aplicación en la empresa cedente, ya sea el convenio colectivo o el contrato de trabajo<sup>17</sup>, otros, apoyándose en cuantiosa jurisprudencia, defienden que el efecto subrogatorio no resulta omnicompreensivo, puesto que solo juega en relación con derechos ciertos, y no meras expectativas<sup>18</sup>.

En lo que sí existe unanimidad es en considerar que la subrogación no supone una congelación de las condiciones, en el sentido de que sea imposible modificarlas. La modificación de las condiciones no sólo es posible sino necesaria, aunque para ello habrá que tener en cuenta cuál fue su origen en la empresa cedente. Siguiendo a MONEREO, consideramos que la sucesión laboral del nuevo empresario en la posición laboral del anterior supone imputarle el mismo complejo de

---

<sup>15</sup> La STSJ Murcia nº 1740/2001 señala cuando se consolida el derecho a antigüedad del trabajador: “el derecho a devengar trienios por acumulación de servicios prestados (...) se adquiere y se consolida a medida que se vayan completando los correspondientes tramos” (F.D. 2º).

<sup>16</sup> STS de 30 de septiembre de 1997.

<sup>17</sup> A. Desdentado Bonete, “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *RMTAS*, nº 38, p. 256, que cita en el mismo sentido a L.M. Camps Ruiz *Puntos críticos del cambio de titularidad en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997 y a F. Valdés Dal Re, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales*, MTAS, Madrid, 2001. También J. Moreno Gené, *El nuevo régimen jurídico-laboral... op. cit.* p. 92, considera que “subsisten en sus mismos términos, las otras fuentes jurídicas que configuran en su conjunto el estatuto jurídico de los trabajadores transferidos, es decir, disposiciones legales y reglamentarias, convenios colectivos, reglamentos internos, usos y costumbres locales y profesionales vigentes y aplicables a la relación de trabajo, etcétera”.

<sup>18</sup> L. Mella Méndez, “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores...” *op. cit.* p. 4 de 6.

fuentes reguladoras, y que cada una de ellas sigue conservando su propia lógica interna de funcionamiento. De esta manera, dice MONEREO que los convenios colectivos no se interiorizan en el contrato de trabajo, y que la autonomía colectiva negociada puede introducir las modificaciones que le permiten el 82.4 y el 86.4 del ET. Por la misma razón, consideramos que los pactos individuales y las decisiones individuales del empresario de alcance colectivo siguen vigentes en todas sus estipulaciones, pues éstas están “interiorizadas”, incorporadas al nexo de trabajo y, según el principio de condición más beneficiosa, han de ser respetadas como derecho adquirido por futuros convenios colectivos.

## **2. CONCURRENCIA DE TRABAJADORES CON DIVERSOS ESTATUTOS JURÍDICOS EN LA NUEVA EMPRESA: LA NECESIDAD DE HOMOGENEIZAR, ANTES O DESPUÉS DE LA TRANSMISIÓN**

La gestión ordinaria de la empresa se ve tremendamente dificultada cuando tiene que asumir la concurrencia de distintos estatutos jurídicos, dependiendo de la procedencia del trabajador. Por razones de simplicidad, de justicia y de equidad interna se impone que, más tarde o más temprano, se inicie un proceso que lleve a la homogeneización. Las modernas técnicas de recursos humanos prestan especial atención al clima laboral y es imposible mantener un buen clima cuando los trabajadores son conscientes de que existen diferencias de trato dentro de la empresa que no responden ni al desarrollo de la actividad ni a las competencias personales, sino a un motivo ajeno a la prestación. Por ello, el propio ET contiene diversas previsiones en este sentido, y llega a hablar expresamente de la posibilidad de un acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, posterior a la transmisión, que enervaría la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente.

Lo que desde luego carecería de efectos sería un posible pacto entre cedente y cesionario, ya que el mecanismo de subrogación empresarial se produce por mandato de la ley, sin que sea necesaria la aceptación del nuevo titular y sin que puedan impedirlo los acuerdos en distinto sentido del empresario que trasmite y el que adquiere<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> A. Martín Valverde, F. Rodríguez Sañudo, J. García Murcia, *Derecho del Trabajo*, op. cit. p. 651.

### 3. EL PROCESO DE HOMOGENEIZACIÓN DE CONDICIONES LABORALES: EJERCICIO DEL IUS VARIANDI O MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LOS ACUERDOS DE EMPRESA

Admitiendo la posibilidad y la necesidad de homogeneizar las condiciones laborales en la empresa cesionaria, el procedimiento para llevarlo a cabo dependerá del origen de las condiciones que se pretenden modificar. Habrá que respetar la lógica interna de funcionamiento de la fuente de la que procede la condición que se pretende alterar.

En la práctica jurídica, el convenio colectivo aparece como la fuente que regula normalmente “la determinación de los efectos derivados de la transmisión de la empresa sobre las relaciones laborales y la organización del sistema de relaciones laborales después del cambio de titularidad del complejo empresarial”<sup>20</sup>. El convenio será válido como vía para modificar las condiciones provenientes del convenio vigente en la empresa cedida, condiciones que también pueden modificarse por acuerdo de empresa, establecido una vez consumada la sucesión entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, que evitaría que las relaciones siguieran rigiéndose por el convenio colectivo de la empresa cedente. La mención expresa del artículo 44.4 de que el acuerdo sea posterior parece llevar a la conclusión de que, por exclusión, estos “acuerdos de empresa” no pueden producirse antes de la transmisión se haya efectuado<sup>21</sup>; sin embargo, consideramos que el acuerdo previo es posible siempre que se respeten los mínimos legales.

Por otra parte, aún vigente el convenio colectivo de la empresa cedida, el empresario podrá alterar las condiciones que venía disfrutando cada trabajador concreto dentro del marco de dicho convenio, bien por la vía ordinaria del *ius variandi*, bien por los procedimientos más excepcionales de la movilidad funcional o geográfica de los artículos 39 y 40 ET, o bien por la vía de la modificación sustancial de condiciones regulada en el artículo 41 ET, en sus dos modalidades de individual o colectiva. Esto puede hacerlo el empresario cedente, con miras a uniformar lo más posible las condiciones de los afectados, o bien el nuevo empresario, aunque en todo caso es de aplicación lo previsto en el nuevo 44.9 ET, en el sentido de que “El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores, vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de con-

---

<sup>20</sup> J.L. Monereo Pérez, “La sucesión de empresa (En torno al artículo 44)”, *REDT*, 2000 (100-1), p. 940.

<sup>21</sup> Camps, *Derecho del trabajo*..., op. cit, p. 566.

sultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistiesen en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento de período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente ley.”

Pese que, como hemos dicho, el convenio colectivo es la vía habitual para homogeneizar, no es el procedimiento adecuado para modificar las condiciones provenientes de pactos individuales o decisiones individuales del empresario de efectos colectivos. Cuando esto ocurre, las condiciones se han incorporado al nexo contractual, no son externas a él. Son derechos adquiridos, condiciones más beneficiosas que por tanto deben ser respetadas por el convenio colectivo. La condición adquirida subsiste ante una sucesión normativa con derogación de la norma anterior bajo cuya vigencia nació la mejora individual incorporada al contrato, por lo que es inatacable por las normas estatales y convencionales<sup>22</sup>. Esto no quiere decir que su vigencia sea permanente, ya que se puede suprimir por las siguientes vías:

- a) Pacto individual derogatorio (artículo 3.5 del ET)
- b) Modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>23</sup>
- c) Cláusula *rebus sic stantibus*<sup>24</sup>

Compensación y absorción: por medio de estas técnicas, el empresario puede reducir las mejoras salariales que el trabajador disfrutaba sobre los mínimos establecidos legalmente, impidiendo su consolidación y superposición, pues de lo contrario se incrementaría la condición más beneficiosa más allá de los límites que se le impusieron al constituirarla.

Nótese que no hemos hecho referencia al *ius variandi*, ya que la condición más beneficiosa supone de suyo una restricción de las facultades organizativas del empleador<sup>25</sup>: la importancia intrínseca de la condición más beneficiosa determina que su modificación sea por sí misma sustancial, y convierte a estos efectos en inoperante tanto el poder de dirección como el *ius variandi*.

---

<sup>22</sup> Thibault Aranda, *Compensación y absorción de salarios*, TOL 120103, p. 6 de 54.

<sup>23</sup> STS de 15 de julio de 1997. Véase C. Gala Durán, “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y cuantía laboral”, *AS*, Tomo II, 1996, pp. 2478–2479.

<sup>24</sup> Thibault Aranda, *op. cit.*, p. 40 de 54, nota 37, señala que la jurisprudencia ha declarado que la aplicación de esta cláusula queda condicionada a la variación esencial de las circunstancias objetivas, y menciona la SAN de 18 de septiembre 1990 y STS de 20 de mayo de 1991.

<sup>25</sup> F. Ballester Laguna, *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, 2001, p. 291.

Por último, en lo referente a las condiciones que disfrutaban los trabajadores provenientes de acuerdos de empresa o de convenios extraestatutarios, ya nos hemos pronunciado en relación a su valor normativo. Por este motivo, consideramos que no se han incorporado al nexo contractual, no forman parte del acervo del trabajador, por lo que, como ya hemos adelantado, serán aplicables tan solo durante el período de vigencia del acuerdo<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Sobre la duración y vigencia de los acuerdos de empresa, vid. J. García Murcia, *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998, p. 165 y ss.

## **TERCERA PONENCIA**



# **CRISIS, EMPRESAS EN REESTRUCTURACIÓN Y DERECHO SOCIAL AL EMPLEO: ENTRE LA RAZÓN MERCANTIL Y LA RAZÓN LABORAL**

Cristóbal Molina Navarrete  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Jaén

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: EN BUSCA DE NUEVAS SOLUCIONES ANTE UN DOBLE FRACASO JURÍDICO-INSTITUCIONAL.
2. EMPRESAS EN REESTRUCTURACIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO EN ÉPOCA DE CRISIS: BALANCE DE REGULACIÓN Y PERSPECTIVAS DE REFORMA.
3. LAS REESTRUCTURACIONES “PRECRISIS”: LAS CLAVES EN EL ORDENAMIENTO MERCANTIL Y EN EL ORDENAMIENTO LABORAL.
4. LAS REESTRUCTURACIONES “POSCRISIS”: LA DIALÉCTICA ENTRE LOS “EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO” Y LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCURSO DE ACREEDORES.
5. LAS MEDIDAS DE REFORMA URGENTE DEL CONCURSO DE ACREEDORES: VALORACIÓN DE UN CAMBIO INSUFICIENTE.
6. DEL “CONFLICTO DE LÓGICAS” A LA “COOPERACIÓN” ENTRE ELLAS: CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y GARANTÍA DEL EMPLEO EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO GLOBAL.
7. REFLEXIÓN FINAL: NUEVOS MODELOS PRODUCTIVOS, RELACIONES LABORALES Y REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS.

“No pretendamos que las cosas cambien  
si siempre hacemos lo mismo.

La crisis es la mejor bendición que puede sucederle a personas y países,  
porque la crisis trae progresos (...)

La verdadera crisis es la crisis de la incompetencia”

EINSTEIN

## 1. INTRODUCCIÓN: EN BUSCA DE NUEVAS SOLUCIONES ANTE UN DOBLE FRACASO JURÍDICO-INSTITUCIONAL

En un momento de sangría de empleos y de galopante cierres de empresa como el que hoy vivimos en España no parecería necesario gastar mucho tiempo, ni tampoco demasiadas razones, para convencer de lo importante que es para una comunidad la conservación de su tejido empresarial, pues de él depende el volumen de empleo y una buena parte de sus oportunidades de desarrollo. En consecuencia, la garantía de continuidad de las empresas, aunque para ello exijan una profunda reasignación del modo y el número de factores productivos en ellas utilizados, debería ser una de las más básicas preocupaciones de los Estados modernos, sin por ello cambiar los pilares fundamentales de la economía social de mercado a favor de un retorno, que hoy ya se entiende imposible, a sistemas de economía planificada. Y sin embargo, ni ya en un estadio previo, a través de las “*instituciones jurídico-laborales*” de gestión de las crisis de empresa, ni después, en un momento más agravado de la misma, a través de las “*instituciones concursales*”, el Derecho español ha conseguido hasta hoy ofrecernos las soluciones más adecuadas para ello. En el primer caso por exceso, por estar muy presente una imagen obsoleta y rígida de la conservación de la empresa y el empleo, a menudo agotada en la garantía de una indemnización incrementada por el despido, y en el segundo caso por defecto, por estar en gran medida ausente el objetivo de la conservación del objetivo principal de tales instituciones, desplazado por una imagen no menos obsoleta y simple de la función de satisfacción de los acreedores.

Pese al constatado fracaso de ambas perspectivas –soluciones a las crisis de las empresas en fase preconcursal y las soluciones en fase concursal–, en aras de una mejor garantía de continuidad empresarial y de las oportunidades de empleo, todavía no se ha conseguido ni en un ámbito –el laboral– ni en el otro –el concursal– que el legislador se tome en serio su función ordenadora y aporte una regulación legislativa suficientemente coherente, integrada, eficaz, eficiente y equitativa. A mi juicio, como nos muestran con contundencia las estadísticas y también la experiencia, ambas vías de solución adolecen de múltiples contradicciones, lagunas y deficiencias que tenía que estar resueltas desde hace tiempo. Si el 95% de las empresas que entran en concurso salen liquidadas, y a un precio desorbitado, buena parte de los Expedientes de Regulación de Empleo “administrativos” –también los

judiciales en el concurso— no suponen sino una vía para conseguir la elevación de las indemnizaciones a pagar, pero sin dar solución adecuada tanto a la exigencia de desarrollo empresarial como al imperativo de un derecho a la recolocación.

En cambio, con la dualidad de regulaciones, con el profundo desfase o desajuste entre ambos sectores normativos, que ni responden a un auténtico “*Derecho de la Reestructuración*” de Empresas ni a un genuino *Derecho Social del Empleo*, lo que sí se ha abierto es un nuevo espacio de “conurrencia”, de conflictividad, de pugna entre sectores jurídicos que responden a fines diferentes y contradictorios. De ahí, la “carrera” que a menudo se emprende por los “sujetos legitimados” para iniciar una u otra vía que permita dar satisfacción al propio interés de quien la propugna, aunque perjudique al interés general, al conjunto de intereses implicados en estos procesos. Si hoy son muchos los ejemplos que podrían ponerse de este nuevo conflicto generado por la dualidad reguladora, por tanto entre subordinamientos jurídicos y, también, en parte entre jurisdicciones, y entre actores, es evidente que uno de los más relevantes, por su impacto social y económico, fue el conocido “*Caso Delphi*”<sup>1</sup>.

El problema no aparece ni coyuntural ni aislado, sino que se presenta estructural. Y es que un rasgo determinante del sistema económico-productivo contemporáneo reside en la multiplicación de los *procesos de reestructuración y reorganización empresarial*, no ya sólo en situaciones de crisis generalizadas o globales, como la actual, sino también para momentos de “normalidad” productiva, en cuanto que se revela como una estrategia exitosa, o al menos muy difundida, de las empresas para mejorar su posición competitiva. Pese a su inherente conflictividad, por su complejidad y por su elevado coste social, se acepta que es inevitable en una economía como la actual, globalizada y en continua transformación estructural de sus mercados, a fin de mantener o mejorar la ventaja competitiva. Como es natural, esta realidad abre un nuevo marco de reglas y técnicas de gestión portadoras de problemas y fuertes tensiones. En este sentido, la búsqueda de la adaptación empresarial al entorno económico hace que los grandes grupos multinacionales orienten sus inversiones y planes de reestructuración hacia los países que resulten más productivos, tanto por su “capacidad tecnológica” como por la “aportación de capital público”, así como por el menor coste laboral que presente, con lo que se abre un “mercadeo” mundial a ver dónde se instalan los centros productivos, o donde se producen las nuevas marcas, y qué centros sufren un menor reajuste, por supuesto siempre a la baja, de sus plantillas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Como se sabe, en 2007 la empresa Delphi, propiedad de una multinacional norteamericana, decidió cerrar sus instalaciones de Puerto Real en Cádiz, procediendo al despido de alrededor de 1.600 trabajadores. Como luego se verá con algún detalle más, al comentar los Autos del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz que conoció del asunto, esta decisión estaba ya decidida dos años antes en otro lugar y en otro Juzgado, uno de California –EEUU–.

<sup>2</sup> Con más resignación que confianza se acepta su función económico-productiva. Vid. Dictamen CES Europeo “Transformaciones industriales y cohesión económica, social y territorial”. 2004/C, 302/11.

En consecuencia, un relieve de esta magnitud evidenciaría, sin demasiada dudas al respecto, la existencia de un catálogo elevado de situaciones de “reestructuración empresarial”, y también la de un abanico amplio de “técnicas” o “procedimientos” para gestionarlas, tanto en el plano jurídico–mercantil como en el jurídico–laboral<sup>3</sup>. Además, dada su actualidad y su trascendencia socioeconómica, cabría esperar el disponer de un ordenamiento suficientemente remozado y en lo posible ajustado a esta diversidad de necesidades, así como una consolidada práctica o experiencia de gestión también a la altura de los tiempos, que requiere actuaciones de todos y cada uno de los sujetos implicados, privados y públicos, articuladas bajo el paradigma, hoy más mítico que real, de la “responsabilidad social”<sup>4</sup>.

Pues bien, en el ámbito sociolaboral español, golpeado especialmente por los efectos de la crisis en términos de pérdida de millones de empleos, no contamos ni tan siquiera con un concepto jurídico sobre el que articular un ordenamiento sociolaboral de la “reestructuración de empresas”. Como es bien sabido, el Derecho del Trabajo se ha forjado sobre el concepto, conexo pero no idéntico, de “crisis económica”, y sobre el carácter patológico y excepcional de las medidas de reestructuración, a través de la “legislación de emergencia” propia ya de los procesos de regulación de empleo –artículo 51 LET– ya, en épocas de especial crisis, de los “procesos de reconversión” –Ley 27/1984, y su imponente arsenal de normas de desarrollo y medidas de articulación, algunas de ellas todavía “coleando”, pese a la derogación de la ley de referencia–. Por su parte, tampoco el Derecho Concursal contaría con instituciones dirigidas hacia la reestructuración, sino, como se decía, hacia un proceso ordenado y colectivo de liquidación patrimonial como principal vía para dar satisfacción al interés de cobro de los acreedores. De ahí que, pese a su modernidad cronológica, se esté acusando, con matizada razón, a la Ley Concursal –Ley 21/2003– de no cumplir con su función socio-económica.

En ninguno de los dos ámbitos hallamos una significativa práctica de gestión moderna, eficaz, de las actuales situaciones. En el ámbito laboral, tiende a dominar el recurso a la “reingeniería de procesos de ajuste” basada fundamentalmente sobre una única receta: la “reducción de plantilla”, concepto que sí aparece en la legislación laboral desde antiguo. En el concursal, como se decía, la liquidación como regla.

En el plano de la práctica, nuestra experiencia parece abonada a este “Manual del Directivo” –“Managemen’s Book”– cuyo capítulo para esos casos reza así:

*“cuando su empresa tenga algún problema lo mejor es que usted reajuste su plantilla, e inicie un Expediente de Regulación de Empleo –ERE–, pues la simple*

---

<sup>3</sup> AA.VV. *La reestructuración de empresas. Diversificación de técnicas y su régimen jurídico*. Aranzadi Social. 2008. También AAVV (Dir: J.L. Monereo-J.E. Sánchez). *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*. 2010.

<sup>4</sup> López Caballero, A. *Reestructuraciones Socialmente Responsables*. Editorial Tirant Lo Blanch. 2008.

*amenaza con despedir a un buen número de trabajadores generará las más altas expectativas de que suba su cotización bursátil, recibirá ayudas públicas y minimizará las pretensiones de los trabajadores y sus representantes”.*

Basta, pues, con el simple “anuncio” de las reestructuraciones a nivel mundial, en un momento en el que incluso puede que no haya problemas de insolvencia, ni tan siquiera inminente, aunque sí de deterioro de la “estrategia de ganancia” empresarial –un menor crecimiento del beneficio esperado–, para que se activen todas las alarmas y se genere múltiples y complejos procesos de *renegociación y reorganización de los empleos y de las condiciones de trabajo*. A menudo, pues, los procesos de reajuste o de reestructuración, sin que puedan calificarse necesariamente de irresponsables en un plano social, responden a difundidas estrategias de búsqueda de soluciones para mantener la estructura de beneficios. Las hoy denominados “procesos de reingeniería de las reestructuraciones” aparecen como una de las claves para el éxito de opciones estratégicas basadas no en el mantenimiento del equilibrio entre costes y beneficios, sino para mantener, o elevar, éstos –principio de rentabilidad económica–, aunque para ello tenga que poner en alerta máxima a miles de trabajadores en todo el mundo y a sus gobiernos, generando procesos de negociación “cautelar” o anticipada, a veces incluso “fantasma”, por no saber ni quién será el interlocutor –caso OPEL–. Asimismo, son los estadios previos a la insolvencia en sentido estricto, como la llamada “insolvencia inminente”, institución importada del Derecho Concursal alemán y sin precedentes en nuestra tradición jurídica, los que son tenidos cada vez más en cuenta para la gestión temprana de las crisis empresariales, cuando se aprecia una pérdida estructural y no coyuntural de rentabilidad.

En todo caso, ya no es tanto la insolvencia, actual o inminente, de las empresas el principal factor que lleva a la reestructuración de las empresas, sino que se convierte, como se decía, en una técnica de gestión empresarial para el mantenimiento de la estructura de beneficios de empresas a nivel mundial. Ahora bien, sí es cierto que resulta cada vez más visible que también en el seno de los procesos de gestión de crisis de insolvencia las empresas proceden a grandes procesos de reestructuración, anticipando incluso la gestión de los mismos, abriendo “fases preconcursales”, o instrumentado el concurso como una técnica de deslocalización productiva.

Por lo tanto, el recurso al concurso, en un momento anterior a lo que era habitual en la legislación y en la práctica tradicionales, se convierte en una alternativa, también para la gestión sociolaboral de estas situaciones, a los procedimientos laborales, como los “EREs” –artículo 51 LET–, o la sucesión empresarial –artículo 44 LET<sup>5</sup>. El legislador reciente no es ajeno a esta dialéctica entre “lo laboral” y

---

<sup>5</sup> Como se ha destacado, no es necesario que la reestructuración empresarial se produzca necesariamente, o en los términos previstos, sino que basta con el anuncio del proceso y su efecto de traslado a otros países con menores costes y más oportunidades de negocio de no alcanzarse una solución “satisfactoria”, pues con ese sólo elemento “los gobiernos que desean atraer y conservar inversiones ex-

“lo mercantil” en estas situaciones, de modo que tanto en las reestructuraciones “fisiológicas” como en las “patológicas”, si es que es posible ya mantener esta distinción tan usual cuanto cada vez menos significativa, ha evidenciado la necesidad de introducir la presencia de los intereses sociolaborales –mantenimiento del empleo y protección de derechos de los trabajadores, en especial los colectivos– en la legislación mercantil relativa a las reestructuraciones, sean societarias sean concursales. Al tiempo que se evidencia la necesidad de aportar soluciones previas al concurso en el ámbito mercantil, como por ejemplo el dar carta de naturaleza a los “acuerdos de refinanciación” como solución previa a la insolvencia.

En suma, desde los más diferentes ángulos se evidencia que la solución a los actuales problemas de reorganización productiva debe ser previa a una crisis incisiva y debe basarse en procedimientos negociados. La cuestión reside en organizar cómo se ha de desplegar esa doble necesidad de anticipación y cooperación entre todos los sujetos implicados. Si desde la tradicional autonomía y diferencia de sectores jurídicos, o desde una solución unitaria, integrada, facilitando la cooperación de los actores, también los laborales, para una gestión más aceptable, económica y socialmente, de las transformaciones, en aras de una transparencia adecuada de los procesos de reestructuración y también del mantenimiento del empleo. Se recordará que, en última instancia, esta es la posición que han mantenido las instituciones comunitarias<sup>6</sup> y que propiciaron los cambios en el ámbito, sobre todo, de los derechos de información y consulta, como sucedió, con un carácter general, a través de la Directiva 2002/14/CE. Pero es evidente que hay que ir más allá. El momento para plantearlo es oportuno ante la evidenciada necesidad de reformas más profundas en estos ámbitos.

En este sentido, estamos asistiendo hoy a múltiples procesos de reordenación o de reestructuración que evidencian la necesidad de mantener de la mano la doble esfera o dimensión de los mismos, el económico-productivo y el socio-laboral. Es el caso, por ejemplo de los múltiples procesos de fusión –incluso en las llamadas “fusiones frías”– en las Cajas de Ahorros de nuestro país, que han puesto de relieve como tanto la garantía de continuidad de unas condiciones de trabajo adecuadas como de un razonable nivel de empleo constituyen elementos determinantes para su éxito. Sucede en general en los llamados sectores de mercado “regulados”, esto

---

tranjeras directas tienen que hacer concesiones y la posición negociadora de los trabajadores se ve debilitada ante la amenaza de trasladar la producción”. Vdi. LEE, E. “Mundialización y normas de trabajo. Puntos de debate”. RIT. N. 2. 1997, p. 191.

<sup>6</sup> La cooperación de buena fe entre los interlocutores sociales genera “una actitud positiva hacia las transformaciones”, pero es preciso, primero “crear (sobre la base de una cultura empresarial orientada hacia la participación) una sensibilidad común frente a ellas y desarrollar las posibilidades de gestión de los interlocutores sociales”. Vdi. Dictamen del CES Europeo “El Diálogo Social y la participación de los trabajadores, claves para adelantarse a las transformaciones industriales y gestionárselas”. 2006/C 24/17.

es, especialmente sujetos a una regulación detallada y a una vigilancia especial por las autoridades, por cuanto todos los mercados, incluso los financieros, aunque hoy parezca lo contrario y haya fallado el entero sistema, son todos “regulados”. Precisamente, en tales sectores encontramos hoy un importante debate en torno a si deben también “superar el riesgo empresarial, escapando a las instituciones concursales clásicas, *para caer dentro de estos procesos administrativos conservativos*”<sup>7</sup>. Por tanto, conforme a unos procesos y unas reglas que responden a un diferente modelo de ordenación, gobierno y gestión de las reestructuraciones empresariales, sea en el momento crítico – la actualización del riesgo de crisis en problemas de insolvencia– sea en momentos más fisiológicos –*gestión preventiva del riesgo de crisis*–.

## 2. EMPRESAS EN REESTRUCTURACIÓN Y ORDENAMIENTO JURÍDICO EN ÉPOCA DE CRISIS: BALANCE DE REGULACIÓN Y PERSPECTIVAS DE REFORMA

### 2.1. Una perspectiva general: El Derecho ante las Crisis de Empresa hoy

Tanto los estudiosos de estos fenómenos como quienes lo sufren, y la ciudadanía en general, conocen bien la profunda sima que se abre entre los enfoques teóricos que se suministran al respecto, incluso en el plano oficial, institucional, y las prácticas, la experiencia real. En el plano empírico, estamos viendo como la desbordada y desbordante crisis actual, de causas más o menos identificadas pero de efectos y duración absolutamente inciertos a juzgar por el desconcierto actual –apenas hemos salido de una fortísima recesión y ya se anuncia otra–, ha significado, en particular para España, una masiva pérdida de empleos, que están teniendo múltiples vías. Las más conocidas son las seguidas a través de los ya célebres ERES.

Pero sabemos bien ya, gracias a los análisis estadísticos amén de los repertorios de jurisprudencia, entre otras fuentes empíricas, que no son las únicas. Así lo prueba de modo fehaciente la multiplicación no ya de las extinciones de contratos temporales –reduciendo el problema de la temporalidad en España, pues ya se sabe que “muerto el perro se acabó la rabia”–, sino también de los llamados “despidos improcedentes”, que se evidencian como alternativa legal, aunque de muy sospechosa legitimidad, a los despidos por económicos “transparentes”. En todos los casos, estamos ante el recurso a técnicas de destrucción de empleos “en masa” al

---

<sup>7</sup> Vid. Fernández, A. et altri. “¿Crisis del Derecho Concursal? Hacia un Derecho de Reestructuraciones empresariales. La Ley 4343/2010.

margen de la racionalidad que habría que predicar de los procesos, bien porque se recurren de modo abusivo, bien porque se eluden a través de otras fórmulas y, en todo caso, porque el interés que se defiende es el estricto de la rentabilidad económica frente a la rentabilidad e incluso la racionalidad social<sup>8</sup>.

Sin embargo, en el plano teórico–institucional, se viene preconizando desde hace largo tiempo un modelo equilibrado, transaccional, racional de gestión de todos estos procesos. Un enfoque de gestión identificado como una suerte de “nuevo modelo socialmente responsable de gestión de las reestructuraciones” empresariales en particular, y de la empresa en general. Un modelo que, como formula expresamente la Directiva comunitaria y, ha sido ya recogido en el ET –nuevo artículo 64 tras la reforma de 2008, precisamente la que llevó a cabo su transposición en nuestra legislación laboral–, hace suyos conceptos tales como:

- la “*anticipación*” –gestión preventiva–
- y la “*empleabilidad*”

Estas orientaciones llevarían sobre todo a cumplir “funciones de alerta”, de modo que se primen las técnicas que mejor puedan cumplir esta idea –una suerte de principio o regla de “precaución” (actuar como si fuese cierto el riesgo ahora sólo probable)–. Asimismo, darían preferencia en la gestión a un “método de ponderación” más equilibrada entre razones económicas y razones sociales. En última instancia, nos presenta las reestructuraciones como una solución positiva al “*riesgo global de crisis empresarial*”, transformando el riesgo de cambio en oportunidad de adaptación y, por tanto, de continuidad en un empleo e incluso de calidad, aunque en otros sectores incluso y bajo otras condiciones<sup>9</sup>.

Por supuesto no quiero incurrir en un exceso de optimismo, ni mucho menos caer en el voluntarismo, de modo que soy plenamente consciente de las dificultades para avanzar por esta senda y también de las extraordinarias deficiencias tanto del Derecho como de la Experiencia españolas para progresar en ese nuevo modelo. Ahora bien, no por ello conviene incurrir en el riesgo contrario, en el de la “desconfianza” y la total “desmoralización” del jurista respecto de la posibilidad de seguir apostando por una mejora sustancial de la situación existente. Desde este plano, es posible vislumbrar en reformas legislativas y algunas experiencias prácticas elementos positivos para dirigir los procesos en esa dirección renovadora. Por eso, cuando más se empeñan los fervorosos partidarios de salidas aparentemente neoliberales a la crisis –decimos en apariencia porque realmente presuponen un intervencionismo atroz por parte del Estado, eso sí, en el sentido que requieren los

---

<sup>8</sup> Para una crítica global vid. García Blasco, J. “*El derecho social del trabajo clásico ante la crisis*”. En AAVV. (Dir: J.L.Monereo et altri). *El Derecho del Trabajo*. op. cit. pp. 4 y ss.

<sup>9</sup> Conforme a un modelo que, en un plano filosófico, puede denominarse de “modernización reflexiva”. Vid. BECK, U. *La invención de lo político. Para una teoría de la modernización reflexiva*. FCE. México. 1998.

mercados, la rentabilidad en el más puro e inicuo de sus sentidos, porque es a costa de los derechos sociales de quienes ninguna culpa tienen en las situaciones críticas y a favor de quienes la protagonizan—, merece la pena reseñar cómo sí los intereses sociolaborales empiezan a calar en el ámbito de leyes no laborales, en particular por la centralidad que el empleo tiene para la entera sociedad, y también para la propia continuidad del sistema económico.

Por eso, no debe sorprender que haya aparecido ahora una Ley como la 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, una materia esta en permanente evolución por su instrumentación al servicio de los imperativos de los mercados —globalización económica, incertidumbre de los mercados...—. A este respecto, qué duda cabe que una reestructuración societaria a tiempo puede ser el mejor modo para gestionar anticipadamente una futura crisis económico—empresarial, pues ante las difusas fronteras hoy existentes entre los momentos precedentes y los posteriores a las crisis, el gobierno y gestión de las empresas debe adecuar de modo continuo sus estructuras a la eventualidad de las crisis, de manera que tales procesos de modificación estructural pueden revelarse como una buena solución para la gestión preventiva o anticipatorio de aquélla.

Pero lamentablemente, las direcciones empresariales no tienen asumido de forma generalizada, ni tan siquiera suficientemente extendida, esta visión del mundo de la economía, el mercado y la empresa, de modo que a menudo la reestructuración sólo aparece como una solución para salir de la crisis actual, con frecuencia irreversible. El crecimiento espectacular tanto de los Expedientes de Regulación de Empleo —ERE—, para las crisis preconcursales, cuanto de los procesos concursales así lo atestiguan.

Es por ello que tampoco debe causar nada de perplejidad el que tan sólo 5 años después de una nueva Ley Concursal —su ámbito no se agota en la “insolvencia empresarial”, sino también afecta cada vez más a la “insolvencia familiar”—, que se consideró todo un hito jurídico por su pretendida eficacia y modernidad, haya sido reformada de modo urgente, y parcial, por el *Real Decreto—Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal* ante la evolución de la situación económica. Y eso pese a que la experiencia española parece todavía resistirse, tanto del lado del deudor como de los acreedores, a esta institución, hasta el punto de dar preferencia a “mecanismos alternativos” para dar respuesta a los problemas de satisfacción del crédito, incluida la desaparición de hecho de las empresas y los *acuerdos extrajudiciales*, es evidente que esta institución mercantil, pero de gran relieve sociolaboral, no podía pasar desapercibida en momentos críticos.

En ambas normas con rango de Ley tienen acogida, de modo desigual, tanto la garantía del empleo como la protección de los derechos, individuales y colectivos, de los trabajadores. Hasta el punto de que en algún caso, como el de la Ley 3/2009, no sólo se hace expresa remisión a normas laborales, expresa —al artículo 44 LET

por ejemplo—o implícitamente—al artículo 68 LET—, sino que también se modifican Leyes de esta naturaleza, como la Ley 31/2006, de 18 de diciembre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas. No obstante, la incidencia de estos cambios legislativos sea para el empleo en general, de un lado, sea para los derechos de los trabajadores en particular, de otro, es mayor a mi juicio de lo que puede sugerir el número de preceptos e instituciones laborales afectados.

Así sucede sea en relación al crucial tema de las “transmisiones de empresa”, uno de los más clásicos y de extraordinaria vitalidad práctica<sup>10</sup>, que encuentra renovadas dimensiones en relación a la Ley 3/2009, cuanto a los procedimientos de regulación judicial de empleo en el seno de un proceso de gestión colectiva en que consiste el concursos de acreedores, en los últimos meses a menudo usado como una vía alternativa al ERE, por razones poco transparentes e interesadas a favor de una menor protección de los derechos de los trabajadores. La pugna en el ya referido caso DELPHI por una u otra vía evidencia esta dialéctica competitiva y conflictiva, como también indiqué. Aunque ambas reformas han suscitado poco interés en la doctrina laboralista, se trata en última instancia de “*reformas laborales paralelas*”, que por su carácter parcial y por presentarse algo des-localizadamente, no suelen ser atendidas.

Aunque se trata de normas con rango de ley bastante heterogéneas, entiendo que ha de primarse, para el jurista del trabajo, los puntos en común, y de ahí que haya considerado oportuno presentarlas conjuntamente, como acabo de decir... A mi juicio estas claves de lectura conjunta son:

- a) se vinculan ambas a *procesos de reestructuración empresarial*, si bien en unos casos para hacer frente a situaciones de crisis clásicas (RD-Ley 3/2009), y en otros para afrontar situaciones, en principio, mucho más fisiológicas, pero que están vinculadas, siquiera preventivamente, con las medidas a afrontar para mejorar el valor de la empresa. En consecuencia, tienen que ver con una realidad que hoy se define como la “empresa en reestructuración”, como acabo de anticipar.
- b) En ambos casos, cuando se hace referencia a la incidencia en lo laboral, encontramos como principal horizonte laboral de referencia la *protección del empleo*, a través de diferentes garantías (los derechos de información y la continuidad de la unidad económica en el caso de la Ley 3/2009; la ponderación del interés al mantenimiento del empleo en la toma de decisiones judiciales por lo que respecta al RD-Ley 3/2009). De este modo, una vez más el empleo se convierte en un principio útil para vertebrar de modo uni-

---

<sup>10</sup> Vid. por todos Monereo Pérez, J.L. “*Régimen jurídico-laboral de la transmisión de empresa y crisis empresariales*”. En AAVV (Dir: J.I. Monereo et altri). Pp. 121 y ss.

tario un conjunto de medidas de signo muy diverso pero que responden al valor central del empleo en la sociedad de nuestros días.

- c) En los dos casos se constata una clara revalorización, aunque todavía dentro de un modelo de protección débil, de la participación de los trabajadores en la gestión de los procesos de reestructuración, dando mayor relieve al llamado paradigma de *gestión comunicativa o plural* de estos procesos de reestructuración empresarial.

Por supuesto, no pretendo aquí hacer un análisis detenido de las reformas, sino que me sirven de referencia legislativa para plantear una cuestión más global, como es la dialéctica actual entre “lo laboral” y “lo mercantil” en la gestión de procesos de tanta relevancia como las reestructuraciones empresariales. Para ello, he considerado más importante analizar la práctica tenida a lo largo de estos años en el seno de la doctrina mercantil sobre EREs “judiciales”, a fin de comprobar cómo se ha entendido en un caso muy concreto en el que ambas concurren, en unos aspectos conflictiva y en otros aspectos complementaria o “cooperativamente”.

Por eso, una parte importante de este estudio se centrará en analizar cómo se ha desarrollado la actuación de los Jueces de lo Mercantil a la hora de decidir sobre temas netamente laborales. Así haremos un repaso de sus decisiones en torno a las medidas de reestructuración sociolaboral y también la posición de los créditos de los trabajadores en la pugna por la satisfacción de todos los concurrentes en el proceso. Pretendo, a tales fines, realizar un triple análisis:

- a) DESCRIPTIVO: BALANCE DE LO SUCEDIDO HASTA AQUÍ
- b) CRÍTICO: INSATISFACCIÓN DE LO QUE TENEMOS
- c) PROPOSITIVO: CLAVES PARA UN NUEVO MODELO DE GESTIÓN

Junto a la actualidad y trascendencia del tema de fondo creo comprometida una cuestión aún más significativa para los laboristas, en cuanto está en juego nuestra identidad como científicos y también nuestra función social. Es hora de salir de esa “ingeniería jurídico-técnica” para “construir” una nueva realidad social, para la que el jurista del trabajo no debería verse hoy agotado en su papel de comentarista o de glosador de los cambios, sino que debe tener un papel básico a la hora de crear las bases para ese nuevo modelo productivo, aportando ideas reflexivas y útiles para la acción de los actores del sistema. Por supuesto tampoco es el momento para volver a ser meros hacedores de “fabulaciones” o de grandes planteamientos idealistas que, despegados de la realidad, sólo nos llevan a la melancolía del esfuerzo baldío, como dijera GASSET.

La actual convulsión que vivimos con el debate en torno a la nueva, ya la enésima, reforma laboral, deja bien a las claras la necesidad de replantearnos como comunidad científica nuestro sentido y nuestra razón de ser en un momento en el que se cierne la mayor amenaza conocida hasta el momento sobre los pilares de nuestro modelo de convivencia, pues, a mi juicio, a revancha de los mercados,

sobre todo en su forma de “poder financiero”, sobre los Estados no ha conocido nunca unas dimensiones tan brutales, de ahí que se hable de “crisis de sistema”, y no sólo de una crisis económica. Ciertamente que de crisis se viene hablando desde hace décadas y que la “crisis” ha sido, es y será, un elemento que forma parte de la misma existencia del Derecho Social, y no sólo del Derecho del Trabajo. Pero creo que desde la década de los años 70, nunca había experimentado un intento de agresión de este calibre, pues ahora la apuesta es por una nueva forma de Estado, basado en el productivismo y no en el bienestar, como ilustra la carrera desenfrenada hacia los recortes, aun sabiendo que hacer eso en aras de la tranquilidad de los mercados nos lleva al abismo, porque los mercados no tienen hartura, son tan insaciables que llegan a devorarse a sí mismos.

## **2.2. El tímido intento de reformulación: una mirada panorámica de las recientes reformas legales “no laborales”**

Como llevamos padeciendo desde hace varios años, aunque la crisis internacional que tan salvajemente nos golpea a los españoles en términos de pérdida de empleos no se vincula a razones estrictamente laborales, al menos como elemento principal, sí se vincula por la práctica totalidad de las instituciones y los actores económicos —esos enigmáticos “mercados financieros”, pero que tienen “nombre y apellidos”, por tanto son “poderes visibles” no “manos invisible”— a las “reformas del mercado de trabajo”. Una vez más habría que decir. Por tanto, de nuevo en la picota, en el ojo del huracán, está el Derecho Social del Trabajo y, cómo no, de la Seguridad Social, y sus continuas propuestas de recorte de derechos, en el último caso incluso con el retraso de la edad de jubilación a 67 años, mientras que siguen proliferando como vía para salir de la crisis el recurso a las “prejubilaciones”, si bien, es cierto, menos frecuentemente que en épocas anteriores. En cualquier caso, tanto en España como en el contexto más global de la UE, la crisis de empleo y de los mercados de trabajo da oportunidad para volver sobre el papel del Ordenamiento Laboral y de sus actores, sobre todo a través del Diálogo Social y la Negociación Colectiva, para afrontar el contexto de crisis, tanto en general, como en relación a las diferentes empresas que se encuentran inmersas en estos procesos, evidenciando una vez más la subordinación del trabajo al servicio de la rentabilidad o del beneficio, ni tan siquiera de la “racionalidad económica”<sup>11</sup>.

Sin embargo, sabemos bien quienes tenemos algún criterio propio y quienes siguen, por vocación o por función, la historia de estos procesos de reforma, que este

---

<sup>11</sup> Lo que ha llevado a recordar una y otra vez desde hace décadas que “la crisis del Derecho Social del Trabajo constituye una de las dimensiones más significativas de la crisis de la modernidad y un aspecto de la crisis de la forma política del Estado Social contemporáneo”. Vid. Monereo Pérez, J.L. “*La política europea de modernización del Derecho del Trabajo*”. Revista Derecho Social, n. 48, 2009.

modo de afrontar el problema está sesgado y que no son hoy las leyes laborales las que primero han de ser llamadas en causa, sino más bien las societarias y las fiscales, de modo que tanto el *modo de dirigir las empresas y de hacer negocios –y no sólo los bancarios y financieros en general–*, como *quién recibe los beneficios finales* –sólo los especuladores y actores económicos en general, o la sociedad a través de la política fiscal– de esos negocios, son los que deberían experimentar la mayor, más profunda y más inmediata reforma. Sé que no es así y lo comprobamos con la feroz resistencia a llevar a cabo estas reformas, incluso con gobiernos socialdemócratas. No obstante, el legislador no ha ignorado hacer algunas incursiones en este ámbito, aunque no tengan, por supuesto, el calado exigible en los tiempos que vivimos.

Precisamente, es en este contexto en el que traigo a colación las razones de ser de normas con rango legal, como las referidas Ley 3/2009 y el RD-Ley 3/2009. Si la Ley 3/2009, relativa a las “reestructuraciones jurídico-societarias” no tiene a sí misma como una norma vinculada a la situación coyuntural de crisis actual, sino que obedece más bien a razones estructurales, el RD-Ley 3/2009, que tiene como un fin principal el facilitar la “refinanciación de empresas” a fin de reflotarlas en situaciones de crisis, sí se integra de modo expreso en una Estrategia Global más amplia, la que articularía el “Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo”, el conocido –y algo dado a la mofa o a la caricaturización– “Plan E”. Al margen de las profundas contradicciones y extremas deficiencias de buena parte de las medidas para afrontar con seriedad y razonables expectativas de éxito la salida a esta crisis, máxime si se quiere promover el referido “cambio de modelo productivo” –tan necesario como incierto, y desde luego no realizable por el sólo poder de las “Leyes”–, es evidente que sí expresa con claridad la necesidad de promover una importante reestructuración de sectores y empresas, a fin de invertir la actual dinámica de pérdida de crecimiento y, sobre todo, de destrucción de empleo.

En consecuencia, estas y otras medidas precedentes, evidencian que a partir de ahora vamos a tener que volver a familiarizarnos, como ya sucediera a mediados de la década de los años 80 y los procesos de “reconversión”, pero ahora mucho más, con el concepto de “reestructuración de empresas”. Si en aquella época, y en general en la conciencia de los actores en el sistema de relaciones laborales, también en el imaginario e instrumental conceptual de los juristas del trabajo, las reestructuraciones y/o reorganizaciones empresariales resultan ser situaciones a afrontar en momentos puramente coyunturales, soluciones propias de acontecimientos extraordinarios o de tipo eventual, circunstancial, hoy en día aparecen como fenómenos estructurales, de modo que forman parte de la misma gestión ordinaria de las empresas. Por lo tanto, lejos de responder ya sólo, o principalmente, a momentos extraordinarios, críticos, se revelan como opciones frecuentes, e incluso constantes, porque se vinculan no sólo a situaciones de “crisis empresarial”, sino como respuestas a los retos, desafíos o a los imperativos de adaptación permanente a las condiciones inciertas de mercado.

Desde luego que no es necesario insistir con carácter general en la trascendencia que tienen los procesos de reestructuración empresarial en situaciones de crisis más clásicas. Pero quizás sí desde este enfoque que los ve como variable estructural para la adaptación a los nuevos entornos productivos, en un escenario de crisis y cambio.

Como ya se indicó, los modelos más exitosos de organización jurídico-económica de las empresas son aquéllos que asumen que su gestión ha de atender, con carácter estructural, la eventualidad de la crisis, esto es, ha de tenerse como un riesgo que debe evaluarse y preverse de modo continuo. El ordenamiento jurídico, y no sólo el laboral –también, y sobre todo, el mercantil, el tributario...–, tiene que prepararse para permitir, incluso propiciar, una gestión adecuada de esta exigencia de reestructuración empresarial continuada, ya en el plano económico ya en el sociolaboral. El problema es cómo. No es fácil integrar en nuestro sistema jurídico instrumentos que contemplen, canalicen y faciliten estos constantes cambios o reestructuraciones organizativas, en los diferentes ámbitos y aspectos que constituyen o forman la realidad empresarial, a fin de asegurar fines e intereses tan plurales, y a veces de no fácil conciliación, como la mayor productividad, rentabilidad y continuidad de la empresa, con la optimización del empleo a generar, así como una cierta calidad de vida y de condiciones de trabajo.

Y no es fácil esta convivencia por lo frecuente con la que la supervivencia, e incluso la mejora competitiva, para la mayor parte de los directivos pasa más que por la modificación de condiciones de trabajo –flexibilidad interna–, que también, por el continuo reajuste de plantilla. Concepto éste que, como bien se sabe, no es más que un puro eufemismo que encubre la extrema facilidad con que se acude, como se decía en nuestras historias, real y cinematográfica, contadas como antesala de este estudio, a los despidos en nuestro país, que parece empeñarse un día sí y otro también en seguir mostrado cómo la “inversión más productiva” es la que se hace para “librarse” de un trabajador. Lamentablemente la actual realidad de crisis de empleo confirma de manera exasperante este enfoque.

En efecto, sabemos que lo que hoy reclama más atención, por su fuerza mediática, son los Expedientes de Regulación de Empleo (ERE), así como los concursos de empresas, cuyo crecimiento es innegable desde el año 2008 y que afecta a una parte muy relevante, mayor de la que a veces se dice, de la población trabajadora, y eso que, de momento, muchos se canalizan a través de suspensiones de contratos. Pero lo cierto es que la parte más relevante del desempleo debido a la pérdida de puestos –otra parte se debe al crecimiento de la población demandante de empleo que antes no lo hacía–, se debe tanto a la no renovación de contratos –amortización del empleo temporal– cuanto a lo que se ha dado en llamar “despidos silenciados”. Se trata de despidos que, aún pudiendo tener causa justa, se reducen a una negociación individual entre empleador y trabajador que tiene como fin la elevación del coste del despido por encima de la previsión legal, a cambio de aceptar la salida sin más.

No vamos a desarrollar este argumento pese a su importancia y que sin duda merece una reflexión aparte. Lo que sí revela es la existencia de una extendida “cultura empresarial”, a menudo con connivencia de trabajadores y sus representantes legales, a buscar mecanismos alternativos a las instituciones jurídicas, aunque ello les lleve a multiplicar los costes de decisiones que, bien conducidas jurídicamente, se pueden revelar más eficientes y eficaces, para unos –empresarios– y para otros. La situación ya evidenciada respecto del inadecuado uso de la institución del concurso de acreedores, en el ámbito mercantil, confirma esta idea, que ha obligado al cambio de la legislación en esta materia, aunque con deficitaria técnica legislativa, como se verá, y más que dudoso éxito práctico.

En todo caso, todo esto confirma que el más que proceloso mundo de las reestructuraciones empresariales sigue siendo un campo de extraordinaria y constante actividad para los juristas, de cualquier ámbito o disciplina –fiscal, mercantil, laboral–. En buena parte de estos ámbitos normativos, la ley, en paralelo a las realidades económicas, cambia permanentemente, en especial en el ámbito comunitario, lo que obliga a esfuerzos igualmente continuados de análisis y de comprensión de su significado y alcance. Sin embargo, no siempre se produce el necesario punto de vista común o convergente, por cuanto mientras unos sectores difícilmente pueden escapar al “pensamiento de la sospecha” sobre las mismas, por poner en riesgos sus principios constitutivos –por ejemplo en el ámbito fiscal el de capacidad contributiva; en el mercantil los principios de competencia; en el laboral la continuidad de empleos y de condiciones de trabajo–, en otros se ve con muy buenos ojos, por implicar mejoras y progresos en la ordenación empresarial, ganando en rentabilidad para los sujetos interesados –accionistas, administradores, acreedores...–.

A menudo, esta falta de convergencia, o de coordinación, de los puntos de vista de los diferentes sectores normativos implicados en la ordenación de la “empresa en reestructuración”, toma como excusa la conocida “autonomía jurídica” de cada una de ellas, justificada en los diferentes principios y fines a los que responderían. Sin negar esta realidad diferenciada, y su necesidad, es evidente que necesitamos también evitar lo que entiendo son con frecuencia “trampas de la autonomía jurídica”. De modo que un problema común termina con soluciones no sólo divergentes, sino adoptadas al margen de las dadas por otras, que son abiertamente ignoradas.

### **2.3. Algunas claves para avanzar hacia un Derecho Socio-económico de las Reestructuraciones de Empresa**

Ni que decir tiene que no pretendo en este momento profundizar, ni tan siquiera detenerme, en lo que sería la reconstrucción de un estatuto jurídico básico y unitario de esta realidad creciente que es la “empresa en reestructuración”, y

que en última instancia forma parte de esa asignatura pendiente que sigue siendo la reconstrucción de un estatuto jurídico moderno de la empresa y de sus sujetos –intereses implicados–. Aquí y ahora tan sólo me interesa destacar esa necesidad y, por razones que estimo son estrictamente funcionales para la comprensión de las reformas aquí analizadas, poner de relieve los puntos clave que convendría atender para profundizar en tal dirección, a fin de facilitar ese tránsito que se quiere hacia un nuevo modelo productivo en España y que no se puede hacer al margen –aunque no sea el elemento principal– de una adecuada regulación jurídica que atienda y pondere de modo equitativo todos los intereses en juego, no sólo los jurídico–mercantiles sino también los sociolaborales –empleo y derechos de los trabajadores–.

A este respecto, 4 son las cuestiones básicas a afrontar. La primera se refiere al concepto de “reestructuración empresarial” en general, y en particular, al de “empresa en reestructuración”, a su vez expresión o reflejo de la denominada “empresa flexible”. La segunda tiene que ver con el modelo normativo, esto es, con el modelo o enfoque a primar en la organización y gestión de esa realidad por parte del Derecho. Y la tercera con los principios y reglas fundamentales que han de integrar ese estatuto renovado de la “empresa en reestructuración”. La cuarta, y finalmente, el diseño de las medidas principales diseñadas, de modo específico, para hacer frente, es decir, para intentar dar una solución, de modo eficaz, eficiente y socialmente equitativo –y sostenible–, al conjunto de problemas suscitados por aquella realidad, atendiendo a los principios y valores marcados constitucional, legal, social y económicamente. En casi todos los aspectos, por no decir en todos, una línea constante tiene que ser la de reforzar la participación de quienes son los primeros llamados a soportar las consecuencias de esos procesos, de un modo u otro, y que no son sino los trabajadores, a través, como mínimo, de la mejora de los derechos no sólo de información sino también de consulta, e incluso de negociación –aún más informal, pero dinámica, que la clásica– de la representación de los trabajadores.

Muy brevemente, por lo que hace al concepto de reestructuración, hay que seguir recordando que no contamos con ninguna formulación precisa por parte del legislador laboral. No obstante, el concepto amplio aparece claramente en la norma estatutaria, en especial el artículo 64.5 LET, reciente reformado, precisamente en el marco de los cambios exigidos por la adaptación al Derecho Social Comunitario.

Así, se recordará que esta norma reconoce el derecho del Comité de Empresa a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste en:

“d. Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo”

Si hasta ahora sólo los conceptos de “fusión” y “absorción” podían tener suficiente concreción en el ordenamiento, a través del recurso a la regulación mercantil de esta materia, quedando en una mayor ambigüedad la cláusula general de “modificación del estatus jurídico” de la empresa, entiendo que ahora, con la Ley 3/2009, podemos tener un mejor referente conceptual y normativo al respecto, aunque no resuelva todos los problemas ni agote el concepto laboral de “reestructuración jurídica de la empresa”. En todo caso, y como se verá de inmediato en el próximo apartado, esta regulación pone de inmediato de relieve la convergencia entre la regulación mercantil y la laboral, pues en ambos casos la relevancia del concepto a efectos laborales se hace pivotar, o más bien depender, de la constatación de una incidencia en el volumen de empleo. Como es obvio, este presupuesto limitador del alcance del derecho no ha de entenderse en modo alguno como expresivo de la necesidad de que se pongan en juego de modo actual puestos de trabajo, en la medida en que el concepto referido va más allá de las reestructuraciones de plantilla, sean totales o parciales, definitivas o de tipo temporal sólo. En este sentido, la letra a) hace referencia a las “reestructuraciones de plantilla”, lo que evidencia que se acepta un concepto amplio de reestructuración empresarial, tanto por sus causas como por sus efectos.

En definitiva, el concepto de reestructuración jurídico-empresarial relevante para las normas laborales ha de entenderse, una vez más, en sentido amplio, extensivo, de modo que integra no sólo las situaciones de afectación actual, directa, inmediata, sino también las de afectación potencial, posible. Esta idea se confirma si se atiende a la regulación del derecho a la información sobre cualquier incidencia sobre el empleo, en la medida en que se consagra el concepto de “gestión preventiva del empleo” –artículo 64.5 LET–, al introducirse el concepto de “riesgo para el empleo”. En términos más precisos, se le reconoce “derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo”.

El apartado 6 de este apartado regula el modo en que ha de efectuarse este derecho, poniendo énfasis en que debe hacerse de manera útil para que el derecho pueda cumplir a satisfacción con los fines que lo motivan, y que no es sólo el de contar con el parecer de los trabajadores, sino el de darle algún grado de participación en la toma de decisiones... Sin embargo, es evidente que no puede en modo alguno equipararse, al menos con carácter general, a una suerte de “poder de veto”, al estilo del que deriva, en la legislación societaria, del reconocimiento de los derechos de oposición por parte de los acreedores, reforzado con la reforma operada por la Ley 3/2009.

En segundo lugar, y por lo que hace al modelo normativo de ordenación de esta realidad o problema, queda claro que es necesario apostar por dos claves de fi-

jación que hoy resultan especialmente exigibles, a la luz de la profundidad de la crisis que estamos viviendo en términos, sobre todo para los españoles, de pérdida de empleo. Me refiero, de una parte, a la necesidad de atender con mayor eficacia al tiempo de intervención para afrontar las crisis, actuales o potenciales, pues frente a la centralidad que ha tenido en el ordenamiento el momento reactivo, defensivo, es necesario ahora primar el momento preventivo. Aunque no existe una misma solución para todos los casos, y por tanto las respuestas no pueden ser uniformes, lo cierto es que hoy en día prevalece la imagen de la reestructuración como un “proceso continuo”, con diversos ritmos en atención a diferentes circunstancias por las que atraviese en cada tiempo la empresa, pero que en todo momento ha de estar en condiciones de anticiparse, de modo que se prime las formas preventivas, activas. El beneficio de ello no será para los trabajadores, que podrán evitar reajustes más traumáticos, sino también para los demás intereses implicados, en la medida en que facilitará su rentabilidad y al mismo tiempo la continuidad patrimonial, con las garantías de solvencia que ello conlleva.

De otra, es igualmente necesario apostar más firmemente por modelos de gestión “comunicativos” o negociados, esto es, plurales, de manera que frente al dominio que hasta el momento ha desplegado, bajo los fundamentos de la libertad de empresa y la autonomía privada, el modelo de gestión unilateral, por decisión de la empresa y de sus estructuras de gobierno societario y dirección económica, se reconozca una mayor presencia de los distintos grupos afectados –acreedores, socios minoritarios, y desde luego trabajadores–. Este modelo de gestión plural y negociada facilita no ya sólo la legitimidad de las medidas a adoptar, sino también su mayor coherencia, en la medida en que permite una visión unitaria, integral, permitiendo además que instrumentos que no se diseñaron inicialmente para la reestructuración puedan orientarse hacia ella.

En la actualidad, y si bien encontramos los diversos enfoques, queda claro que el Derecho español prima el momento reactivo respecto del preventivo –tanto en las leyes mercantiles como en las laborales–, así como el unilateral –sobre todo en las leyes mercantiles– respecto del colectivo o plural. Precisamente, la tradición legislativa en el ámbito societario ha sido el silencio casi absoluto de la existencia y presencia de los trabajadores, así como del empleo en cuanto variable de gestión empresarial. Del mismo modo que, hasta hoy, el concurso de acreedores, en los limitados supuestos en los que se ha utilizado, sirve mucho más cómo un certificado –muy costoso eso sí– de defunción de la empresa que cómo una vía para la reestructuración exitosa, tanto en los términos de refinanciación –garantía de solvencia y rentabilidad a futuro– cuanto de continuidad de la actividad –garantía de empleo–.

Por lo que hace a los principios ordenadores a través de los cuales vertebrar un estatuto jurídico unitario y coherente de la empresa en reestructuración, a mi juicio los más relevantes son:

1) El principio de neutralidad. Éste, especialmente presente en el ámbito de la legislación fiscal de las reestructuraciones, debe tener también su proyección, a mi juicio, en el ámbito sociolaboral, una de cuyas consecuencias es la continuidad, en lo posible, de empleos y condiciones de trabajo, de modo que no se busque la reducción de los costes como lógica principal, sino la mejor racionalidad económica.

2) El principio de transparencia, a través de la multiplicación de los deberes de información –y consulta– de todos los sujetos implicados en los procesos, y a destacar, también en la legislación mercantil, los correspondientes a los trabajadores y sus representantes

3) El principio de conservación, en lo posible, que se traduce, entre otros, en los mecanismos de subrogación empresarial, presentes tanto en el ámbito del Derecho Mercantil, como en el del Derecho Tributario, y sin duda también en el Derecho del Trabajo, en especial a través de las garantías del artículo 44 LET.

Finalmente, y por lo que respecta a las medidas disponibles para hacer frente a estos procesos de reestructuración, tanto los distintos subsectores mercantiles del ordenamiento jurídico como el subsistema laboral aportan múltiples instrumentos o útiles –instituciones– para buscar la mejor solución posible. No es el lugar para hacer un catálogo de las mismas, sino de destacar la importancia que tienen las dos que aquí analizaremos: una para la fase previa, las reestructuraciones jurídico-societarias, otra para momentos de crisis actual, el concurso de acreedores.

La reescritura de esta regulación, y el impulso de nuevas prácticas de gestión de la misma, pasa básicamente por las siguientes claves:

- 1) ANTICIPADA, A TRAVÉS DE TÉCNICAS Y PRÁCTICAS DE GESTIÓN PREVENTIVA Y CONTINUADA, NO BÁSICAMENTE REACTIVA COMO AHORA
- 2) PARTICIPADA, NO UNILATERAL, NI TAMPOCO IMPUESTA U ORDENADA, A TRAVÉS DE UN GOBIERNO CONCERTADO Y NEGOCIADO DE LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN. UN MODELO DE GESTIÓN PLURAL, NI PÚBLICO NI EMPRESARIAL SÓLO
- 3) EQUILIBRADA, A TRAVÉS DE LA REGULACIÓN DE SACRIFICIOS EQUITATIVOS, CON PLURALIDAD DE FINES, QUE VAYA DEL ACTUAL MODELO MONETARIZADO A OTRO BASADO EN LA RECOLOCACIÓN Y REINDUSTRIALIZACIÓN TERRITORIAL

### **3. LAS REESTRUCTURACIONES “PRECRISIS” CONCURSAL: CLAVES EN EL ORDENAMIENTO MERCANTIL Y EN EL ORDENAMIENTO LABORAL**

#### **3.1. Las reestructuraciones empresariales y la sucesión de empresa**

El punto de partida de este estudio es la configuración no excepcional o aislada de los procesos de modificación de las estructuras jurídicas de las empresas, sino como un dato completamente estructural, una técnica normalizada de organización y de gestión de las organizaciones productivas. En consecuencia, estamos ante un rasgo estructural del sistema economismo-jurídico mismo. De ahí que las diferentes técnicas jurídico-laborales, y también jurídico-societarias, que organizan estos procesos no se muestren hoy como episódicas, puntuales, sino normalizadas. No sorprende, pues, que en este contexto una Ley societaria orientada a ordenar estos procesos tenga una atención particular a la institución sucesoria laboral o a la transmisión de empresa. La Ley 3/2009 no hace sino reconocer cómo la normalización de las prácticas de este tipo, vinculadas a las modificaciones estructurales de las empresas societarias, tengan su correspondencia con la normalización jurídico-laboral de las transmisiones de empresas en sus diferentes manifestaciones. Una situación que, sin duda, tiene una mayor dimensión, por frecuencia e intensidad, en coyunturas económicas negativas, como la actual, porque suelen conllevar reestructuraciones de empleo.

Aunque hemos visto cómo la comprensión adecuada de las nuevas formas para la organización y gestión de las empresas requiere de un nuevo Derecho, dando cuenta de la complejidad de las mismas, frente a la simplicidad que sigue revelando el modelo regulado jurídico básico, tanto mercantil como laboral, no menos cierto es que, en ausencia de esa regulación diferencial y diferenciada, específica, debemos seguir recurriendo a las regulaciones clásicas. Y entre ellas, las que regulan el cambio de la titularidad de la empresa es una de las más señeras. Como es sobradamente conocido, la sucesión de empresa en el Derecho español se ordena por el artículo 44 LET con carácter general, pues sabido es que este precepto ha sido ampliamente desbordado por la regulación convencional. En estos casos, el régimen aplicable será el fijado convencionalmente, no equiparable al legal, salvo que así lo disponga el acuerdo –SSTS 2 y 16 de noviembre 2005–. A estos efectos, conocida es la actual doctrina del TJCE que entiende aplicable el régimen legal por la existencia de cláusulas de subrogación en la negociación colectiva.

Pero al margen de evidenciar las muchas limitaciones de esta regulación para hacer frente a las nuevas formas organizativas de la actividad económica, que implican continuados procesos de descentralización o “externalización” productiva, de composición y recomposición entre diferentes unidades organizativas, dotadas a menudo de autonomía organizativa, económica y jurídica pero enmarcadas en

una misma estrategia de rentabilidad económica, es oportuno recordar que esta regulación se halla en el centro del actual debate en torno al compromiso entre la razón tutelar y la razón productiva. Una exigencia de compromiso que está igualmente presente en la normativa que inspira la regulación laboral actual, y que no es otra que la comunitaria, esto es la Directiva 2001/23/CE, 12 de marzo, sobre transmisión de empresa. A este respecto, esta norma comunitaria, que tiene una vocación reguladora general, que incluye situaciones de crisis concursal, prevé la posibilidad, bajo ciertas condiciones, excluir ciertas garantías para transmisiones en situaciones de crisis concursal<sup>12</sup>.

En consecuencia, una regulación concebida bajo un manto eminentemente protector, sin perjuicio de la constante búsqueda de una tutela equilibrada de los diversos intereses en juego, admite *vías jurídicas para una aplicación más flexible, en aras, precisamente, de facilitar la conservación de la empresa y del empleo en situaciones de crisis*. A tal fin, y siguiendo una pauta común, se permite inaplicar ciertas garantías si concurre una voluntad colectiva orientada a tal flexibilización.

Esta solución legislativa incluye en su ámbito de aplicación a las transmisiones operadas por decisión judicial, pero al mismo tiempo contiene un elemento de flexibilidad dirigida a los Estados miembros. Éstos están legitimados a excluir el efecto subrogatorio en sentido estricto –la continuidad estricta de los derechos de los trabajadores– y el régimen de responsabilidad general, integrando el papel sustitutivo de la autonomía colectiva, si en juego está la supervivencia de la empresa y, por tanto, la garantía de un bien “mayor”, el volumen razonable de empleo. En todo caso, debe tenerse en cuenta que se trata de una habilitación legal para flexibilizar la norma y no de una exclusión directa, sin condiciones, ni mucho menos una imposición de la norma comunitaria, que en todo caso mantiene su carácter de mínimo<sup>13</sup>.

Pero lo que aquí interesa poner de manifiesto es que nunca una regulación que se estime eficaz y “sostenible”, como hoy se dice, puede entenderse orientada en un único sentido. Una norma protectora en su base debe contemplar siempre válvulas de flexibilidad aplicativa, a fin de permitir la mejor composición del problema social, bien por sí misma bien abriéndose a la decisión autónoma de los actores. Por eso, un régimen como el de la transmisión, que tiene una finalidad eminentemente tutelar o de protección de los derechos de los trabajadores afectados por la concreta reestructuración empresarial en que se enmarque, también acoge instrumentos para su estricta funcionalidad para los procesos de reestructuración, en la medida en que al operar por mandato legal o bien hace irrelevante el acuerdo expreso de los trabajadores –STSJ Castilla y León, 17 de octubre de 2007–, o bien se abre a la decisión colectiva.

<sup>12</sup> Vid. STJCE 11 de junio de 2009, Asunto C-561/07.

<sup>13</sup> Un estudio detenido reciente, por todos, Monereo Pérez, J.L. “Régimen jurídico laboral de la transmisión de empresa y crisis empresariales”. En AA. VV. (Dir: J.L. Monereo et altri). Op. cit. pp. 167 y ss.

Al respecto, la expansión de este régimen es manifiesto a través de la evolución de la jurisprudencia del TJCE, que entiende aplicable el régimen legal incluso si no se han transmitido todos los elementos patrimoniales y median operaciones de renegociación y reestructuración. En lo que respecta precisamente al factor relativo a la organización, si bien el Tribunal de Justicia declaró con anterioridad que éste contribuye a definir la identidad de una entidad económica<sup>14</sup>, también ha estimado que una modificación de la estructura organizativa de la entidad cedida no puede impedir la aplicación del régimen comunitario<sup>15</sup>.

Con arreglo a estas consideraciones y, en aras de garantizar el efecto útil a la Directiva 2001/23, el TJCE ha llegado a la conclusión de aplicar el régimen legal sin que haya “mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario a los diversos factores de producción transmitidos”. En estos casos, basta con “el mantenimiento del vínculo funcional de interdependencia y de complementariedad entre esos factores” –STJCE 12 de febrero de 2009–<sup>16</sup>.

Ahora bien, en contrapartida, se abre también el régimen aplicativo, como se decía, al juego de la autonomía de la voluntad, en particular la colectiva. De ahí las posibilidades de renegociación de condiciones de trabajo que abre la nueva regulación de la sucesión empresarial. Tanto en el artículo 44.4 LET, conforme al cual,

*“salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida”*<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Vid, entre otras muchas, STJCE de 25 de enero de 2001, Liikenne, C-172/99, Rec. p. I-745 apartado 34.

<sup>15</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de marzo de 1996, Merckx y Neuhuys, C-171/94 y C-172/94, Rec. p. I-1253, apartados 20 y 21; Mayeur, antes citada, apartado 54, y de 13 de septiembre de 2007, Jouini y otros, C-458/05, Rec. p. I-7301, apartado 36.

<sup>16</sup> De este modo, corregía la posición de la jurisprudencia alemana, especialmente de la más reciente del “Bundesarbeitsgericht”, que no admitiría la existencia de una transmisión de una parte del centro de actividad a un nuevo empresario en caso de que el cesionario no siga gestionando la parte del centro de actividad de que se trata sin cambios sustanciales y si no mantiene la identidad de ésta. La transmisión supondría que el cesionario mantiene la autonomía organizativa de la parte del centro de actividad.

<sup>17</sup> Se trata de un acuerdo de empresa modificativo de condiciones colectivas de trabajo. La cuestión que se plantea, y que aquí no pretendo afrontar, es si debe aceptarse que pueda tener un contenido peyorativo, esto es, de modificación en perjuicio de la regulación anterior, en virtud de la habilitación legal, o sólo en el sentido de modificación más favorable, pues la Directiva comunitaria no dejaría margen en otro sentido al legislador. Aunque la respuesta mayoritaria de la doctrina parece inclinarse en esta segunda dirección, la cuestión dista de estar clara y en todo caso es evidente que la finalidad legislativa es la de propiciar acuerdos de renegociación anticipada de compromisos fijados por los convenios colectivos vigentes con anterioridad a la transmisión empresarial.

Cuanto en el artículo 44.9 LET, según el cual

“El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. (...)”<sup>18</sup>.

Una regulación flexible que también tiene su proyección en el ámbito del concurso.

Cierto que en este apartado nos dedicamos a las situaciones “precrisis”, pero conviene también evidenciar cómo algunas soluciones se abren espacio análogos de tratamiento incluso mediando un problema de insolvencia, aunque sea en una fase previa o inminente. En efecto, el artículo 44.4 en relación al artículo 64 LC permite un procedimiento judicial de regulación de empleo a partir de una transmisión de empresa en situación de concurso. Este procedimiento no sólo otorga al Juez una posición clave a la hora de tomar una decisión que equilibre intereses económicos e intereses más generales, sino que obliga a una secuencia de consultas colectivas antes de tomar la decisión –previa audiencia de los representantes de los trabajadores si afecta al empleo, así como la consulta–negociación impuesta ex artículo 64 LC–. De este modo, vemos como una regulación especial, incluida en el seno de una legislación mercantil, se ve obligada a aplicarse conforme a los principios propios del ordenamiento laboral, pero sin poder prescindir de la lógica más integradora de la situación concursal –artículo 57 bis LET–. Por lo tanto, el principio protector del Derecho Social ha de contemplarse en el juego del principio de eficiencia económica, y de satisfacción preferente del interés de los acreedores, típico del Derecho Mercantil. Por lo que, en consecuencia, el Derecho Concursal no es sólo Derecho Mercantil sino que tiene también esa lógica social, relativa tanto a reconocer garantías colectivas como de protección del empleo<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Finaliza ese apartado recordando que cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido con carácter general en el ET –artículos 40.2 y 41.4 LET–.

<sup>19</sup> Se confirma con esta regulación laboral especial inserta en una normativa mercantil que el “modelo de regulación de la empresa en crisis, tanto en el Derecho comunitario, como en el ordenamiento jurídico interno, parte de la necesidad político jurídica de mantener las empresas viables (en sentido económico-social) respetando en lo posible el nexo existente entre los elementos materiales e inmateriales y personales que forman parte de la organización productiva. De este modo se ensamblan en permanente tensión dialéctica, y buscando el equilibrio de intereses en juego, el principio de conservación de la empresa viable y el principio de continuidad de los contratos en curso...”. Vid. Monereo Pérez, J.L. “*Régimen jurídico...* op. cit. P. 170.

### 3.2. El papel de la autonomía colectiva, negociadora y de representación: El estatuto de transparencia (Ley 3/2009 y artículo 64 LET)

La irrupción cada vez más potente de la idea de unidad productiva empresarial como realidad socio-económica relevante de un modo autónomo para el Derecho, de modo que las soluciones que urge no respondan sólo a los intereses de uno de los sujetos implicados –empresarios, acreedores, trabajadores, empleo...–, ha tenido que ver básicamente con la atribución de mayor relevancia a las decisiones de autonomía convencional, y al reconocimiento de procesos en los que se impliquen todos los actores. Una implicación que presupone, como es obvio, el desarrollo de derechos de participación, en particular a través de los derechos de información y consulta.

En este sentido, si en la Ley 3/2009 el sentido de política jurídica otorgado a este ámbito ha sido el de reconocer y reforzar los derechos de información de los representantes de los trabajadores, de modo que se coloquen en una posición análogo a los derechos de información de los socios<sup>20</sup>, por lo que se ha ido salpicando todo el texto de referencia a las representaciones laborales a la hora de identificar los derechos de información en los procesos de reestructuración societaria, en el ámbito laboral destaca la voluntad legislativa de vigorizar este principio participativo en el momento más anticipado posible. A este respecto, debe recordarse que el artículo 64. 5 d) LET, citado más arriba, establece el derecho del comité de empresa derecho a *emitir informe*, “con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste”, sobre diferentes cuestiones económicas, entre las que destacan no sólo las reducciones de plantilla, sino en general todos: “*Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que... pueda afectar al volumen de empleo*”.

La afectación posible –no ya sólo probable o actual– al volumen de empleo se revela como el título legitimador de su derecho de información activa. Un derecho que bajo ningún concepto puede ser alterado por las previsiones societarias para casos en los que sí se flexibilizan los deberes informativos en el caso de fusiones –y en general de modificaciones societarias–, respetando, pues la autonomía entre ambos sectores de regulación –artículo 42 Ley 3/2009, para el acuerdo unánime de fusión entre sociedades que no sean anónimas o comanditarias, o que la sociedad resultante de ellas no tenga esta condición–. Ahora bien, conviene tener en cuenta que en ambos casos se trata de derechos de comunicación–transparencia debili-

---

<sup>20</sup> Conforme al artículo 33 Ley 3/2009, los administradores de cada una de las sociedades que participan en la fusión “*elaborarán un informe explicando y justificando detalladamente el proyecto común de fusión en sus aspectos jurídicos y económicos, con especial referencia al tipo de canje de las acciones, participaciones o cuotas y a las especiales dificultades de valoración que pudieran existir, así como las implicaciones de la fusión para los socios, los acreedores y los trabajadores*”.

tados, en la medida en que a lo sumo constituye un “derecho de informe–consulta”, pero en modo alguno un derecho de “consulta–negociación”, salvo que entren en juego la garantía colectiva de la Directiva 2001/23/CE, para la transmisión empresarial, o, como veremos, nos hallemos en el ámbito de decisiones que impliquen reestructuraciones en los términos del artículo 51 LET o de la Ley Concursal –artículo 64 LC–.

Asimismo, se trata de un derecho de participación débil porque no resulta vinculante el informe. No se reconoce derecho de oposición o veto, como sí se les reconoce a los acreedores con créditos no garantizados –artículo 44.2 Ley 3/2009–.

#### **4. REESTRUCTURACIONES “POSCRISIS”: PUGNA ENTRE “EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS” Y “JUDICIALES” DE REGULACIÓN DE EMPLEO**

##### **4.1. Planteamiento general: los nuevos escenarios, las nuevas soluciones y las persistentes inercias**

Si la necesidad de mantener la ponderación de todos los intereses en juego, tanto económicos –acreedores, socios, interés social– como los sociales –trabajadores, representantes de los trabajadores, empleo...–, en procesos de reestructuración de las empresas aparece en la legislación societaria más moderna y en la legislación laboral, es hora de poner de relieve cómo se puede mantener esa ponderación en situaciones en las que tales reestructuraciones responden a situaciones de crisis empresarial. ¿Dónde se puede alcanzar mejor ese planteamiento cuando estalla la crisis, por la vía de la regulación mercantil abierto el concurso, incluso en situación de insolvencia inminente, o por la de la propia de la regulación laboral, en momentos previos a la declaración del concurso? En suma, si no han funcionado los instrumentos de gestión previa del riesgo de crisis económico–empresarial, hoy estructural para cualquier actor o sujeto económico, cuando estallan las crisis, o hay serias amenazas ¿cuál es la mejor vía para llevar a cabo su gestión?

Como se sabe, tras la LC se ha abierto una doble vía, dependiendo de que medie o no una declaración de concurso. En principio, pudiera pensarse que se trata de situaciones distintas que no entran en concurrencia significativa, en la medida en que las crisis concursales subseguirían a situaciones de crisis empresarial preconcursales, evidenciando la falta de éxito de la respuesta dada, normalmente a través de los “ERES administrativos”, hasta desembocar, en su caso, en los nuevos ERES “judiciales”. La realidad, sin embargo, parece mostrar una imagen más alternativa que estrictamente complementaria, a juzgar por algunos casos en los que se ha puesto de relieve esa pugna entre la solución “laboral” y la solución “mer-

cantil” –ejemplo: Caso DELPHI AUTOMOTIVE SYSTEMS ESPAÑA, SL (DASE)–

#### 4.2. La gestión laboral: la evolución del modelo y sus disfuncionalidades

El instrumento tradicionalmente utilizado para el diseño y ejecución de un proceso de reestructuración empresarial ha sido el despido colectivo. Se trata sobre todo del ahora ya muy tristemente célebre ERE.

No obstante, existe a día de hoy una muy amplia coincidencia sobre las limitaciones de la regulación de este instrumento para hacer frente, de forma eficiente y equitativa, a las necesidades de reestructuración y por muchas razones. Entre otras:

- porque sus causas siguen asociadas, de una manera u otra, a la crisis, por tanto al modelo reactivo o defensivo, ya lo sean por situaciones económicas negativas o por cambios técnico-productivos
- por las deficiencias que arrastra el papel público, tanto por exceso –autorización–, como por defecto –su papel de servicio de empleo–
- la debilidad de la regulación de salidas no monetarias, de modo que termina favoreciendo el análisis inmediato de los costes –aumento de la indemnización legal–, sobre una gestión socialmente responsable, pero de carácter obligatorio: recolocación de los trabajadores, de una parte, y reindustrialización de otra. La regulación del “plan social” con mucha más precisión y compromiso sería una buena vía

Ni que decir tiene que en los tres ámbitos se han producido evoluciones relevantes en la práctica. Por lo que hace a la comprensión de las causas, de enorme interés es la jurisprudencia de la Sala Contencioso–Administrativa que ha terminado decantando su posición por una “concepción flexible”, de modo que:

“... para que proceda la regulación no es preciso una situación económicamente prácticamente crítica, sino que basta una mala evolución de los beneficios y que la medida contribuya a superar esta situación” –STS, 3ª, 14 de julio de 2003, que recoge en última instancia la evolución que supuso la STS, 4ª, 24 abril de 1996, que luego ha sido la base de las posteriores, ahora incluso de la doctrina sentada por los Juzgados de lo Mercantil–.

De este modo, incluso se supera la posición de la doctrina social de suplicación, para la que, por lo general y pese a las divergencias de posición entre unos Tribunales y otros, todavía sigue siendo relevante el que se produzcan pérdidas, no bastando la :

“... mera... disminución de beneficios, ya que la norma no pretende proteger el lucro empresarial sino que tiende a tutelar su eficacia y competitividad logrando a su través su incidencia en el mercado y la necesidad de mantener puestos laborales” –STSJ Andalucía–Granada, 24 de febrero de 2003–.

Por lo que respecta al papel de la Administración, su tradicional rigidez como sujeto autorizador se ha tornado más bien función mediadora. Amén, claro está, de su papel de financiación de procesos de saneamiento. Así como la promoción de ERTES –primacía de medidas de suspensión de contratos– en vez de ERES –extinción–

En lo que concierne al contenido, y sin perjuicio del análisis más detenido que se hizo en la Ponencia específicamente dedicado a los “Planes Sociales”, conviene poner de relieve el agotamiento de la experiencia precedente, en cuanto que la vía de salida es la mayor parte de las veces puramente monetaria o indemnizatoria, sin que haya una auténtica gestión social, ni de las causas ni tampoco de los efectos. En este sentido, no es la recolocación el objetivo principal sino el ofrecer una cierta protección o seguridad económica a los afectados por los Expedientes de Regulación de Empleo.

A pesar de todo, las disfunciones son evidentes, de ahí la necesidad de promover una reforma que ayude más fácilmente a construir, o recomponer, el equilibrio tanto de los “sacrificios” como de las “oportunidades” de adaptación. Tradicionalmente el tema se ha centrado en el aspecto relativo a la supresión o no de la autorización pública para la regulación de empleo, lo que ha viciado el debate en gran medida, cuando la cuestión está en ordenar el papel de cada uno de los actores en juego, que va más allá de los sujetos de la relación laboral, e incluso de la estricta autoridad laboral. A mi juicio, al respecto hay un amplísimo margen de acción para una reforma equilibrada, pero una vez más “la ley de inercia” está impidiendo un debate que no es ya necesario sólo, sino urgente.

En suma, y como conclusión de este breve balance, el actual *modelo de regulación de empleo* en modo alguno permite desarrollar ese enfoque positivo y activo, incluso una vez que no puede ser preventivo, de la reestructuración empresarial y que tanto nos predicán las instituciones comunitarias. No existe a día de hoy un dispositivo regulador suficientemente eficaz ni mucho menos un bagaje cultural de “participación gestional” en sentido fuerte, para proceder a un modelo de ordenación diferente, más equitativo y eficiente al mismo tiempo. Las normas y, sobre todo, las prácticas siguen, salvo contadas experiencias, centradas –agotadas diría yo– en la negociación de mecanismos que se limitan a amortiguar el impacto negativo de las reestructuraciones. La “destrucción masiva de empleo” amortiguada con más o menos garantías de seguridad económica –indemnizaciones adicionales, medidas de prejubilación, protección por desempleo...– sigue siendo la característica esencial del modelo, por lo que la regulación de empleo ni es una oportunidad para un diferente vía de desarrollo económico-territorial ni para los derechos de recolocación<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Como ha sintetizado correctamente Monereo Pérez, nuestro modelo de regulación de empleo “está fuertemente orientado hacia la expulsión de la mano de obra”. Vid. “Crisis empresariales, despidos y prejubilaciones”. En AAVV. (Dir: J.L. Monereo et altri). *El Derecho del Trabajo...* op. cit. p. 301.

### 4.3. La gestión sociolaboral de las empresas en situación concursal: algunas claves del modelo normativo

La Ley Concursal –LC– planteó un nuevo escenario de gestión de las crisis de las empresas, y sus consiguientes procesos de reestructuración–liquidación, al establecer un régimen especial de carácter laboral, aún en una norma eminentemente mercantil, y atribuir la competencia principal de gestión a un órgano jurisdiccional nuevo y distinto del social, al Juez de lo Mercantil. La creación de estos juzgados responde, a mi juicio, más que a una necesidad a la oportunidad de ensayar una diferente respuesta con un órgano judicial especializado en el conocimiento global de las situaciones de crisis de las empresas, en vez de atribuir la competencia a un órgano judicial especializado en el conocimiento de la regulación laboral. A este respecto, debe recordarse que quien conoce de estas situaciones sigue siendo el juez contencioso-administrativo, para los despidos de tipo colectivo, como se sabe, no así para las individuales. La situación generada dista con mucho de ser coherente, en la medida en que la pretensión de dar una solución única no se libra de las múltiples contradicciones, como es la de atribuir a un órgano judicial “mercantil” competencia con obligación de aplicar la legislación laboral, o, a modo de solución salomónica, por tanto poco reflexiva, la de atribuir al orden social el control último, a través del recurso de suplicación, de las decisiones de jueces de lo mercantil, si bien relativas a contratos de trabajo y al empleo.

El concurso de acreedores tiene en la actual regulación una doble función. De un lado, aparece como un procedimiento judicial orientado al dar satisfacción a una pluralidad de acreedores, en los casos de insolvencia del deudor común, sea o no una empresa –el concurso de acreedores como procedimiento solutorio–. Esta declaración de concurso implica importantes efectos tanto en la esfera personal como patrimonial del deudor, así como sobre los acreedores, los contratos y los actos perjudiciales para la masa activa. Ahora bien, al mismo tiempo, la LC como un *procedimiento de reestructuración empresarial*, que persigue atender otros intereses públicos, como la protección del empleo.

Este último interés se liga a la continuidad de la empresa. Por ello, en principio, y como regla general, la declaración de concurso no interrumpe la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 44 LC). Al contrario, se fomentaría la consecución de un convenio como solución normal del concurso, para permitir dicha continuidad empresarial, en el marco de un plan de reorganización y renegociación de los créditos.

Este procedimiento serviría tanto para dar respuesta a situaciones de crisis empresarial actual –insolvencia actual–, cuanto para anticiparse a las mismas –insolvencia inminente–, por lo que en cierto modo también se revela en la actual conformación como una *técnica de gestión del riesgo inminente de insolvencia patrimonial –a nuestros efectos, empresarial–*. Asimismo, se está convirtiendo en una

vía de uso frecuente para llevar a cabo las tan temidas como inevitables, bajo el actual modelo productivo basado en la primacía de las grandes empresas internacionales, “des-localizaciones” empresariales, de modo que las decisiones de desarrollar las actividades productivas en otras zonas o lugares, con el consiguiente efecto del cierre de empresa, *puede llegar a configurar el presupuesto objetivo del concurso*. La globalización económica incide también aquí, como, una vez más, ilustra el comentado caso DELPHI.

Pero el problema principal, en un plano teórico-normativo, sigue siendo el de dilucidar si la actual regulación responde o no a las necesidades de los procesos más modernos de reestructuración empresarial. En este sentido, no está de más recordar lo que afirma la EM de la LC, según la cual: “*Aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses*”.

De este modo, el principio de conservación se vincula a la decisión soberana de los acreedores, cuya voluntad colectiva formalizada en un convenio puede decidir la configuración del proceso de ejecución ordenada del patrimonio de la empresa en un proceso de reestructuración empresarial, a fin de que la empresa resultante pueda seguir en el mercado, generar beneficios y, de ese modo, pagar a los acreedores de un modo más satisfactorio para ellos. El problema es que este instrumento llega en una fase tardía, en la que la empresa llega agonizante, tras un dilatado y costoso proceso judicial. Cierto, la reforma de 2009 ha procurado introducir instituciones para servir a esta finalidad de anticipar el convenio, como vía para el saneamiento empresarial –que en ocasiones pasa por liquidar la empresa y su modelo de gestión y crear una nueva, esto conviene no olvidarlo–. Es el caso de los conocidos “acuerdos de refinanciación”. Sin embargo, “esta tímida reforma dista mucho de constituir el cuerpo ordenado y sistemático con el resto del ordenamiento para dar respuesta a las necesidades de prevención de la insolvencia”<sup>22</sup>.

#### **4.4. De la teoría a las prácticas: anomalías y flexibilizaciones en la aplicación del régimen legal por los Jueces de lo Mercantil**

La aplicación práctica de la legislación concursal en esta fase o momento de adopción de medidas sociolaborales de carácter colectivo para la superación de la crisis de la empresa vienen planteando numerosas dudas. Problemas que se plantean en diferentes ámbitos, pero sobre todo en relación al papel que han de des-

---

<sup>22</sup> Vid. FERNÁNDEZ, A. et altri. “¿Crisis del Derecho Concursal?...”. La Ley. Op. cit. p. 3.

empeñar los actores del procedimiento de gestión colectiva en que se concreta el concurso. Entre y, muy especialmente, de quien legalmente ocupa una posición preferente o protagonista, el Juez del Concurso, cuya presencia, máximo exponente de un modelo de intervención pública en la gestión privada, se concibió inicialmente para desplazar el protagonismo sea de los interlocutores sociales, sea de la autoridad laboral sea del deudor mismo, esto es, los tres actores del sistema de relaciones laborales. Otra cosa es el resultado final de la regulación, tras el caótico procedimiento de tramitación en la vía parlamentaria y la capacidad de reflexión crítica sobre la aplicación de aquel modelo en la práctica.

A estos efectos, conviene recordar que los trabajadores son para el diseño legal, más aún que en lo visto respecto de la Ley 3/2009, unos *acreedores indiferenciados*., aunque por supuesto no indiferentes ni mucho menos irrelevantes. De ahí, que sus representantes no tengan garantizada, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos –Francia–, y como proponía una Enmienda presentada en su proceso de tramitación por Coalición Canaria–, una “*representación específica*” de los intereses que ponen en juego en los procesos de gestión concursal de la crisis empresarial. Pero eso no impide, en efecto, que no tengan una presencia activa en el procedimiento, a fin de plantear y, en su caso, llevar a la práctica soluciones más equilibradas entre los intereses ventilados por el resto de los acreedores, en especial por los dominantes, y los suyos.

No obstante, sabido es que, como se ha recordado apenas hace un instante, el auténtico protagonista del procedimiento es el Juez del Concurso, con el auxilio de la Administración Concursal. En este sentido, el paralelo procedimiento judicial de regulación de empleo no supone un desplazamiento, en esta concreta laboral, del juez de lo social por el juez del concurso –Juez de lo Mercantil–, sino realmente una sustitución de la “autoridad administrativa laboral” por la “autoridad judicial mercantil”, asumiendo ésta funciones de aquélla. Aunque la LC contempla un matiz importante que no dejará de plantear problemas de relieve, como se verá de inmediato.

En efecto, mientras que la Autoridad Laboral, al menos en el diseño legal –que ya sabemos no se ajusta estrictamente al real o práctico–, tiene una competencia sólo de “autorización” de las medidas a adoptar por otros –el empleador–, el Juez del Concurso asumirías “competencias decisorias”. De este modo, el Juez no estaría condicionado en su decisión por el resultado alcanzado en el procedimiento previo de regulación de empleo, tal y como sí sucede en el artículo 51 LET<sup>23</sup>. Como bien sabemos por la experiencia de los ERES una cosa es lo que dice la norma y otra bien distinta cómo de desenvuelve en la realidad.

Antes de afrontar esta determinante cuestión, para valorar desde un análisis “costes-beneficios” ambos procedimientos de gestión de la crisis, preconcursal y

---

<sup>23</sup> Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz, 22 de mayo de 2007 –procedimiento 84/2007–.

posconcurzal, conviene reparar sobre una curiosa situación generada por esta norma especial. En efecto, paradójicamente cuando menos, con esta nueva “des-localización procedimental” de la gestión de una materia que es netamente sociolaboral se produce al mismo tiempo que la referida “mercantilización”, una “laboralización” del proceso, pues en fase de recurso el orden social asume una competencia de la que está aún hoy privada en el procedimiento laboral de regulación de empleo, como es conocer del recurso contra las resoluciones que resuelven los procedimientos.

De este modo, y como es bien sabido, las decisiones del Juez de lo Mercantil son recurribles ante las Salas de lo Social de los TTSSJ, a través del típico Recurso de Suplicación, lo que, como es igualmente conocido, no sucede con las resoluciones administrativas. Por tanto, aquí quien se ve desplazada es la jurisdicción contencioso-administrativa, que es la que sigue conociendo del recurso contra las decisiones de la Autoridad Laboral.

Las contradicciones o antinomias, y en todo caso, las anomalías, no pueden ser más significativas en esta regulación crucial para la suerte de la empresa y, sobre todo, del empleo que genera, así como para los derechos de los trabajadores. De este modo, tales deficiencias se suman a la cada vez más evidente obsolescencias reguladoras que hallamos en este espacio, sea en la normativa laboral, más tradicional, sea también en la normativa concursal, más moderna pero no más eficaz, al menos cronológicamente. El que a día de hoy intervengan tres órdenes diferentes de la jurisdicción en esta materia –laboral, mercantil, contencioso– es a todas luces incomprensible.

Decíamos que, en principio, la LC coloca al Juez Mercantil en una posición análoga a la que ocupa la Autoridad Laboral en los ERE. Pero es evidente, que la naturaleza de una y otra es muy diferente y, por lo tanto, por mucho que se empeñara la LC en mutar la del Juez de lo Mercantil en un “superhéroe”, las cosas tienen un orden que, en lo básico, conviene respetar. Las matizaciones, pues, son necesarias, si bien no queda claro el sentido de las mismas. Así, con carácter general, la doctrina judicial mercantil ha situado de este modo la principal diferencia entre uno y otro:

“... en los expedientes de regulación de empleo tramitados ante la Autoridad laboral, ésta se limita a autorizar la decisión extintiva o suspensiva de los contratos de trabajo, que habría de ser adoptada por el empresario. Sin embargo, en el caso de expedientes tramitados conforme al artículo 64 LC, no se produce ese desdoblamiento entre Autoridad Laboral-empresario, sino como se ha expuesto, el juez del concurso acuerda la medida de extinción o suspensión del contrato...”

En definitiva, entienden los Jueces de lo Mercantil, éstos tendrían

“una competencia exclusiva y excluyente, según señalan los arts. 86 ter LOPJ y art. 8 LC. Es decir, una vez presentada la solicitud de concurso la competencia para resolver las solicitudes de extinción o suspensión colectiva de contratos de

trabajo pasa al juez de concurso” –Auto del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Cádiz, de 22 de mayo de 2007, proc. 84/2007–.

Pese a esta concepción fuerte de la competencia para la adopción de las medidas de reestructuración sociolaboral ante la crisis, queda claro que no puede ignorarse el papel que la LC concede tanto a la Administración Concursal como a los representantes de los trabajadores en esta materia<sup>24</sup>. En realidad, la posición del Juez del Concurso no es muy disímil de la Autoridad Laboral en relación a los eventuales acuerdos alcanzados entre aquellos para la adopción de las medidas de gestión ante la crisis, pues difícilmente podrá mantener una decisión distinta a la ratificadora del Acuerdo que adopten, salvo problemas de legalidad, cuyo control sí le corresponde a él en exclusiva –artículo 64.7 LC–. La mayor parte de la doctrina judicial fijada por los Juzgados de lo Mercantil se mueve en esta dirección, que niega discrecionalidad la decisión judicial en caso de mediar acuerdo, y así lo entiende también, conforme a la legislación laboral, la doctrina de suplicación (STSJ Cataluña, 6568/2009, 18.9).

Por otro lado, la Autoridad Laboral no desaparece por completo del expediente o procedimiento, en la medida en que, como es igualmente sabido, se contempla el que pueda emitir un Informe al respecto. La regulación legal recoge esta medida como una suerte de “garantía adicional” para favorecer un acuerdo equilibrado entre los intereses de los trabajadores y los restantes implicados en el concurso, de modo que el “sacrificio” que exige en todo caso este procedimiento colectivo sea equitativo. El Informe no tiene un carácter vinculante, aunque sí es preceptivo –artículo 64.6 LC–, pues una vez recibida dicha comunicación sobre el acuerdo entre la Administración del Concurso y los representantes,

“el juez del concurso recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión. Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución” –artículo 64.6 LC–.

De este modo, se evidencia una significativa relevancia del Informe administrativo, en la medida en que incluso emitido fuera de plazo, y pese a no tener efecto de carácter suspensivo a fin de no dilatar un procedimiento de por sí ya largo y muy

---

<sup>24</sup> No hay que ignorar tampoco, sobre todo en los concursos voluntarios, el papel del empresario, que es en realidad el que ve desplazadas sus facultades por la existencia de un procedimiento de intervención fuerte como es el concursal. Cfr. Desdentado Bonete, A., Limón Luque, M.A. “Aspectos procesales de la LC. El concurso y el proceso social”. En AAVV. Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la LC. Comares. Granada. 2006. p. 29. Y Luján Alcaraz, J. “La dimensión colectiva en las empresas afectadas por el concurso”. AAVV. La Ley Concursal y los aspectos sociales. Laborum. Murcia. 2004, pp. 407-408.

complejo, tiene un efecto modulador o ponderador del acuerdo a través de la decisión del Juez –Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia de 28 de julio de 2005–. La importancia que concede al Informe de la Autoridad Laboral derivaría de la propia aplicación de la legislación laboral, a que los Jueces de lo Mercantil vienen por imperativo legal obligados (Auto JM n. 1 San Sebastián, n. 337/2009).

No obstante, no es fácil determinar este alcance en la práctica, por cuanto una vez adoptado el Acuerdo no se entiende bien cómo, salvo razones de legalidad –que no son las que constituyen el objeto del Informe–, puede ser modulado por el Juez en razón de la posición administrativa, máxime si es extemporáneo y pese a que ambas partes del acuerdo tienen reconocido la posibilidad –que no el derecho propiamente– de audiencia antes de emitir tal Informe. En este sentido no debe olvidarse que el Juez de lo Mercantil debe actuar más como “garante de la legalidad” que como “gestor del equilibrio” de intereses necesario en este procedimiento. En cierto modo, se reproducen los debates tenidos en relación a la posición del Juez ante las resoluciones administrativas relativas al ERE, en cuanto a si estamos ante un juicio de control de la legalidad meramente o más bien de la legitimidad u oportunidad de las medidas.

Consecuentemente, una vez más, la ambigüedad de la regulación legislativa lleva a dejar en manos de la experiencia la concreción del sentido y alcance de la regla, abriéndose diferentes posibilidades de actuación:

- la más pasiva, que favorece la gestión colectiva de los actores en juego sin más control judicial que el de mera legalidad
- la más activa, que implica asumir la referida posición decisoria en sentido fuerte, hasta el punto de dejar un margen alto de decisión al margen del acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores y ejerciendo un control de legitimidad u oportunidad de la medida para el equilibrio a establecer entre los intereses en juego, por tanto no sólo cuando no haya acuerdo, en cuyo caso no tendrá más remedio que realizar esa composición judicial de intereses
- intermedias, en las que el Juez cede el protagonismo a las partes pero manteniendo un papel asesor y de vigilancia permanente sobre el mismo, asumiendo por tanto un papel en cierta medida mediador y promotor, con los consiguientes problemas para el clásico tema de su carácter “imparcial”, un eje presente en toda ordenación de una actividad judicial, que no puede ignorarse incluso en regulaciones en las que más se premia el papel de “gestor” del Juez

Un detenido estudio de la práctica hasta ahora llevada por los Jueces de lo Mercantil, nos permitirá concluir que éstos han dado preferencia a modelos de acción más bien pasivos, de mero control de legalidad, de modo que cedería su protagonismo tanto en el momento de la tramitación, actuando sólo a instancia de las partes y a efectos de tramitación, sin participar como mediador o promotor de soluciones acordes con el debido equilibrio de intereses a alcanzar, como en el más propio del

mismo, el de la terminación, sujetando su decisión al acuerdo de las partes. Lo más habitual es, pues, que los Autos convaliden o ratifiquen los acuerdos con indicación, a menudo más bien como cláusula de estilo que como resultado de una real verificación, de que no concurre ninguna anomalía jurídica invalidante – fraude, dolo, coacción o abuso–. Y ello incluso aunque contengan cláusulas, como las que prevén indemnizaciones por encima de las legalmente fijadas, cuyo estudio detenido podría plantear alguna duda en orden a su ajuste para el proceso concursal, pues de existir una declaración de insolvencia parece poco razonable reconocer costes superiores de extinción, por más que sea una práctica usual en el ámbito de la experiencia laboral de los ERES.

Esta posición, que es coherente o compatible perfectamente con el diseño legislativo, aparece en numerosas ocasiones concretada por los Jueces fomentándola incluso más allá de los límites de la legalidad, pues “ciertos defectos formales” o bien ciertas “circunstancias atípicas” legalmente, por no estar previstas en la norma, son en gran medida convalidados por el Juez si concurre acuerdo entre las partes<sup>25</sup>. El objetivo primario del acuerdo, sin duda el mejor modo para alcanzar el equilibrio tantas veces referido entre los intereses en juego, razón de ser de todo el procedimiento colectivo en realidad, se impondría así sobre la misma coherencia formal de la LC, pero, a mi juicio, por lo general en aras de un principio de estricta legalidad, esto es, de legalidad material, al poner encima de la mesa todos los valores, principios e intereses en juego, de modo que la flexibilidad reguladora en modo alguno estaría reñida con su legalidad. De este modo, en la práctica judicial el procedimiento adquiriría un dinamismo que no sólo es característico en el ámbito del procedimiento administrativo, sino también que ha de entenderse inherente a la propia razón de ser del procedimiento concursal.

Entre estas anomalías jurídico-formales en la gestión del procedimiento estarían, que introducen un rasgo de gestión flexible en el mismo, con un valor desigual en lo que hace al impacto sobre el entramado regulador legislativo, las siguientes:

a) La participación en la negociación de otros actores, privados y públicos, no previstos expresamente en la normativa.

Así sucedería, por ejemplo, con

- la propia entidad concursada (Auto JM de Santa Cruz de Tenerife, 23 de enero de 2006, R. 5/2005). No obstante, “no es necesario, según la ley, que en las negociaciones participe la concursada, y menos aún que no quepa alcanzar acuerdo sin su anuencia. Es posible que el deudor participe en las negociaciones, y que se incorpore al acuerdo, pero no es preceptivo” –Auto JM n.1 Bilbao, número 54/2009, 29 de enero–

---

<sup>25</sup> Vid. Rodríguez Cardo, Iván. “Procedimiento concursal y derechos de los trabajadores: un repaso a la doctrina reciente de los Juzgados de lo Mercantil”. AL, n. 13, 2008, p. 1588.

- otros agentes sociales y AAPP que puedan tener interés y puedan aportar algo a la solución del problema, en especial a fin de facilitar el proceso de reestructuración empresarial (Auto del Juzgado de lo Mercantil –JM– número 1 de Cádiz, 22 de mayo de 2007)

Esta argumentación del Juzgado de lo Mercantil n. 1 de Cádiz es relevante para entender esta apertura hacia nuevos actores socio-institucionales

“Teniendo en cuenta la trascendencia social del presente expediente, el número de trabajadores afectados (1540), y la necesidad de adoptar medidas paliativas y mejoraras para los mismos dentro del Plan Social, y atendiendo a los principios propios de la legislación laboral, que han de presidir la actuación también del Juez del Concurso en los expedientes del artículo 64 LC (respetando asimismo la finalidad de satisfacción de los acreedores), se estima procedente dotar la periodo de consultas de cierta flexibilidad, a fin de que puedan intervenir no sólo la administración concursal y los representantes de los trabajadores, sino también la concursada, y otros agentes sociales y Administraciones Públicas, que puedan asumir compromisos de modo similar a lo previsto para los convenios en el artículo 99 LC, sin perjuicio de que el acuerdo exigirá las mayorías previstas en el artículo 64.6 LC”.

A mi juicio, aparece aquí, con pleno acierto, la idea de los pactos o “*acuerdos de micro-concertación para la reestructuración de empresas*”, que han de tener tanto una dimensión empresarial – ámbito para el que se utiliza tradicionalmente la expresión de “micro-concertación” – como territorial –para el que suele utilizarse más bien el término de “meso-concertación”, pero que aquí preferimos mantener como de “micro-concertación” porque a menudo afectan a territorios más reducidos que los de la Comunidad Autónoma–. A través de la ampliación de esta posibilidad de participar otros sujetos y a través de este instrumento, que de nuevo evidencia el papel central de la cooperación formalizada en acuerdos de los diferentes actores o sujetos implicados en los procesos de reestructuración, incluso mediante concurso, se pretende facilitar la salida a la crisis, desde la lógica de las garantías del empleo y la modernización socioeconómica de los territorios de implantación de las empresas afectadas.

b) Alteración de los tiempos y secuencias a través de los cuáles debería discurrir el procedimiento

- aceptación de acuerdos de las partes realizados sin que se haya convocado el preceptivo periodo de consultas por el Juez (Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, 8 de noviembre de 2006, proa. 674/2005)
- aceptación de extemporánea de oferta realizada por los trabajadores (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, n. 1 de Valencia de 22 de marzo 2006, proa. 11/2006)

Aunque menos frecuente, no dejaremos de encontrar situaciones en las que el Juez asume una participación más activa. Lo que se justifica en estos términos

“... no debe extrañar, desde el diseño legal en que se le tiene colocado en la extravagante posición de sujeto decisorio de una suerte de expediente administrativo procesalizado sobre las vicisitudes de las relaciones laborales colectivas de las empresas concursadas, en lugar de órgano revisor de las decisiones empresariales intervenidas por la administración concursal, o directamente adoptadas por ésta en empresas suspensas, controlando su causa, y sus formalidades, la labor mediadora, o de asistencia a la conciliación, del Juez de lo Mercantil, como la que pueda desenvolver la Autoridad Laboral”. (Auto del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria, 19 de diciembre de 2005; en sentido análogo Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Sevilla, 16 de diciembre de 2005, proc. 43/2003)

Por lo que hace a las *medidas adoptadas*, sólo las suspensivas y las extintivas han sido objeto de atención en la práctica forense concursal. Esto significa que son las que realmente encuentran eco en la realidad práctica, lo que evidencia una vez más la debilidad de los mecanismos de gestión flexible de carácter interno –modificación de las condiciones de trabajo–. La gestión modificativa aparece siempre como alternativa a la soluciones de flexibilidad de salida pero en la construcción económica-empresarial no terminan de adquirir la debida confianza o la convicción sobre su utilidad, por mucho que en sede doctrinal se vuelva una y otra vez sobre su preferencia en el plano del equilibrio entre flexibilidad –adaptación continua de condiciones– y seguridad –continuidad en el empleo–. Precisamente, y como se sabe, esta es una de las ideas maestra que está presidiendo el debate actual sobre la nueva reforma laboral y que no termina de encontrar plasmación, a salvo de lo que recoja el Real Decreto Ley que llevará al BOE esa nueva reforma el 17 de junio de 2010. En todo caso, las resistencias a ese primado de la flexibilidad interna sobre la externa están arraigadas, hasta el punto de que incluso en las situaciones en la que el Auto sigue el informe administrativo tal opción es desechada<sup>26</sup>.

Respecto a la *concurrency de las causas de extinción colectiva de contratos* de trabajo, por lo general la doctrina de los Jueces de lo Mercantil se limita a ceñirse a la interpretación que del artículo 51 LET han hecho los Tribunales, dada la remisión que se hace en el artículo 64.11 LET. No obstante, también se destaca la referencia a la jurisprudencia social más flexibilizadora al respecto, como es la STS, 4ª, 1996. En realidad, el esfuerzo acreditativo se suele concentrar en la demostración de que toda o una parte de la plantilla carecen ya de un puesto de trabajo efectivo –AJM Santa Cruz de Tenerife, 23 de enero de 2006 y Madrid 8 de noviembre de 2006–, aceptándose la doctrina del “mal menor”, en función de la

---

<sup>26</sup> Para las modificaciones sustanciales en el concurso vid. Molero Marañón, M.L. El régimen de las modificaciones de condiciones de trabajo en la Ley Concursal. CES. Madrid. 2007. pp. 79 ss.

cual las extinciones solicitadas se justificarían cuando de no sacrificarse tales puestos se pusiera en peligro o riesgo concreto “la totalidad de los puestos de trabajo”, con la consiguiente amenaza de desaparición de la empresa –AJM n.º 4 de Madrid de 27 de enero de 2005, proa. 43/2004–<sup>27</sup>.

Respecto *al momento de solicitud*, si bien se ha concebido formalmente como excepcional acordar la apertura del procedimiento de negociación antes del Informe de la Administración concursal –artículo 64.3 LC–, lo cierto es que por lo común se ha venido admitiendo su anticipación. Los criterios a ponderar para concretar la referencia legal explícita a la “viabilidad futura de la empresa” –y la implícita sobre la continuidad del mayor volumen posible de empleo en estas circunstancias negativas–, van desde el grado de implicación de las AAPP en la reubicación de los afectados, hasta las dificultades de liquidez para el pago de salarios –que podrían llevar a reclamaciones por la vía del artículo 50.1 b ET–, pasando por la existencia de medida complementarias en el Plan Social –AJM n.1 de Cádiz, 22 de mayo de 2007–.

Por lo que hace al *coste de estos despidos*, los Jueces de lo Mercantil han mantenido sin merma ni tacha alguna la práctica de pactar indemnizaciones muy por encima de la legalmente establecida. Por tanto, y desde esta lógica continuista, tales jueces asumen, al igual que la Administración Laboral, que tal mejora indemnizatoria puede ser el único modo de llegar a un acuerdo razonable –SJM Bilbao de 12 de septiembre de 2006, recurso apelación 1393/2006–. Y ello incluso cuando se trate de empresas en las que la ausencia de liquidez resulta especialmente acuciante, por lo que la lógica de la legislación concursal exigiría un enfoque diferente.

El planteamiento no ha sido pacífico en estos años. Sin embargo, las dudas que pudieron surgir originariamente ha sido resueltas por las Salas de lo Social de los TTSSJ en sentido favorable a la tutela económica reforzada por vía convencional (ejemplo Auto TSJPV de 12 de septiembre 2006). No obstante, en estos casos no queda salvada la eventual responsabilidad del administrador concursal, lo que no deja de ser sorprendente pues no parece de recibo aceptar la validez de acuerdos a unos efectos y exigir luego a una de las partes responsabilidad por tal acción –AJM Vitoria, 19 de diciembre de 2005–.

En lo que sí existe un *marcado contraste* entre la jurisprudencia social y la doctrina judicial mercantil es en la posibilidad de ampliar el tiempo de servicios sobre los que calcular la indemnización. Si, como es conocido, para la jurisdicción social son legítimos los pactos que amplíen la antigüedad, más allá de la duración

---

<sup>27</sup> Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao de 3 de marzo de 2005; Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Cádiz de 15 de abril de 2005; Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga de 29 de marzo de 2005; Auto del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 21 de abril de 200; Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Valencia de 28 de julio de 2005. Para la primera doctrina judicial dictada en materia vid. Cobo Plana, J.J. Doctrina de los Juzgados de lo Mercantil Sobre la ley Concursal. Tirant lo blanch. 2006.

efectiva de la relación de trabajo, sin que afecte a los compromisos del FOGASA claro está –STS 14 de abril de 2005–, en absoluto lo es para el Juez de lo Mercantil, para quien, con buen criterio:

“no puede pactarse sobre materias indisponibles y los años de servicio efectivo lo son, porque se trata simplemente de una cuestión de hecho” –SJM N. 1 Bilbao de 25 de mayo de 2007–.

En algunas ocasiones la excesiva laxitud del Juez de lo Mercantil con los acuerdos adoptados entre representantes y la Administración Concursal –incluso con la propia empresa–, ha llevado a que la doctrina social de suplicación anule el Auto de aquél, dictado incluso ignorando la advertencia en tal sentido realizada por la Autoridad Laboral. Así, la STSJ Galicia de 18 de diciembre de 2008 estimó el recurso de suplicación interpuesto por el «FOGASA» contra el Auto de 30-04-2008 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de los de Orense, dictado en el expediente para la extinción colectiva de relaciones laborales en la empresa concursada «Maconsi, SL», revocándolo en el sentido de no autorizar la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores en los términos estipulados en el acuerdo suscrito entre la empresa, el comité de empresa y la administración concursal<sup>28</sup>. De este modo, parece haberse difundido, en el convencimiento y en la práctica de varios jueces de lo mercantil, una suerte de principio tutelar de la seguridad económica de los trabajadores y también una presunción de legitimidad de lo pactado colectivamente.

De ahí que esta situación de contraste entre el enfoque legislativo y la lectura de los jueces, a legitimar por el principio de favor hacia el trabajador, aún en detrimento del “interés de concurso”, e incluso de ciertos intereses públicos, no sea infrecuente. Así lo acreditaría la existencia de varias sentencias de los TTSSJ. Así, ya la STSJ de Asturias 27 de abril de 2007, al resolver recurso de suplicación nº 336/2007, señaló que:

“..... Acierta el organismo recurrente cuando indica que el acuerdo para el despido colectivo, alcanzado entre la empresa, el comité de empresa y la administración concursal, y la decisión judicial que autoriza las medidas colectivas, no pueden establecer compromisos económicos para el FOGASA. Ni los negociadores del pacto, ni el Juzgado del concurso disponen de facultades o están habilitados para establecer una consecuencia de esa naturaleza. El Juez del concurso tiene una posición equivalente a la que en los expedientes de regulación de empleo comunes corresponde a la Autoridad Laboral. (...). No cabe, por tanto, a la hora de valorar la autorización judicial dada, constreñir sus efectos y el control judicial a

---

<sup>28</sup> En él se disponía la extinción, con efectos de 30 de abril de 2008, de los contratos de trabajo de los trabajadores con las indemnizaciones que figuran en la parte dispositiva de la citada resolución. Así, a cargo de Maconsi se establecían 15 días y 20 a reclamar al Fogasa.

sólo la medida extintiva de las relaciones laborales, como entiende el trabajador... en su escrito de impugnación del recurso, pues comprende los diferentes aspectos del pacto, entre los cuales ocupa lugar prioritario el relativo a la indemnización, dado que todos ellos forman una unidad”. La responsabilidad del FOGASA –los casos en que se origina, sus límites y condiciones– está regulada en el artículo 33 LET y es, pues, indisponible, para las partes, y el Juez de lo Mercantil tampoco puede alterarla a través de la sus Autos de convalidación de los Acuerdos.

En suma, este tipo de acuerdos incurrirían en fraude contra el FOGASA y asimismo, contra los trabajadores afectados, a quienes puede ocasionar un perjuicio, tanto porque la empresa asume una obligación de pago inferior a la legal procedente, como porque en sus propios términos está la causa de la imposibilidad de su cumplimiento al contravenir normas imperativas. De ahí, que se produzca una quiebra también del principio de confianza legítima de los trabajadores en el acuerdo logrado, pero que no puede ser convalidado legalmente.

En cambio, sí se sigue la doctrina del TS en orden a la determinación del titular del derecho a la indemnización. A este respecto, se recordará que a tal indemnización no puede acceder quien esté en situación de excedencia voluntaria –STS, 4<sup>a</sup>, 19 de enero de 2007–, aunque sí quien esté en situación de baja laboral por IT, incluso si ya ha agotado la prestación y está en situación de prórroga a fin de que se le reconozca la IP –AJM Vitoria, 19 diciembre de 2005, cit.–.

No obstante, en algún casos la doctrina resulta muy confusa como, sucede con situaciones de “incapacidad permanente presunta” y ya extinguido el contrato de trabajo, pues en este caso queda claro que

“...se trata, como en el caso del excedente, de una expectativa temporal”.

Por eso, se acepta el derecho a la indemnización, aún sometida a condición suspensiva, aunque con carácter excepcional. Así:

“...puede excepcionalmente aceptarse el devengo de la indemnización por despido económico de la trabajadora sujeta a condición suspensiva de que, determinado en firme el alcance incapacitante, el grado de inválido permanente es pertinente, no se produzca ulterior revisión, si vinera a mejor estado, en el plazo que determine la propia resolución administrativa o judicial, y en todo caso, de que se produzca el alta médica por curación en los dos años siguientes al dictado de la presente resolución”.

En relación a la suspensión de los contratos, medida que hoy tiende a promoverse desde la Administración Laboral, por tener efectos menos traumáticos, es también apreciable el favor de la práctica forense mercantil en el sen del concurso. En este sentido, suele ponderarse favorablemente este aspecto e continuidad, aunque al tiempo conlleve otras cargas –el pago de la cotización ex artículo 214.2 en relación al artículo 208.1.2 LGSS–, en todo caso menores que el pago de indemnizaciones –AJM Cádiz, 20 de junio de 2005–. En cualquier caso, es también

una constante en la doctrina judicial aquí comentada el enmarcar esas medidas en proyectos más amplios de reestructuración de la empresa, sea organizativa sea patrimonial –AJM Madrid 27 de enero 2005–.

Finalmente, debe recordarse que el control de la adecuación de esta doctrina corresponde a la jurisdicción social, a través de los recursos de suplicación<sup>29</sup>. Aunque todavía es pronto para poder realizar una valoración más rigurosa y precisa, parece que existe una significativa sintonía entre ambos órdenes jurisdiccionales al respecto, lo que evidencia el seguimiento de la doctrina mercantil respecto de la social y de ésta respecto de aquélla, encontrándose ambos “cómodos” en un ámbito que, en principio, resulta chocante, pues un juez social controla a otro civil, que a su vez debe aplicar en su labor enjuiciadora normas laborales.

#### **4.5. Algunas claves de la práctica concursal en relación a la protección de los créditos sociolaborales**

La otra clave reguladora está en la posición de los créditos laborales en el orden concursal de prelación de créditos. A este respecto, debe recordarse que la LC no es nada cicatera a la hora de encumbrar el “interés de la satisfacción de los acreedores” como referente fundamental del procedimiento concursal, aunque también es cierto que en la práctica mercantil ese predominio se diluye un tanto, como sea ha visto al comentar algunos de los Autos de los Juzgados de lo Mercantil. Y como ya se indicó, entre esos acreedores están también los trabajadores, por lo que en juego está no sólo la protección del empleo sino de los créditos laborales. En este sentido, sabido es igualmente que la referencia al principio de igualdad de condición acreedora –eso que gusta más llamarse en latín formulario como “par conditio creditorum”– aparece de continuo quebrada, por cuanto todo el sistema se basa en un orden de prelación a partir del cual preferir o privilegiar unos créditos sobre otros. En esa prelación, aunque algo más reducida que en la regulación laboral preconcursal, los créditos laborales han de ocupar un marcado protagonismo.

Conforme al artículo 84.1 LC, cabe distinguir “los créditos de la masa” –créditos concursales– y los “créditos contra la masa”. Los primeros son todos aquellos contra el deudor común que no tengan la consideración de créditos contra la masa. Son éstos los que, dada su posición de preferencia casi absoluta, siendo predecibles en los términos del artículo 154 LC, originan la mayor fuente de conflictos.

---

<sup>29</sup> Recuérdese que los trabajadores están también legitimados para presentar un incidente concursal ante el propio juez de lo mercantil en relación con las cuestiones estrictamente referidas a la relación individual –salario, antigüedad, categoría profesional–.

Tienen la consideración de créditos contra la masa:

- Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo *anteriores a la declaración de concurso* y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional
- Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales.

Entre estos últimos se integrarían: las indemnizaciones en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo<sup>30</sup> y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso.

Los créditos concursales, incluidos en la lista de acreedores que conforman la masa pasiva se dividen en tres categorías:

- 1) Privilegiados, con privilegio especial –artículo 90 LC<sup>31</sup>– y con privilegio general
- 2) ordinarios
- 3) subordinados

La mayor parte de los créditos laborales están en el ámbito de los privilegios generales. Así, en primer lugar están –artículo 91.1 LC–:

- Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago,
- las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional
- las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional
- los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso

---

<sup>30</sup> Conforme al artículo 84.2.5 LC, “los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento”.

<sup>31</sup> Entre ellos están “Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado”.

Tras estos encontramos –artículo 91.2 LC– :

- Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.

A los que siguen –artículo 91.3 LC–:

- Los créditos por trabajo personal no dependiente...durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso<sup>32</sup>

Finalmente, por lo que aquí interesa –artículo 91.4 LC–:

- Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el 50% de su importe.

La tarea de clasificación de los créditos corresponde a la Administración Concursal como se sabe, pero sus decisiones son, como es obvio, recurribles ante el Juez del Concurso, mediante el correspondiente incidente a resolver a través de sentencia –artículo 86.2 en relación artículos 192 y ss LC–. Según se ha anticipado, queda claro que la pretensión de la mayor parte de acreedores será la de ver calificado o reconocido su crédito como “contra la masa”<sup>33</sup>, dada la mayor inmediatez de cobro y porque, a diferencia de los concursales:

*“... su reconocimiento en el concurso no precisa de una comunicación previa ni se encuentra sujeto a plazo preclusivo alguno, pudiendo realizarse... en cualquier momento del concurso y con independencia de la fecha de devengo de tales créditos” –SJM n. 1 Oviedo, 24 de noviembre de 2006–.*

Desde una valoración general, de nuevo parece poder afirmarse que la práctica mercantil ha ido en la línea de una interpretación flexible del rigor que deriva del tenor literal de las normas legislativas, haciendo suya una suerte de remoción del viejo principio “in dubio pro operario”. Así, sucedería respecto de cuestiones tales como:

---

<sup>32</sup> Aunque este tema tampoco constituye una referencia básica para el objeto de este estudio, no es posible ignorar la polémica existente en la doctrina de los Jueces de lo Mercantil en torno al sentido y alcance de este precepto. Si para la posición mayoritaria este precepto ha de limitarse únicamente a los trabajadores autónomos económicamente dependientes, o para profesionales liberales con una fuerte implicación personal de su actividad –SJM Bilbao, 30 de abril de 2007–, en ocasiones este criterio se amplía a profesionales que, de modo autónomo, realizan actividades puntuales –SJM n. 1 Vitoria, 28 noviembre de 2005–.

<sup>33</sup> Ampliamente Costa Reyes, A. Los trabajadores en el proceso concursal. Thomson-Aranzadi. Pamplona. 2007 y Bajo García, I. Crédito laboral y procedimiento concursal. Civitas. Madrid. 2007.

a) la fijación del momento en que ha de considerarse extinguido el contrato de trabajo con carácter previo a la declaración del concurso respecto de los créditos salariales de los últimos 30 días anteriores a tal extinción.

Los Juzgados de lo Mercantil entienden, por lo general, que también han de comprenderse como créditos contra la masa estos créditos, aunque la prestación de servicios laborales haya terminado con carácter previo a la declaración de concurso. Por tanto, el cómputo debe ser por días efectivamente trabajados y no ya por los días naturales –SJM n. 1 Oviedo, 24 de noviembre de 2006– R 389/2006– y n. 1 Bilbao, 26 de abril de 2007–.

b) La intensidad de la actividad productiva desarrollada tras la declaración del concurso.

Para los créditos nacidos por la continuidad de la actividad empresarial, los Jueces de lo Mercantil tienden a considerar que para que concurra este requisito, que determinaría la calificación de crédito contra la masa de las deudas generadas por tal actividad empresarial o profesional, no se precisa mantener un nivel de producción comparable, aunque menor, al realizado anteriormente a la declaración del concurso. De modo, que para apreciar este requisito bastará con que se trate de una actividad empresarial de carácter “residual, accesorio o claudicante” por haberse cesado de facto –SSJM Pamplona, 24 de octubre 2007, Palma de Mallorca, 6 de enero de 2007–.

c) Indemnizaciones que, causadas en situaciones nacidas antes de la declaración del concurso, son reconocidas con posterioridad a ésta.

En este supuesto, la situación es mucho más oscura y, por tanto, la división de la doctrina aparece como el rasgo a día dominante, en espera de una mayor depuración del criterio por parte de los Juzgados de lo Mercantil y/o de los TTSSJ a través de la doctrina de suplicación social. El criterio más decantado se sitúa en el tipo de daño a indemnizar, de modo que sólo aquéllos ligados a situaciones económicas que estén en la base de la crisis de empresa abrirían la calificación como crédito contra la masa. Este criterio judicial se ha impuesto a la posición a menudo defendida por parte de la Administración Concursal, favoreciendo la posición individual del trabajador. Una vez más, pues, vemos que la lógica protectora o tuitiva típica de la legislación laboral se difunde en la práctica hermenéutica o interpretativa de los jueces de lo mercantil.

Así, se ha entendido que el hecho de producirse la causa económica extintiva con anterioridad a la declaración del concurso no obsta que la indemnización reconocida en sentencia posterior sea calificada como crédito contra la masa, pues de lo contrario quedaría confundida:

*“... la causa económica de la extinción del contrato de trabajo con su causa jurídica, que no es otra que el despido producido después de la declaración del concurso. De seguirse la tesis defendida por la administración concursal toda extinción que tuviera su origen o causa remota en la insolvencia*

*del empleador quedaría fuera del artículo 84.2.5 LC, dejándolo prácticamente sin contenido*” –SJM Pamplona, 24 de octubre de 2007, proa. 101/2007–.

En cambio, el dato temporal sí resulta determinante cuando la causa de pedir la indemnización por extinción causal sea ajena a razones económicas, como puede ser la extinción del contrato por situaciones de acoso moral en el trabajo. En estos casos, la posición mayoritaria parece inclinarse por situar el momento determinante en el de presentación de la demanda por extinción causal. Si se presenta después de que se haya declarado el concurso, la calificación como crédito contra la masa de la cantidad reconocida como indemnización de ruptura sería inequívoca – artículo 84.2. 5 LC–, y en cambio, si se presenta con anterioridad, sería simplemente un crédito con privilegio de tipo general, conforme al artículo 91.1 LC. La razón estribaría en que, en tal caso, en modo alguno puede entenderse que la indemnización responda a la decisión de seguir o continuar con la actividad empresarial, pues el artículo 84.2.5 LC.

“pretende incluir aquellos créditos... que se produzcan en el ámbito del concurso una vez que el mismo haya sido declarado y una vez que la concursada ha continuado su actividad bajo la tutela judicial, caso que no acontece en el caso de autos donde, aún cuando es cierto que la declaración de concurso y los efectos constitutivos de la sentencia laboral se producen en el mismo día, la producción de efectos de la referida sentencia laboral no se produce en el transcurso de la actividad empresarial de la concursada tras la declaración de concurso sino, precisamente, en el transcurso de la actividad empresarial acontecida con anterior al concurso; es decir, la extinción de la relación laboral no trae causa de actos llevados a cabo por la concursada dentro del ámbito del concurso en cuanto tal, por cuanto, “de facto”, no se produjo actividad empresarial alguna posterior a la declaración, sino, al contrario, el crédito nace a consecuencia de una actividad anterior al concurso, evidenciándose tal dato del hecho de que la demanda sea anterior al mismo...” –SJM n. Oviedo, 28 de enero de 2008–.

Otros juzgados, sin embargo, han mantenido que ni tan siquiera en causas que se ligen a razones económicas es posible realizar esta lectura extensiva o generosa, en la medida en que el dato legal sería suficientemente claro al respecto. Por tanto:

*“si la causa, demanda, petición de resolución, despido e incluso extinción tiene su origen antes de la declaración del concurso deben recogerse dentro de los créditos concursales por el privilegio del artículo 91.1 LC en cuanto al límite del mismo, ordinarios o subordinados conforme corresponda”* – SJM Palma de Mallorca, 6 de enero de 2007; exige también la causa posterior a la declaración como requisito para el nacimiento de un crédito contra la masa la SJM n. Málaga, 14 de febrero de 2006, proa. 121/05–.

La división es clara, pues, y los casos que generan incertidumbre en el ámbito de los créditos laborales se multiplican. Así, por ejemplo, tampoco es nada pacífica la respuesta dada a la calificación de los salarios de tramitación –y las deudas por las cuotas sociales que de ellos derivan, como es natural– devengados por una demanda por despido presentada con anterioridad a la declaración del concurso, aunque luego se dicte una sentencia con posterioridad a la declaración del concurso. La posición mayoritaria parece negarle la naturaleza de créditos contra la masa –SJM n. 1 La Coruña, 26 abril de 2006; SJM n. 1 Málaga, 14 de febrero de 2006–, en algún caso se ha atribuido tal calificación. El criterio dominante, sin embargo, no parece responder al auténtico sentido de la norma legal<sup>34</sup>.

Este aspecto no ha de entenderse sólo como una cuestión eminentemente técnica en la que se debate entre posiciones teleológicas y formalistas. En realidad, está en juego la dialéctica, más general y significativa, *entre la “acción individual” y la “acción colectiva” en la lucha por la mejor satisfacción del crédito*, de modo que una posición favorable a la primera pudiera significar una puesta en riesgo, o una amenaza, para la buena gestión de la solución concursal, en la medida en que la diligencia –o astucia– de unos puede llevar a la reducción de expectativas de cobro de otros –incluidos trabajadores–. En esta dialéctica, los Jueces de lo Mercantil deberían cuidar de no fomentar el que se planteen acciones individuales de resolución de los contratos, propiciadas por situaciones negativas que seguramente llevará arrastrando la empresa en insolvencia inminente. La continuidad de las relaciones laborales –artículo 61.2 LC– aún con la presentación de la solicitud del concurso agrava el riesgo para la empresa y para el resto de acreedores del concurso, incluidos los trabajadores.

La empresa podía desactivar este riesgo, antes de la reciente reforma, desde la presentación de la solicitud del concurso. Como se verá, tras la reforma se retrasa el momento para poder prevenir, o minimizar, este riesgo, con lo que se amplía de un modo significativo, ante las dilaciones temporales en la práctica entre un momento –el de la solicitud– y otro –el Auto de declaración de concurso–, el tiempo para acudir a estas maniobras que erosionan la integridad del concurso.

La experiencia enseña que se están planteando con mayor frecuencia este tipo de acciones individuales<sup>35</sup>, bien poco antes de la presentación de la solicitud del concurso o una vez presentada, lo que dependerá del grado de información que se disponga sobre la situación –como es obvio será mayor para los directivos–, con el fin de obtener indemnizaciones mayores que las que se obtendría en el concurso y una vía más rápida para el cobro, dado que se trataría de una “ejecución separada”

---

<sup>34</sup> En este sentido, aunque apuntando sólo su “insatisfacción” sin más razonamiento al respecto, vid. Rodríguez Cardo, I.A. “Procedimiento concursal...”. Op. Cit.

<sup>35</sup> Vid. Desdentado Bonete, A.– Orellana Cano, N. Los trabajadores ante el concurso. Guía práctica para laboralistas. Editorial Bomarzo. Albacete. 2007. p. 168.

—en vía social—. En consecuencia, a la ventaja de la satisfacción separada podría sumarse la de considerarse, declarado el concurso, como crédito contra la masa, mientras que el resto serían sólo créditos concursales.

La posibilidad de reconducir —conversión— esas acciones individuales de ruptura ex artículo 50.1. b ET —impago de salarios— a otra colectiva, en los términos del artículo 64.10 LC también tendría una importante limitación temporal, en la medida en que sólo podría llevarse a cabo con extinciones producidas “desde la declaración del concurso”, y no ya desde la solicitud misma. El objetivo de buscar soluciones comunes a unos problemas que se generan en una misma causa, evitando fraccionar la respuesta en atención a las opciones que cada trabajador elija, y que además abre la vía a un mayor coste sobre la masa del concurso, encuentra aquí un obstáculo que actúa como una Espada de Damocles sobre aquélla. No obstante, es evidente que el problema está generado por la misma mutación que la LC introdujo en el modelo estatutario de la resolución contractual por incumplimientos salariales cuando actúa, bajo ciertas condiciones, en el contexto de una situación de crisis concursal. Por tanto, es en el diseño legal donde hay que encontrar los múltiples problemas teóricos y aplicativos que suscita esta situación, si bien es evidente que las interpretaciones que de la regulación se haga en la doctrina científica, y por supuesto, y sobre todo, por parte de la doctrina judicial deberían tener en cuenta sus efectos en el funcionamiento global del proceso de reestructuración y no sólo los intereses de los acreedores, aunque se trate de créditos laborales.

En este contexto, no parece que haya duda alguna en torno a la voluntad legal de reducir la garantía reparadora de los trabajadores postulantes de la resolución del contrato, a través del instrumento de la conversión procesal de tales resoluciones. Y si bien es cierto que puede contrastar notablemente este planteamiento con la vigente jurisprudencia de unificación en orden al artículo 50.1 b) LET, no menos cierto resulta que a favor del mismo está una lectura constitucional del precepto concursal, de modo que en juego está el principio-derecho constitucional de igualdad de los trabajadores de la empresa concursada que insten la resolución contractual individualmente por impago y los que se ven afectados por el despido colectivo. En ambas concurren una identidad de razón: la crisis de la empresa. De ahí, la necesidad de interpretaciones de tipo corrector, más que abrogatorias<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Como ha puesto de relieve una autorizada doctrina en esta materia, “Así las cosas, esta dualidad de regímenes, aparte de generadora de aporías, podría implicar, como ya ha advertido alguna sentencia de suplicación y la propia Sala Cuarta del TS, una vulneración del principio constitucional de igualdad, ahora por la diferencia de tratamiento entre las resoluciones colectivizadas del artículo 64.10 LC y las individuales que quedan fuera del ámbito del precepto. En este escenario sólo caben dos soluciones alternativas: bien, un cambio de la doctrina legal interpretativa del artículo 50 LET, en su dinámica estatutaria, atemperando la cuantía de la indemnización en supuestos de crisis empresarial, o bien, la más drástica derogación del artículo 64.10 LC, eliminando el régimen especial concursal de la figura extintiva”. Vid. González De Patto, R. *La dimisión provocada*. Comares. Granada. 2009. p. 245. De especial interés el estudio que hace tanto de la STS, 4ª, 22 diciembre de 2008 como sobre todo de su muy fundamentado, aunque discutible, voto particular.

En la función interpretativa no sólo ha de incluirse la labor de identificación del sentido preciso de un texto normativo para configurar la norma a aplicar a una concreta realidad, sino que es necesario que ese sentido se muestre coherente con el conjunto del ordenamiento en que se inserta. Precisamente, en este marco proceloso e incierto de las situaciones concursales y su gestión jurídica hay que cuidar mucho el no propiciar prácticas de ingeniería que lleven a eludir los principios básicos que rigen la entera regulación. En este sentido, y respecto de las extinciones que responden a lo que denomino “economías de opción”, lleva razón el voto particular de la STS, 4ª, 22 de diciembre de 2008, cuando promueve una relectura de los preceptos que permita

“evitar el fenómeno conocido como las resoluciones “estratégicas”, que, ante las irregularidades en orden al abono de salarios que suelen acompañar a las coyunturas de falta de liquidez de la empresa, instan la resolución del contrato como vía para salir del expediente de regulación de empleo y obtener una indemnización de 45 días superior a la que establece el artículo 51.8 del Estatuto de los trabajadores, al que remite el artículo 64.11 de la LC, con perjuicio para los restantes trabajadores de la empresa y en general para los acreedores”.

Para ello se propone una aplicación extensiva de la solución concursal

“a las resoluciones individuales que se producen fuera del ámbito del expediente judicial o administrativo de regulación de empleo cuando se constate que el incumplimiento –impago o retraso del abono de salarios– en que se funda la pretensión resolutoria tiene su causa en la situación económica negativa de la empresa, pues, aparte de lo ya dicho, sólo así se garantiza la igualdad de tratamiento entre las resoluciones “individuales” y las “colectivas” que no sería justificable a los efectos del artículo 14 de la Constitución”.

En la práctica forense no han faltado decisiones en las que se ha intentado releer ese precepto, anticipando el momento en que habría de producirse el cómputo de las extinciones individuales y, al mismo tiempo, desplazando la competencia del orden social al civil-mercantil. Así, por ejemplo, diversos Autos dictados en 2008 por el Juzgado de lo Social n. 8 de Madrid declaraban su incompetencia a favor del Juzgado de lo Mercantil, atendido que el art. 64 de la Ley Concursal señalaría la tramitación ante el mismo desde el momento de presentación de la solicitud de concurso<sup>37</sup>. Sin embargo, estos Autos fueron recurridos y la *STSJ Madrid*

---

<sup>37</sup> El iter temporal preciso para resolver este debate es el que sigue: la demanda de la que dimanaban las presentes actuaciones se interpuso ante el Juzgado de lo Social en fecha 19 de marzo de 2008; señalado el acto del juicio para el día 8 de abril se acordó su suspensión ante el conocimiento de la existencia de un procedimiento concursal, ampliándose por el actor la demanda frente al administrador concursal y citándose a juicio para el siguiente 8 de mayo de 2008. En la vista celebrada este día 8 la

de 3 de febrero de 2009 estimó el recurso de suplicación, declarando la competencia del orden social a partir de la doctrina sentada al efecto por la Sala de Conflictos.

La doctrina de esa Sala ha optado por una lectura estrictamente literal del precepto, si bien contiene algunas precisiones que pueden introducir ciertos matices, diferenciando la solución en orden al tribunal competente respecto del momento para el cómputo de las extinciones individuales a tener en cuenta para la eventual acción colectiva en el seno del procedimiento del concurso<sup>38</sup>. Al tenor literal de los preceptos de referencia, añade el siguiente argumento de carácter teleológico, relativo a la finalidad de la LC. En este sentido, parte de que esta Ley ha venido a alterar de forma importante la distribución de competencias para el conocimiento de las controversias laborales cuando la empresa es declarada en concurso, atribuyendo al Juez de lo Mercantil competencias también sobre acciones laborales de extinción del contrato de trabajo, en principio de carácter individual pero que en determinadas circunstancias se configuran como “colectivas”. Esta atribución se explica en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal (III ) por razón de la “especial trascendencia en la situación patrimonial del concursado”. Ahora bien, incluso en los supuestos de competencia del Juzgado de lo Mercantil, el legislador trata de conciliar la atribución “con la regulación material actualmente contenida en la legislación laboral” (E. de M.) o con “ los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral” (art. 8,2º II LC ). De modo que

“la atribución de competencia se efectúa sin perder de vista la especificidad de la regulación laboral, en base a la trascendencia para la situación patrimonial del concursado y, sobre todo, distinguiendo entre acciones colectivas y acciones individuales”.

En su consecuencia, las acciones de extinción que se hayan planteado antes del concurso contra el deudor no pueden computarse a los efectos de superación de los citados umbrales, y si todas las que se hayan ejercitado después de la declaración del concurso. No obstante, en algún pronunciamiento judicial dictado en suplicación –STSJ Galicia–, se sostiene que, a los efectos del cómputo de los umbrales numéricos, se deben considerar todas las acciones, incluso las anteriores

---

empresa demandada manifestó que habiendo sido admitido a trámite el concurso en el Juzgado Mercantil nº 7 (Autos 69/08 ), con fecha 25.03.2008, y constándole que los tres trabajadores integrantes de la plantilla han demandado por extinción, la competencia correspondería a la jurisdicción mercantil, oponiéndose la parte actora al ser dicho auto posterior al inicio del presente pleito. Las demandas interpuestas por los otros dos trabajadores están fechadas el 24.04.2008 y el 5.03.2008 y el Auto de declaración en concurso el 25.03.2008 (la solicitud de concurso voluntario lo había sido el 8 de febrero anterior). Verificado el trámite de competencia por el Juzgado de instancia se dictó el referido auto de incompetencia frente al que se articularon los recursos ya relacionados.

<sup>38</sup> Así en Autos de 30.11.2007 ( JUR 2008, 169377 ) , 22 de junio del mismo año ( JUR 2007, 275627) o 30.03.2006 ( JUR 2006, 139083 ) ; en el nº 116/2007 ( JUR 2008, 19553).

a la declaración del concurso, en la medida en que, la expresión “desde la declaración del concurso” del artículo 64.10 LC se refiere, no a “las acciones individuales interpuestas”, sino a “el número de trabajadores (afectados)”, de modo que, aunque la demanda rectora de autos se interpuso con anterioridad a la declaración del concurso, los demandantes se computarían a los efectos de considerar colectiva la extinción.

Sin embargo, tampoco por ello cambiaría, respecto a esas demandas interpuestas con anterioridad a la declaración del concurso ante el Juez de lo Social, la competencia de éste. Esta consecuencia no se derivaría, pues, de la literalidad del citado precepto, donde la referencia a un momento concreto la declaración del concurso lo es a efectos del cómputo de los umbrales numéricos, ni tampoco se deriva de la generalidad de redacción de los artículos 8.2º y 64.1 de la Ley Concursal. En estas normas legales se alude literalmente a “acciones sociales”, y no a “acciones individuales” que, atendiendo al número 10 del mismo precepto, se asimilan a colectivas, pero que no lo son más que a efectos de lo dispuesto en esa norma, conforme a una técnica de la ficción legal, tan presente en la LC.

La norma general, en nuestro Derecho Procesal –se razona por el TS– es la denominada “perpetuatio iurisdictionis”, que a tenor de los artículos 410 y 411 LC supone que para la determinación de la competencia, se atiende siempre al “momento inicial de la litispendencia”, es decir, el relativo a “la interposición de la demanda, si después es admitida”. Esta regla general no estaría afectada, entiende el TS, por la LC, que en ninguna de sus normas establecería una excepción al efecto de perpetuación de la jurisdicción. Una idea que avalaría también el párrafo primero del número 1 del artículo 51 de la Ley Concursal que establece, imperativamente, que

“los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación en el momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia”.

A la vista de esta situación<sup>39</sup>, se ha propuesto de lege ferenda, si bien, como luego se dirá no ha prosperado en la reforma reciente, el anticipar también el momento en que puede tener lugar esa conversión en colectiva de acciones individuales extintivas, que debería hacerse *coincidir con la presentación de la solicitud del concurso*<sup>40</sup>. Es evidente que con esta diversa solución, aunque muy lógica en

---

<sup>39</sup> El caso es más interesante aún, en la medida en que la demanda iba dirigida contra otros sujetos, tanto empresariales como administradores, buscando una responsabilidad solidaria en el ámbito del grupo. Es evidente que las acciones contra ellos, en la medida en que no están afectados por el concurso, siempre es de competencia del juez de lo social, salvo que también se extendiera el concurso al grupo.

<sup>40</sup> Cfr. García-Perrote, I-Muchi Loayza, F. “Medidas laborales en situaciones concursales”. En AAVV. (dirección: Sempere Navarro, V.). Medidas laborales para Empresas en Crisis. Thomson-Aranzadi. 2009. p. 408.

el plano del interés del concurso –el reparto equitativo de los sacrificios que exige el proceso concursal–, se estaría introduciendo una regla que contrasta con la nueva finalidad de proteger más los derechos de los trabajadores, por lo que no es probable que termine acogiéndose en la reforma de la LC ya anunciada en el RD–Ley, que será objeto de posterior comentario en este estudio.

Pero si las dificultades para hallar un sentido suficientemente preciso y, por tanto, convincente para la mayoría en estos casos puede hacer comprensible, aunque no se comparta, tal criterio temporal –el momento determinante de la calificación será el de presentación de la demanda extintiva de la que derivará el reconocimiento de una indemnización–, entiendo que no puede decirse lo mismo en relación a un tema que vuelve a ser recurrente, si bien ahora en una vía inusitada. Cómo no, me refiero a las indemnizaciones adicionales fijadas por los jueces cuando la extinción obedece a razones lesivas de derechos fundamentales y el trabajador decide romper la relación.

En su mayoría, los jueces de lo mercantil han entendido que, dado que estaríamos ante una indemnización de naturaleza estrictamente civil, no laboral, en modo alguno puede disfrutar de la solución dada a la indemnización por ruptura, que sería la única laboral en sentido propio. Consecuentemente, sólo merecerían la calificación como un crédito contra la masa las indemnizaciones tasadas en la ley laboral.

Ni que decir tiene que no compartimos este criterio, que viene a reabrir un viejo debate, aunque siempre actual y trascendental, entre laboristas y civilistas, en torno a la célebre naturaleza contractual o extra-contractual de este tipo de indemnizaciones de daños. La única vía legal para aceptar esta tesis sería la de reconducir este tipo de indemnizaciones a través del supuesto legal relativo a los “*créditos por responsabilidad civil extracontractual*”, por lo que estaríamos ante un crédito con privilegio general ex artículo 91.5 LC<sup>41</sup>. En este sentido, y si bien es cierto que el tema se sale del objeto de nuestro estudio, no puedo dejar pasar la oportunidad que ahora tengo para evidenciar que esta distinción no es de recibo, de modo que no puede reintroducirse por esta ventana especializada civil –SJM n. 1 Oviedo, 28 de enero de 2008, cit.– lo que ya fue claramente expulsado por la puerta social, si bien es cierto que con algunas dudas.

Finalmente, y por lo que concierne a la posición de los llamados acreedores por subrogación, en especial el FOGASA, cuyo papel clave en la gestión de situaciones económicas críticas para las empresas sigue siendo ampliamente reconocida, cabe apreciar una cierta incertidumbre en la doctrina judicial. Es evidente que en este caso la actitud del Juez es bien diferente, en la medida en que el enfoque protector

---

<sup>41</sup> Acepta este planteamiento, aún con algunas “salvedades que plantea su naturaleza jurídica”, Rodríguez Cardo, Iván. Op. Cit.

o tutelar asumido por el Juez del Concurso en aplicación de la legislación laboral y su lectura por el Orden Social, deja de tener sentido cuando el FOGASA se subroga en aquellos créditos que corresponden a los trabajadores.

A este respecto, no hay duda de que el criterio temporal y objetivo del devengo del crédito exige la consideración como créditos contra la masa de los salarios y todas las indemnizaciones posconcursoales –SJM Oviedo 30 octubre 2007–. En cambio, no cabe entender lo mismo en relación a los salarios de los 30 días anteriores a la declaración de concurso que, como se ha recordado más arriba, tienen tal calificación cuando el titular es el trabajador. A mi juicio, es mucho más correcta la posición de los Jueces que hacen primar la cualidad subjetiva del titular –SJM n. Oviedo 30 octubre de 2007–.

No obstante, y evidenciando que la existencia de una doctrina suficientemente consolidada y convergente aún dista de estar lograda, hay posiciones judiciales bien diferentes. De ahí que no falten decisiones que, ignorando el sentido de la norma, cuya razón de ser es la cualidad diferencial del trabajador, admiten una subrogación plena por parte del FOGASA –SJM n. 1 Bilbao, 26 abril de 2007, proc. 258/2006–.

No creo que pueda sostenerse en modo alguno este último criterio desde una interpretación sistemática y teleológica de la regulación. Por eso, a mi juicio, lleva razón plena quien entiende que no es posible dar esa protección a la subrogación en el caso de salarios de los 30 últimos días pues en este caso sólo nos hallamos ante la *técnica de la ficción legal* que, por una estricta razón social, reconoce como si fuesen créditos contra la masa a salarios devengados preconcurso. Se trataría, en definitiva, de una excepción a la regla general del artículo 84.2 LC: atribución de tal carácter a los créditos claramente posconcurso. Desde este planteamiento, parece claro que decaída la razón social que justifica o legitima la excepción debe reverdecer la razón de la regla general.

En efecto, como se ha sostenido con todo acierto, aquella ficción legal

*“obedece al propósito del legislador de fortalecer la posición crediticia en el concurso del colectivo de trabajadores, dado el carácter alimenticio del salario, si bien limitándolo temporalmente a los 30 últimos días de trabajo efectivo. En suma, no nos hallamos ante un crédito contra la masa por razón de su devengo postconcursoal, sino en atención únicamente a la cualidad subjetiva de su titular, cualidad o condición que obviamente no concurre en el FOGASA, lo que ha de impedir que, operada la subrogación...”*  
–SJM Oviedo, 30 de octubre de 2007–.

Adicionalmente, se ha esgrimido otro argumento que resulta pertinente para fundar el rechazo a esta posición subrogatoria plena del FOGASA. Y es que de entenderse de otro modo resultaría perjudicial para el interés del concurso, sin que ahora haya razón alguna para sacrificarlo parcialmente en aras de otro interés que merece mayor protección, como es la subsistencia de los trabajadores. A tal fin, se ha aceptado una aplicación analógica del artículo 87.6 LC, a tenor del cual

“los créditos en que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por *la que resulte menos gravosa para el concurso* entre las que correspondan al acreedor y el fiador”.

En relación a los créditos anteriores la concurso el FOGASA no tiene privilegio alguno, debiendo calificarse su posición como de acreedor ordinario.

#### **4.6. Valoración final de la práctica judicial concursal**

Del estudio del más de un centenar de resoluciones a día de hoy dictadas por los Jueces de lo Mercantil –entre Autos y Sentencias– de especial interés para nuestro tema se desprenden las siguientes observaciones:

- a) En términos generales, hay un diálogo fluido, comunicativo, entre la doctrina sentada por estos Jueces y la que encontramos en el orden social. En este sentido, lejos de posiciones autónomas, emancipadoras o rebeldes por parte de estos Jueces respecto de los criterios sentados por el orden social, se ha producido una sustancial sujeción a los mismos. La abundante cita de ellos, así como de la legislación laboral que actúa como una fuente de regulación supletoria así lo acreditaría. Al tiempo, es también reseñable el diálogo tan fructífero abierto por estos Jueces con la propia doctrina científica, que se ha convertido, ante las lagunas normativas y la inexistencia de soluciones en la experiencia jurídica previa suficientemente aquilatadas, en una fuente muy recurrente en sus decisiones
- b) De nuevo en términos generales, ante la estructura abierta de la LC, los Jueces ha preferido adoptar una posición prudente a la hora de concebir su propio papel en el ámbito del procedimiento de adopción de medidas de tipo colectivo en el ámbito sociolaboral para afrontar la crisis. De modo que de las tres posibilidades –modelos ideales– abiertos por la LC, han optado por el que implica un papel menos activo, de mero garante de la legalidad de todo el proceso, a favor del papel más activo de los actores negociadores, esto es, a favor del acuerdo. Es el control de mera legalidad de la medida el que se reserva y no, como cabía, un control de oportunidad de aquélla para el mejor equilibrio de los intereses en juego, salvo que no haya acuerdo o en circunstancias muy excepcionales. El Juez de lo Mercantil ha comprendido, pues, el papel de la autonomía colectiva, y de la micro-concertación social, en este ámbito, de ahí que conceda una amplísima libertad a las partes para alcanzar soluciones, a veces incluso “comprometiendo” el interés específico del concurso, como es la satisfacción equitativa de todos los intereses –ejemplo: aval la práctica de acuerdos que incrementan las indemnizaciones–

- c) Esta comprensión le ha llevado a mantener posiciones especialmente flexibles, sobre todo en orden a conceder legitimidad a múltiples sujetos que puedan intervenir para el mejor fin del concurso, incluyendo la atención al interés de la continuidad de la empresa y del empleo. De especial relevancia la entrada que, en el proceso negociador, da a una extensa y heterogénea gama de actores, públicos y privados.
- d) En cambio, no ha conseguido hasta el momento una posición común, o al menos suficientemente compartida, en relación a la materia donde, como es natural, existe un mayor activismo por parte del juez, como es la relativa a la “calificación de los créditos” cuya titularidad ostentan los acreedores. Esta tarea, eminentemente jurídica, tiene una gran importancia para la propia suerte final del concurso, en la medida en que una posición excesivamente generosa con determinadas calificaciones, sobre todo en relación a los créditos de la masa, puede suponer una puesta en riesgo de la satisfacción equitativa del conjunto de los créditos. Se entiende, pues, que en la práctica se hayan producido múltiples estrategias orientadas a favorecer la inclusión de créditos vinculados al ámbito laboral en el catálogo de créditos contra la masa, y no en la lista de acreedores del concurso. Es en este ámbito donde también encontraría una especial incidencia la dialéctica más general entre lo individual y lo colectivo.
- e) En coherencia con la primera observación realizada, existe una sustancia sintonía entre esas decisiones y la doctrina de suplicación que, de modo gradual, comienza a sentarse a través de los recursos a tal fin en las Salas de lo Social de los TTSSJ de las Comunidades Autónomas

## **5. LAS MEDIDAS DE “MINIREFORMA” URGENTE DEL CONCURSO DE ACREEDORES: VALORACIÓN DE UN CAMBIO INSUFICIENTE**

### **5.1. Planteamiento general: el sentido de la “mini-reforma”**

Una vez contrastadas, en sus aspectos básicos, las soluciones laboral y concursal para situaciones de crisis, y puesto de manifiesto sus principales conflictos, tensiones y pugnas, conviene hacer una breve referencia a su capacidad para dar respuesta a las necesidades actuales de reestructuración. A tal fin, obligado será tomar como punto de referencia la parcial reforma introducida por el RD-Ley 3/2009, ya citada.

La actual etapa de crisis económica ha disparado el número de concursos de acreedores en nuestro país, tradicionalmente muy poco proclive a recurrir a esta institución para hacer frente a las situaciones de insolvencia empresarial –y también y

cada vez más, familiar—. Sin ninguna duda este aumento no sólo se debe a factores de tipo objetivo, relativo a la multiplicación de las dificultades para hacer frente al pago de las deudas, sino también a un claro intento o a una deliberada voluntad por buena parte de los deudores, en especial empresariales, de limitar de modo significativo sus responsabilidades ante la crisis de empresa. En este sentido, son todavía bastantes menos los empresarios con una insolvencia actual, o en riesgo de situarse en ella, que acuden al concurso con la convicción, tan largamente esperada por los mercantilistas, de que tal procedimiento de gestión colectiva de situaciones de insolvencia no represente necesariamente reconocer el fracaso de la capacidad de gestión, abocando de modo irremediable a la liquidación, sino una nueva oportunidad para reestructurar, reorganizar y reflotar el negocio, de modo que, con las debidas medidas acordadas, se pueda seguir con la actividad económica.

La experiencia de estos 5 años de Ley Concursal ha evidenciado que la nueva regulación ha sido, a tales fines, un gran fiasco y que, por tanto, era necesario una gran reforma de la institución. De una parte, este instrumento sigue siendo, en términos relativos, de limitado, cuando no escaso uso —peese a multiplicarse hoy el recurso a los mismos, hasta el punto de colapsar los recientemente creados Juzgados de lo Mercantil y exigir crear muchos más—, por continuar siendo visto por deudores y, sobre todo, por acreedores, como vía ineficaz, o menos satisfactoria que otros “mecanismos de solución alternativos” para afrontar los problemas de satisfacción del crédito<sup>42</sup>. Una vez más la diferencia entre la “España oficial” y la “España real”, entre la realidad de la práctica y las instituciones jurídico-formales.

De otra, cuando se decide dar el paso adelante y acudir a la declaración del concurso, el calvario procedimental y las prácticas leoninas de todos, incluidos los profesionales de la gestión del mismo —los administradores concursales—, que ven en ello pingües oportunidades de negocio, emergen por doquier. El procedimiento no sólo llega muy tarde, demasiado, sino que va muy lento, en extremo, resulta muy costoso.

No se trata de una pura especulación de quien suscribe este trabajo sino pura constatación científica, que resulta fácilmente acreditable en el plano empírico, a la luz de los datos estadísticos, si bien el problema es más que cuantitativo, como se verá y ha comprendido el legislador de la reforma, aunque no haya adoptado la reflexión y el camino más adecuado, como suele suceder con las legislaciones urgentes, improvisadas y parciales —más bien “parcheadas”—.

---

<sup>42</sup> Sea por la vía drástica de la desaparición de hecho de las empresas, que no es solución sino un grave problema; sea a través de *acuerdos extrajudiciales* con los acreedores, que han quedado en gran medida extramuros de la Ley Concursal; sea a través de financiación —pública o privada— no siempre transparente; sea mediante *reclamaciones de responsabilidad a los administradores* de sociedades mercantiles; sea, en algunos pocos casos, mediante liquidaciones de algunos bienes; mediante recapitalizaciones societarias, e incluso la liquidación voluntaria de la sociedad, que había venido duplicando el número de concursos, si bien esta última tiene escaso seguimiento por su elevado coste fiscal.

En primer lugar, el dato estadístico revela el elevado grado de insatisfacción de los acreedores ordinarios, no tanto de los privilegiados, por lo que quebraría por su eje el mismo sentido de todo concurso, pues es evidente que los acreedores privilegiados ya tienen otros mecanismos, por lo general, para dar satisfacción a sus créditos. En segundo lugar, sigue tratándose de un procedimiento muy costoso, tanto en tiempo como en dinero, por lo que quebraría con otros dos objetivos básicos de cualquier concurso: celeridad a la hora de hacer frente a la crisis y eficiencia económica, pues se está ante una situación crítica, por tanto no es el momento para más gastos que no son “productivos”.

En tercer lugar, y como ya advertimos al comentar la LC en el inicio mismo de su vigencia, lejos de reducirse se ha consolidado, e incluso crecido, el número de procedimientos que terminan en liquidación –más del 90%–, por lo que cualquiera que sea la posición defendida en torno al objetivo primario del concurso, si la conservación de la empresa o su liquidación para el pago de los créditos, lo cierto es que la liquidación domina claramente la solución conservadora. Qué duda cabe que el concurso debe ser un instrumento depurador, por tanto en ningún caso neutral –como se sostiene por un importante sector doctrinal–, de modo que ayude a mantener las empresas que resultan razonablemente viables, al tiempo que promueve la eliminación del mercado de las empresas que no lo son, y sin perjuicio de los sistemas de protección del empleo –derechos de recolocación– y de la capacidad de renta y consumo –derechos de prestaciones de desempleo– a quienes se ven obligados a perder su puesto de trabajo en tales situaciones irreversibles.

De este modo, existió un consenso bastante difundido en torno al fracaso de la LC, con la frustración de las muchas expectativas puestas en esta regulación. A mi juicio, ni tan siquiera la llamada función punitiva, represora o sancionadora “por culpa de” la “responsabilidad concursal” de los administradores ha desplegado el efecto buscado y esperado, aunque al respecto existen posiciones más contrastantes. Esta herramienta, si bien diseñada, hubiera debido constituir un elemento básico del concurso en la medida en que se presenta como un incentivo para una activación temprana: tanto por los administradores de sociedades, a fin de que lo instasen antes de que la situación patrimonial fuese irreversible, como de los acreedores, a fin de albergar una mayor esperanza sobre la posibilidad de contar con “patrimonios responsables”.

En definitiva, se trata de una reforma de urgencia y limitada, que pretende dar apoyo de las empresas deudoras y sus acreedores, corrigiendo ciertas deficiencias procesales y sustantivas que están dificultando alcanzar los objetivos de la institución. No lo digo yo, lo dice el propio legislador de reforma. El punto de partida de la reforma concursal se situaría en el cambio de ambiente o de “entorno económico”. El impacto de la “crisis financiera” internacional en las empresas, la llamada “economía real”, habría dejado al desnudo las deficiencias de buena parte de su regulación. De este modo, aunque no es inusual que un legislador deje en clara evidencia a otro, máxime si son de “colores políticos” diferentes, el Gobierno ac-

tual hace una profunda crítica de la regulación precedente, pese a presentarse ésta como todo un hito en el Derecho Concursal español e internacional, desplazando leyes que contaban con décadas de historia y a la que se quería dar un digno entierro, pero sepultura al fin y al cabo.

Como no deja de ser llamativo –más allá de salir quemada en la “fugacidad del tiempo” y en la “insoportable levedad” del ser– que una legislación llamada a resolver sólo situaciones de crisis económica empresarial haga aguas, precisamente, cuando surgen esas crisis, lo que resulta casi inconcebible tanta falta de previsión de esta normativa. Una normativa que, como se sabe, fue objeto de profunda crítica por parte de los juristas del trabajo, que apenas participaron en su trámite. En este caso, y a diferencia de lo que hemos visto en relación a los derechos de participación en las empresas de estructura comunitaria, es un claro ejemplo de disonancia, o falta de diálogo, entre Derecho del Trabajo y Derecho Mercantil, no obstante el proceso de depuración y corrección posterior que llevaría incluso a fórmulas transaccionales mediante la creación de un juez mercantil vinculado a la legislación laboral al respecto.

Se trata de una reforma parcial pero muy significativa en lo que plantea. Pues lo que constata es un diagnóstico de fracaso de una regulación y de identificación de las causas. El problema está en que no ofrece las terapias adecuadas, como ya se ha sugerido más arriba. Muchas de las modificaciones realizadas habían sido sugeridas antes incluso de la promulgación de la Ley<sup>43</sup> y, reclamadas en las múltiples resoluciones judiciales dictadas desde su entrada en vigor.

Como digo, el legislador es consciente de la inadecuación global de la normativa, que tiene como punto de partida la liquidación de la empresa para pagar a los acreedores en vez de promover su conservación, reestructurada claro está, a fin de garantizar mayor volumen de empleo y un pago, a medio plazo, más eficaz para todos los acreedores. Pero como en un momento de profunda crisis y de premura de soluciones no sería aconsejable hacer reformas profundas, considera el legislador que es preferible ahora aplazar una revisión “en profundidad la legislación concursal a la luz de la intensa experiencia vivida en los tribunales como consecuencia de la crisis”, para primar, en este momento, una reforma parcial y selectiva, afectando tan sólo a “los aspectos concretos cuyo tratamiento normativo se ha revelado más inconveniente”. De ahí, que las modificaciones contenidas en el Decreto-Ley pretendan intentar corregir algunas de las principales deficiencias ya detectadas por los analistas casi al inicio mismo de la vigencia de la Ley Concursal y que son básicamente las tres siguientes:

---

<sup>43</sup> Vid. Rojo, E. “La reforma del Derecho Concursal español”, en Rojo, E. (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid. Marcial Pons/Registadores de España.2003.págs. 87-130.

- a) Promueve la liquidación de la empresa en vez de su salvamento, a través de un plan eficaz, eficiente y sostenible de reestructuración y explotación. Por lo tanto, ahora se pretende modificar aquellos aspectos que puedan, en cambio, facilitar la *refinanciación de las empresas* que sufran dificultades financieras que no hagan ineludible una situación de insolvencia

En suma, se busca generar incentivos para evitar el concurso –gestión preventiva–, mediante la facilitación del refinanciamiento de las empresas a través de acuerdos de implicación en el proyecto de reestructuración para el saneamiento de sus acreedores. No obstante, como también se verá, no conviene hacerse muchas ilusiones. Al tiempo que se promueve la búsqueda de “acuerdos de refinanciación”, en el marco siempre de un “plan de viabilidad”, se reconoce la posibilidad de acceder de modo anticipado, lo que no sucedía antes, a la fase de liquidación –nuevo artículo 142 bis LC–. En este sentido, puede decirse que se tiende a promover una fase preconcursal.

Se estimulan las operaciones de refinanciación a favor de empresas en dificultades y que resulten viables.

Ante el riesgo de que las refinanciaciones acordadas antes de que las empresas sean declaradas en concurso puedan ser rescindidas una vez iniciado éste, la reforma incluye un aumento de las garantías a favor de las entidades refinanciadoras, centradas en la no rescindibilidad de las operaciones no fraudulentas derivadas de estos acuerdos y en la restricción de la legitimación para impugnar tales operaciones. Estas garantías se condicionan a que la refinanciación cuente con el respaldo de 3/5 de los acreedores, un plan de viabilidad avalado por un informe independiente y

- b) Se trataba de un procedimiento extremadamente complejo que ni facilitaba su gestión ni, lo que es peor, permitía una tramitación a costes asumibles por los empresarios, lo que se revela como una exigencia fundamental para momentos caracterizados precisamente por la falta de liquidez económica o los problemas financieros –situaciones económicas negativas–. Por eso, la reforma pretende modificar aquellos aspectos que más ayuden a *agilizar los trámites procesales*, no ya sólo para darle mayor flexibilidad y eficacia al procedimiento de gestión colectiva de la crisis económico-financiera de la empresa, sino también, y sobre todo, para reducir sus costes –razones de eficiencia económica–.

En definitiva, se busca una regulación que permita a los sujetos económicos contar un procedimiento de gestión colectiva de las necesarias reestructuraciones de la empresa en situaciones de concurso menos costoso y más ágil y eficiente

- c) Se dejaba en un segundo plano los derechos e intereses socioeconómicos de los trabajadores, perdidos en el mar de la “masa de acreedores” y privados ya de su precedente posición legal de preferencia, para muchos “privilegio”, en procesos de ejecución separada. Por eso, ahora se intenta *mejorar la posición*

*jurídica de los trabajadores de empresas concursadas* que se vean afectados por procedimientos colectivos. No obstante, como se verá, este es, con mucha diferencia, el objetivo menos logrado, porque realmente es el menos buscado, de esta reforma provisional y un tanto, todo hay que decirlo, deslavazada, sin duda por su improvisación y premura, aunque también porque no es el fin de la protección específica de los derechos e intereses de los trabajadores el que ha marcado este movimiento reformador

Las medidas adoptadas en materia concursal revisten una complejidad técnica extrema, máxime, como advierte el legislador, si se tiene en cuenta que se ha querido dar la máxima eficacia temporal a estas reformas.

A tal fin el legislador ha querido darle aplicación “sin demora a múltiples procesos judiciales en curso, caracterizados por la presencia de numerosas partes procesales, y respecto de acuerdos financieros alcanzados entre las partes bajo la autonomía de su voluntad”.

En estas circunstancias es evidente que entran en juego diferentes imperativos cuya conciliación es obligada, pues el principio constitucional de seguridad jurídica, que precisan los agentes económicos para la adopción de decisiones económicas tan relevantes como las concernidas en los procesos concursales, debe hacerse compatible con el principio de eficacia de las soluciones a adoptar, de modo que puedan beneficiarse las empresas “de inmediato de las posibilidades que se les abren con la entrada en vigor de la presente norma” y que, precisamente, justificaría que se haga mediante RD-Ley. Ahora bien, que esta conciliación sea obligada en absoluto la hace fácil de alcanzar, como prueba el complicado régimen transitorio establecido en el RD-Ley 3/2009, de modo que cada medida de reforma adopta, a estos efectos, una solución diferente, entrando en vigor en momentos distintos, por lo que en unos casos se aplican a los concursos en trámite y en otros no.

## **5.2. La incidencia de la reforma en la garantía del empleo y de los derechos de los trabajadores**

Como acabamos de indicar, la tercera, y más diluida, línea de reforma parece buscar dar mayor entrada a los intereses vinculados al empleo, sea en forma de mayor ponderación del interés por el mantenimiento del mayor volumen del mismo sean en la de tutela los derechos de los trabajadores a la protección frente al desempleo. En este sentido, se introducen un par de cambios, de limitada eficacia tanto normativo-institucional como práctica, en el artículo 64 LC –contratos de trabajo–. Esta escasa atención legislativa nos resulta muy sorprendente si se tiene en cuenta que son los trabajadores, tanto los incluidos en los múltiples procedimientos de regulación de empleo tramitados en estos dos años como los que están en peligro o riesgo concreto de estarlo en los inminentes, los llamados a sufrir las consecuen-

cias más duras de las crisis empresariales, sin perjuicio del efecto también dramático que están teniendo para otros grupos de acreedores también muy “vulnerables” –pequeñas empresas proveedoras, trabajadores autónomos–.

La primera modificación, la del artículo 64.1 LC, atañe al momento en el cual debía entenderse aplicable el régimen especial de regulación de empleo previsto para la gestión de las crisis concursales de empresa, desplazando a tal final al régimen común u ordinario previsto en la norma laboral general, el ET. Si en la regulación anterior este momento se situaba en el de la “solicitud de declaración de concurso”, en la novísima regulación se retrasa el tiempo de vigencia del régimen especial de gestión de la crisis, por tanto de la regulación concursal, situándose ahora en la “declaración de concurso”, mediante el Auto correspondiente del Juez de lo Mercantil. En la práctica, la mejora en la situación de los trabajadores de empresas concursadas deriva de la no paralización de los ERE en tramitación, permitiendo su continuación hasta tanto no se declare el concurso de la empresa, algo que en la experiencia se ha visto se produce con retraso excesivo por diferentes motivos –complejidad del procedimiento, dificultades de toda índole para nombrar administradores, la “jungla documental” en que debe moverse el procedimiento, el desbordamiento de procedimientos de este tipo por el estallido de la crisis, que están saturando la actividad de los Juzgados de lo Mercantil...–.

El segundo cambio afecta al apartado 3 del artículo 64 LC, relativo al número y tipo de condicionantes expresamente establecidos para la adopción de la medida colectiva de gestión del empleo en situaciones de concurso empresarial. Conforme a la anterior redacción del precepto, la adopción de medidas de reestructuración o reorganización sociolaboral en tales situaciones críticas obedecía al esquema binario regla–excepción, de modo que la regla general debía ser la de que tales medidas sólo se solicitarían del juez del concurso una vez emitido el Informe correspondiente por la Administración del Concurso. Por supuesto, toda regla general contempla una excepción.

En efecto, antes de la reforma ya se era consciente de que en ciertos casos sería necesario anticipar tales medidas, siempre y cuando la demora en su aplicación por el Juez pudiera

“comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa”.

Por supuesto, la concurrencia de esta circunstancia, entendida como excepcional, debía acreditarse debidamente. En estos casos, sí se admitía que la petición pudiera producirse

“en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso”.

Pues bien, la reforma ahora introduce dos reajustes del redactado del precepto que, si bien pudiera pensarse que no afecta a la sustancia de la regulación anterior, yo entiendo que sí supone un cambio de planteamiento legislativo, pues en la rea-

lidad lo que hace es invertir el anterior esquema binario o dual: lo que era excepcional pasa a ser ahora, en la nueva comprensión normativa de la situación, la regla, y lo que era visto como regla aparece ahora como excepcional. Así se desprende, a mi juicio, del nuevo factor de anticipación de la adopción de medidas colectivas que introduce. A saber: la ampliación del número y el tipo de intereses socioeconómicos a ponderar a la hora de analizar si procede la anticipación de la medida, sin necesidad de esperar al Informe de la Administración Concursal.

Ahora, con la nueva redacción, se formaliza o expresa algo que, en realidad, ya estaba implícito en el anterior redactado. Así, el nuevo tenor literal del precepto condiciona la toma de la decisión de adelantar el recurso a tales medidas de reorganización sociolaboral –modificativas, suspensivas y/o extintivas– a que el retraso no sólo pueda comprometer gravemente la referida “viabilidad futura de la empresa”, sino que pueda igualmente hacerlo con

“... el empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores”.

En suma, este nuevo redactado legal significa aflorar algo que está presente en el cuerpo y espíritu de la LC, pero que no siempre queda suficientemente explicitado, ni en los enunciados de los preceptos ni, lo que es más relevante, en las soluciones que da para la gestión del procedimiento de regulación colectiva de la crisis. Me refiero a que pone “blanco sobre negro” la necesidad de considerar que el interés del concurso no está sólo constituido por un tipo de interés socioeconómico, el de cobro de los acreedores, ni tampoco por el de conservación de la empresa, sino que ha de integrarse con otros, que ha de entenderse de modo más plural. Y claro está, si de diversificación de los intereses socioeconómicos en juego se trata, es más que evidente la necesidad de prestar una especial atención a todos los intereses vinculados a la protección del empleo, como se decía.

Qué duda cabe que si ahora se amplía expresamente el catálogo de intereses a ponderar necesariamente en el momento de tomar la decisión de adoptar las medidas de gestión colectiva del empleo también se está promoviendo la inmediatez de la misma. De todos modos, tampoco conviene exagerar demasiado este cambio, porque sabido es que ya el artículo 64.4 LET, en la anterior redacción y que permanece como tal tras la reforma, consideraba de modo conjunto ambos condicionantes, como por lo demás es un imperativo lógico, al exigir que la solicitud de medidas reflejara tanto las causas motivadoras de las medidas mismas como los objetivos propuestos con ellas, en orden a:

“... asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo”

El segundo reajuste del tenor literal de este precepto pudiera pensarse que actúa, en cambio, en sentido contrario, retrasando el momento en que puede solicitarse la adopción de las medidas de reestructuración sociolaboral ante la crisis. Ahora, este tiempo o momento se sitúa en:

“cualquier momento procesal desde la declaración del concurso”.

Ahora bien, es evidente que esta modificación resulta plenamente coherente con la reforma del apartado 1 del artículo 64 LC que, como se ha visto, retrasa el momento para acudir a estas medidas de reestructuración desde la solicitud hasta el Auto declarando el concurso. Sólo a partir de este momento es aplicable el régimen propio de la LC, por lo que sólo a partir de ese momento podría actuar el Juez de lo Mercantil, manteniéndose hasta entonces el régimen laboral común –el del ET–. Por tanto, no merece más reflexión este cambio

En conjunto, la valoración que merece esta reforma es poco entusiasta. Y no ya por sus insuficiencias evidentes, desde un plano de política jurídica más amplio, que evidencia la necesidad de cambios de modelo regulador, sino incluso también por sus limitados, e incluso contraproducentes, efectos prácticos que puede tener la parca reforma introducida. Por un lado, la primera modificación comentada, la del momento de vigencia del régimen especial, no está en modo alguno exenta de efectos negativos en la realidad sociolaboral actual, en la medida en que quizás pueda llevar a la mejora de la situación de los trabajadores que ya estén en una situación de crisis declarada, a través de ERE, pero también es cierto que puede dificultar la de aquellos que se vean amenazados por una crisis concursal inminente, pero en los que todavía no concurra una acción colectiva de gestión de la misma –ni preconcursal (ERE) ni concursal–.

A este respecto, se ha evidenciado que ha dejado fuera situaciones delicadas en el plano sociolaboral ya antes de la solicitud del concurso. En estos casos, se abre una vía más para proceder a extinciones individuales de los contratos de trabajo, algo que ya se está produciendo y que no ocupa tanto espacio mediático.

En efecto, la dinámica de falta de pago de los salarios que suele preceder a todas las situaciones de declaración de insolvencia, así como la falta de ocupación efectiva de buena parte de los trabajadores de las empresas en tal situación, genera el caldo de cultivo oportuno para multiplicar la resolución individual de los contratos de trabajo, al amparo de lo establecido en el artículo 50.1 b) y c) del ET.

Por lo que concierne a la segunda modificación, apenas tendrá impacto práctico porque realmente lo que hace es más bien normalizar algo que ya venía sucediendo en la realidad, convirtiendo en norma jurídica lo que ya era un patrón de conducta práctica, esto es, normal. Y es que por lo general la aplicación de las medidas colectivas se planteaba antes del informe, sólo en situaciones excepcionales se producían tras el informe. Por tanto, la práctica forense convirtió en regla lo que la norma legal configuraba en cambio como una excepción, de ahí el sentido estrictamente normalizador de la reforma legislativa. Es evidente que con la introducción de más intereses a ponderar en la decisión se confirma más si cabe la necesidad de la inmediatez de la adopción de esta medida de gestión colectiva de la situación de crisis. En todo caso, parece claro que el cobro de la prestación por desempleo no será desde el Auto de Declaración del Concurso, sino desde el Auto por el que se proceda a extinguir las relaciones de trabajo.

En todo caso, no debe olvidarse que este deseo de introducir más inmediatez en la gestión aparece como una lógica global de la reforma, orientada a anticipar la acción de reestructuración –simplificación y agilización del procedimiento–. Por tanto, el tema no puede dejar de impactar en el espacio que queda a la regulación común u ordinaria laboral, anterior al concurso, en la medida en que la reforma parece seguir pensando en la regulación desde la legislación concursal como preferente para las crisis de las empresas, incluso cuando no hayan estallado aún. Por eso, no sólo se abre la referida dialéctica entre norma laboral y normal mercantil, sino la necesidad de incluir un papel más relevante de la gestión de los intereses sociolaborales en ésta, amén de ahondar también en los reajustes de aquélla para “ganar esta batalla”. No es una lucha o una “guerra entre cuerpos normativos” –y doctrinas y jurisprudencias, como es obvio–, sino una lucha por la mayor eficacia, eficiencia y equidad de la gestión colectiva de la crisis.

Pese a todo, y como se dijo en relación a la principal vía para anticipar la gestión de las crisis empresariales, la reforma no tiene en cuenta adecuadamente todos estos intereses, porque, como también se indicó, seguimos sin disponer de un auténtico Derecho de las Reestructuraciones de Empresa. En realidad, nunca ha sido ni será el Derecho Concursal el instrumento más adecuado para dar respuesta a las necesidades de las empresas modernas y, por tanto, para incluir la gestión del empleo como un elemento crucial del principio de conservación de empresas. En este sentido, los trabajadores deben tener un espacio específico en el seno de la regulación de tipo mercantil, a fin de convertirlos en valedores de los derechos de los trabajadores y del empleo en el contexto de una solución satisfactoria para todos los acreedores.

### **5.3. El reforzamiento de los créditos del FOGASA**

La tercera línea de análisis tiene que ver con la atención que la reforma presta al reforzamiento de las garantías de los créditos del FOGASA, a través de la prohibición de acciones de reintegración respecto de ciertos créditos a favor de este organismo. Esta importante novedad legislativa se incorpora a través de la inclusión en el artículo 71.5 de la LC de un nuevo supuesto, conforme al cual, no podrán rescindirse:

“3º Las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica”

A estos efectos, conviene recordar que conforme a al apartado primero de aquel precepto, declarado el concurso serán “rescindibles”, a través de las que denomina “acciones de reintegración”, cualquier acto de disposición patrimonial realizado por el deudor, siempre que:

- se produzca en los dos años anteriores a la fecha de declaración concursal
- resulte perjudicial para la masa activa, siendo irrelevante a tal fin que haya o no intención de defraudar.
- se pruebe, según las reglas generales, ese perjuicio patrimonial –apartado 4–, salvo que concurra una presunción iuris et de iure o iuris tantum

Puesto que el catálogo de “presunciones de perjuicio” es amplio, queda puesta de relieve la voluntad del legislador, en aras de la protección del principal interés del concurso –el pago satisfactorio de los acreedores– de favorecer esta acción. Pero esta regla de favor no es absoluta, como también parece obvio. De ahí, que el precepto fije una serie de supuestos en los que, se entiende que excepcionalmente, se prohíbe esa acción de reintegro a la masa.

Así, en la regulación anterior, se prohibía rescindir:

1º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales

2º Los actos comprendidos en el ámbito de “leyes especiales” reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados

La nueva redacción del artículo 71.5 LC incorpora, como se acaba de referir, un nuevo supuesto relativo a la garantía de créditos públicos, entre los que sitúa de forma específica las garantías constituidas, en los convenios de recuperación, a favor de los créditos del FOGASA<sup>44</sup>. De este modo, se refuerza la protección de sus créditos y la posición de los acreedores que no pudieron conocer el concurso. Un refuerzo que está también presente en los cambios relativos a la subordinación de los créditos derivados de obligaciones recíprocas cuando el incumplimiento es resultado de la acción propia del acreedor de carácter obstaculizador, o también si procede de socios especialmente relacionados con el concursado

## **6. DEL “CONFLICTO DE LÓGICAS” A LA “COOPERACIÓN” ENTRE ELLAS: CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y GARANTÍA DEL EMPLEO EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO GLOBAL**

Si una razonable garantía de empleo en situaciones críticas pasa por defender el principio de conservación de empresas en dificultades pero viables, ha quedado

---

<sup>44</sup> Un supuesto al que hay que añadir otro, el previsto en la ya referida nueva DA 4ª LC, relativo a los negocios jurídicos, actos y pagos realizados, así como las garantías de ejecución, vinculados a los acuerdos de refinanciación.

bien claro en este estudio que ni el costoso y complejo procedimiento judicial que el concurso representa, ni, antes, el monetarista ERE “administrativo”, sirven para dar la debida satisfacción a aquel objetivo socio-económico prioritario. Si la actual regulación laboral, que cuenta ya con una dilatada tradición histórico-jurídica, no está preparada para desarrollar coherente y eficazmente un enfoque preventivo y activo, la solución concursal tan sólo sirve para la liquidación patrimonial, como ilustra la práctica, si bien a un precio desorbitado y en un tiempo perjudicial en todo caso. De ahí, que sea ya hora de proponer una profunda reordenación del sistema jurídico en orden a afrontar los procesos, no ya coyunturales –como en época de reconversiones industriales– sino estructurales, de reestructuración conforme a las necesidades sociales y económicas del siglo XXI.

De un lado, eso significaría crear una regulación especial en el ámbito de tipo socio-económico que permita una composición, sobre todo mediante instrumentos de concertación y negociación sociales y colectivas, transaccional y equilibrada, además de rápida y flexible, de todos los intereses en juego. La finalidad de saneamiento de empresas desde los más tempranos estadios de las crisis exige, de un lado, apostar por una revisión de las instituciones jurídico-laborales en la dirección del referido enfoque de “reestructuración socialmente inteligente” propuesto por las autoridades comunitarias. De otro, convertir el Derecho Concursal en una “solución residual”.

En efecto, pese al intento moderno de hacer del Derecho Concursal el ámbito único, o preferente, en el que deben concurrir las soluciones a los problemas de reestructuración y, al mismo tiempo, de satisfacción de los créditos de los acreedores, es necesario una vía diferente. Al Derecho Concursal sólo debería competer lo que en su origen era su fin primordial, la liquidación ordenada de un patrimonio, por tanto, para empresas incapaces de volver, de un modo razonable y sostenible, por la vía o la senda de la viabilidad de mercado. Al tiempo, el actual inmovilismo en el enfoque de reforma del modelo estatutario de gestión de las crisis empresariales debería dejar paso a un proceso reformador en el que la flexibilidad vía convencional y la implicación de todos los actores de un territorio socio-económico concreto fueran los ejes básicos de la ordenación. En consecuencia, quizás sea el momento igualmente de acabar con otro tabú hasta ahora existente, cual es el de la necesidad de una autorización por parte de la Administración para la regulación de empleo.

Ni que decir tiene, aunque acepto el riesgo a recibir críticas en tal sentido, que con ello no puede proponerse ni una vuelta a la pura gestión de mercado –libertad del empleador–, como ahora proponen injustificadamente las organizaciones patronales, ni tampoco el abandono a un modelo de garantismo colectivo –que es el exigido por la normativa comunitaria–. La intervención e implicación de los actores públicos es en esta materia inevitable. Ahora bien, debería promoverse un tipo de intervención más acorde con las nuevas exigencias, y realmente con la experiencia práctica, que nos pone de relieve hasta el momento un desarrollo muy limitado del modelo legal.

Como se dijo, tanto el modelo estatutario como el modelo concursal están muy influenciados por la idea de la expulsión de mano de obra como vía para llevar a cabo los procesos de reestructuración, siendo legal y prácticamente muy limitadas, al menos hasta el momento, las experiencias de gestión conforme a “Planes Sociales” que no sólo busquen amortiguar los efectos extintivos, sino que propicien bien el mantenimiento del mayor volumen de empleo posible, aunque sea bajo otras condiciones económicas y laborales, siempre que sean propias de un “trabajo decente”, bien la recolocación o reinserción de los trabajadores en otros sectores de actividad. Las últimas reformas llevadas a cabo para hacer frente a la actual situación de crisis dista mucho del enfoque preventivo –naturalmente imposible cuando ya ha estallado salvajemente la crisis– y ofensivo o activo, como sucede con el RD–Ley 2/2009, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo, que ha apostado, como se sabe, por fomentar la “regulación temporal de empleo” en lugar de la “regulación extintiva”, mediante las recurrentes bonificaciones de Seguridad Social.

Como se ha sostenido con acierto<sup>45</sup>, todas estas reformas, tanto en el plano de las instituciones laborales como en el plano de las instituciones concursales tienen una dimensión parcial, unilateral y de coyuntura o emergencia. Por lo tanto, adolecen una vez más de un doble defecto que arrastramos en esta materia desde hace tiempo. Por una parte, la ausencia de un proyecto coherente que contemple globalmente todo el problema y aporte soluciones armonizadas, integradas, a través de la aprobación de un cuerpo ordenado y sistemático que permita atender a todos los intereses en juego. Por otro, la insuficiencia de las medidas aportadas para hacer frente a un modelo de gestión de la crisis que termine, en efecto, por conducirnos hacia un nuevo modelo productivo, en lo que eso sea posible, o al menos que potencie modelos productivos más basados en estrategias competitivas y sistemas de relaciones laborales flexibles pero de calidad, no asentados en la permanente reducción de costes –reajustes de los precios del factor trabajo–.

Para reorientarse en otra dirección, conforme al referido enfoque de la gestión socialmente inteligente de las reestructuraciones, que en todo caso implica garantías sobre la sostenibilidad social de los procesos, es necesario promover un modelo más concertado y negociado, aportando los instrumentos de garantía y fomento para ello. Es, pues, en el marco de los útiles de concertación, social y territorial –pues siempre implica el saneamiento una reestructuración territorial, por implantarse las empresas en zonas concretas–, y también de negociación colectiva, donde podemos encontrar un nuevo modelo de gobierno y gestión de los procesos de reestructuración, dirigidos a la instauración de mecanismos preventivos y más eficientes, económicamente sí, pero también socialmente. En consecuencia, es necesaria una reordenación que sea capaz de combinar la racionalidad legal pro-

---

<sup>45</sup> Vid. Monereo Pérez, J.L. “Crisis empresariales, despidos... op. cit. Pp. 304-305.

tectora con los imperativos de racionalidad económica, para lo cual una adecuada combinación entre Ley y Pactos es crucial, esto es, una combinación entre racionalidad legal y reflexiva. La integración entre los Planes de Reindustrialización, que suelen acompañar como exigencia a los procesos de reestructuración empresarial en el marco de procesos concursales, sobre todo de las empresas de mayores dimensiones y mayor impacto social y territorial, y los conocidos “Planes Sociales”, cuya desatención en la actual regulación legislativa es unánimemente criticada por la doctrina, puede ser un camino correcto para proceder a tal reformulación, pues a día de hoy existe una gran distancia entre ambos instrumentos.

Finalmente, este planteamiento debe ser capaz de articular los diferentes “territorios de la regulación” que hoy concurren en los procesos de reestructuración<sup>46</sup>, por cuanto junto a la dimensión inferior a la escala estatal, sobre todo la regional y la local, hay que añadir la superior a la estatal, tanto comunitaria como global. El episodio vivido en los dos últimos años con el “plan de saneamiento” de OPEL, la filial de GENERAL MOTORS, y con implantación en diversos países comunitarios, debe alertar suficientemente del carácter competitivo de estos procesos entre territorios y de la necesidad de no saldar la situación con millonarias ayudas por parte de los Estados sin compromisos reales de continuidad a largo plazo de la actividad económica y del empleo que conlleva<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Para un reciente y sugerente planteamiento de la nueva estructura política del mundo de la producción en relación a las políticas de empleo puede verse, por todos, la tesis doctoral brillantemente desarrollada y defendida por la profesora, ahora Doctora en Ciencias del Trabajo, Vallecillo Gámez, M.R. “*Políticas de empleo y nuevos territorios de la regulación: Discursos y prácticas para un modelo de doble descentralización Regional-Local*”. Jaén, 14 de mayo 2010. Inédita, de momento.

<sup>47</sup> Como se ha publicado recientemente, **el plan de reestructuración de Opel tendrá un coste de más de 3.700 millones de euros, de los que la matriz del fabricante alemán, el grupo General Motors, aportará 1.900 millones.** El resto deben aportarlo los Estados con establecimientos de la Multinacional. Para ello no ha habido un gobierno coordinado, de nuevo debe lamentarse esta deficiencia, sino una carrera por ver quién consigue mantener un mayor volumen de empleo en su territorio, previo pago del precio, claro está. Así, Reino Unido se comprometió a contribuir con 270 millones de libras (unos 320 millones de euros al cambio actual). Bélgica, donde Opel ha cerrado la planta de Amberes, no respaldará el programa. Y España aportará 300 millones en vales. El montante será aportado conjuntamente por el Gobierno central (140 millones de euros) y el Ejecutivo aragonés (160 millones), sede de la planta de la compañía, en Figueruelas (Zaragoza).

## 7. REFLEXIÓN FINAL: NUEVOS MODELOS PRODUCTIVOS, RELACIONES LABORALES Y REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS

Es más que evidente que la base de la reconstrucción económica no puede estar en los programas de estímulo económico para ayudar a que se vendan más casas, de modo que se puedan fabricar aún más, o que se vendan más coches, al mismo fin, o que se construyan aceras y se repavimenten las calles, los caminos y las carreteras. Son ingenuas, en el mejor de los casos, las pretensiones de ampliar y prorrogar las iniciativas de estímulo económico, tanto estatal como autonómico, cuando en general se fundamentan en la inversión en recurrentes proyectos de infraestructura, que una vez terminados, no van a generar más que un efímero crecimiento económico. Este corto crecimiento no podrá revivirse con otra inyección de capital público, porque la deuda pública se convertiría en inmanejable. La ignorancia abierta de esta idea nos ha situado ahora en el incierto, cruel e injusto escenario de recortes desafortunados en los derechos sociolaborales, incluso ya pactados por convenio o acordados políticamente, como es el caso del Pacto de Toledo para los pensionistas.

Estamos hoy inmersos en un debate que se pretende de coyuntura, relativo a las vías de salida a la crisis. Para ello se predica con fervor, y una vez finalizado el sueño de resurrección del Keynesianismo, soluciones atentas únicamente a la voracidad de los llamados “mercados”, que realmente no es sino un modo exótico de denominar a un conjunto de poderes financieros cuya finalidad única es especular con los valores de los cuáles pueden obtener mayor rentabilidad, apostando por su devaluación –“posiciones cortas” las llaman–. Pero hay otro modo de salir.

Para que la inversión sea efectiva, debe dedicarse a los proyectos que faciliten la “reconversión del modelo productivo”. La base tiene que ser la creación de “industrias de producción y servicios”, unas de “capital local” –fomento del tejido empresarial autóctono– y otras de “capital extranjero” –atracción de inversión– que por sus innovaciones creen los empleos, en número y en calidad, necesarios para mantener el necesario equilibrio entre la oferta de trabajo –el número de personas dispuestas y con capacidad para emplearse en ese desarrollo– y la demanda –necesidades empresariales y sociales–. La cuestión que más nos atañe aquí es la de ¿Cómo puede contribuir a ello el Derecho Social, tanto en el ámbito de la política laboral como de la de empleo y de protección social?

Esa pregunta no tiene respuesta ahora de modo general y no puede ser dada por una sola persona. A lo largo del estudio se han aportado algunas ideas. Pero en cualquier caso lo que queda absolutamente claro es que no vendrá nunca del nuevo intento de dismantelar el equilibrio entre la razón social y la razón económica que está inherente a la forma de Estado Social de Derecho. Y no ya sólo porque sea un estricto imperativo constitucional, sino porque es una absoluta necesidad social y también, pese a los apologetas del ideario liberal, económica. Como Neptuno de-

vorando a sus hijos, los mercados dejados a su “ley” terminan destrozándose y, lo que es mucho peor, destrozando el orden de convivencia. Por tanto, es intolerable y conviene ya alzar la voz y movilizar los recursos disponibles para exigir un auténtico gobierno de la economía, uno de cuyos pilares será el establecimiento de un auténtico Derecho *de la Reestructuración de Empresas*, en parte social en parte económico, que permita una gestión económicamente rentable y socialmente sostenible de su actividad, como garantía del libre mercado sí, pero también del empleo y de los derechos sociolaborales fundamentales.

# COMUNICACIONES



# **LA PERSPECTIVA DE LA DIVERSIDAD EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS ACTUALES ORGANIZACIONES EMPRESARIALES**

Francisco J. Calderón Vázquez  
*Dpto. Derecho Financiero y Economía Aplicada*  
*Facultad de Derecho*  
Universidad de Málaga

## ÍNDICE

1. QUÉ SE ENTIENDE POR DIVERSIDAD EN EL PUESTO DE TRABAJO
2. POR QUÉ ES TAN IMPORTANTE LA CUESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN LA EMPRESA ACTUAL
3. COMO AFRONTAR LA DIVERSIDAD: POSICIONAMIENTOS TEÓRICOS
  - 3.1. Corrientes Pro–Diversidad
  - 3.2. Corrientes Sectoriales
  - 3.3. Corrientes Reactivas
  - 3.4. Corrientes Contextuales
  - 3.5. CORRIENTES CULTURALES Y ORGANIZACIONALES
4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES, ALGUNOS INTERROGANTES

## 1. QUÉ SE ENTIENDE POR DIVERSIDAD EN EL PUESTO DE TRABAJO

Se conceptúa a la diversidad como el conjunto o serie de características, particularidades y atributos que hacen diferentes a las personas. noción básica sostenida por la gran mayoría de agencias internacionales (APSC<sup>1</sup>, 2001; UKCO<sup>2</sup> 1999; EEOT<sup>3</sup>, 2006; USEEC<sup>4</sup>, 2007) que podríamos considerar referentes en esta temática:

*“Diversity in this context covers gender, age, language, ethnicity, cultural background, sexual orientation, religious belief and family responsibilities” (APSC, 2001)*

*“Diversity also refers to the other ways in which people are different, such as educational level, life experience, work experience, socio-economic background, personality and marital status”.*

*“Workplace diversity involves recognising the value of individual differences and managing them in the workplace”.*

Por tanto, la diversidad comprendería los aspectos distintivos que hacen a un individuo distinto o diferente de los otros. Aspectos diferenciales entendidos tanto en un primer nivel, que podríamos considerar como *personal* (sexo, raza, edad, lengua, nivel cultural, orientación sexual, creencias religiosas y responsabilidades familiares) y en un segundo nivel o *relacional* que incluiría aspectos tales como: nivel educacional, experiencia vital, experiencia laboral, origen socioeconómico, estado civil, personalidad, etc.

Dado que tales aspectos pueden ser visibles y evidentes (sexo, raza, lengua, en algunos casos religión) o menos, la diversidad se presenta como una cuestión de complicado abordaje, puesto que va mas allá de lo aparente, alcanzando aspectos profundos de la naturaleza humana.

Aunque no exista un consenso cierto sobre si los aspectos diferenciales de los individuos inciden directamente sobre los sentimientos y las percepciones de éstos, parece de general aceptación la idea de que tales aspectos distintivos influyen poderosamente la conducta de los individuos, pudiendo condicionar, activa o pasivamente, nuestra visión de los otros, en definitiva, como nos vemos y como somos vistos o percibidos por los que nos rodean. Obviamente el hecho diferencial individual podría afectar a las actividades laborales de los individuos y al desempeño de los

---

<sup>1</sup> Australian Public Service Comisión ([www.apsc.gov.au](http://www.apsc.gov.au)).

<sup>2</sup> U.K. Cabinet Office ([www.cabinet-office.gov.uk/civilservice/1999/what\\_works/](http://www.cabinet-office.gov.uk/civilservice/1999/what_works/)).

<sup>3</sup> New Zealand Equal Employment Opportunities Trust ([www.eeotrust.org.nz](http://www.eeotrust.org.nz)).

<sup>4</sup> US Equal Employment Commission ([www.eeoc.gov.us](http://www.eeoc.gov.us)).

mismos dentro de las empresas, para Susaeta y Navas (2005, pp.158) las inferencias de la diversidad podrían afectar: “*a las actitudes de los empleados, a sus comportamientos en el lugar de trabajo y a la habilidad para trabajar con otros empleados*”, por ello la diversidad aparecería como un factor a tener en cuenta tanto en la composición de los mercados de trabajo como en la gestión empresarial cotidiana.

La diversidad para la empresa supone un cambio estructural porque afecta al grupo humano, pilar básico de la estructura empresarial, dado que el componente humano de la organización parece ser el más importante de sus recursos (Aguirre, Castillo, Tous, 1991). No podemos obviar que la vida diaria de la organización está constituida en lo básico por un grupo de personas que interactúa entre sí, desarrollando un conjunto de acciones orientadas al logro de determinados objetivos, empleando para ello determinados medios y recursos, habilidades y técnicas. Todo lo que pueda obstaculizar o dificultar la interacción dentro del grupo podría convertirse en un problema central para la gerencia, ya que podría poner en cuestión la consecución de resultados de la organización.

En este sentido, las empresas actuales presentan grupos humanos y plantillas cada vez más heterogéneos, donde la diversidad es una característica cada día más evidente, reflejando tanto la propia composición de la sociedad<sup>5</sup> actual como la evolución paulatina de la misma<sup>6</sup>.

## 2. POR QUÉ ES TAN IMPORTANTE LA CUESTIÓN DE LA DIVERSIDAD EN LA EMPRESA ACTUAL

La confluencia de una serie de tendencias sociales y laborales junto a los imperativos legales existentes, convierte a la diversidad en un ítem de claro protagonismo en la agenda empresarial de la actualidad. A efectos clarificadores, podríamos distinguir entre tendencias *macro* referidas a la sociedad y tendencias *micro* referidas al mundo empresarial propiamente dicho.

Entre las primeras nos encontramos con la creciente presencia en los mercados laborales de los países occidentales de contingentes de inmigrantes y trabajadores extranjeros de origen, nacionalidad y cultura dispar. En el caso español, se constata un crecimiento exponencial<sup>7</sup> de los mismos en la última década (INE, 2009). Di-

---

<sup>5</sup> Como pudiera darse en el caso de las diferencias por raza, lugar de origen, nacionalidad, cultura o religión.

<sup>6</sup> Como en el caso de las diferencias de género, edad, orientación sexual, discapacidad, etc.

<sup>7</sup> A 1 de enero de 2008 la población empadronada en España es de 46.063.511 habitantes, de los cuales 5,2 millones son extranjeros. El colectivo extranjero representa, el 11,3% de la población total. Con respecto al padrón anterior, el número absoluto de habitantes aumentó un 1,9% y la población extranjera creció un 15,5% (INE, 2009).

chas corrientes migratorias se producen en un contexto donde los cambios sociológicos y demográficos (como la incorporación de la mujer al mercado laboral o el envejecimiento de la población activa) junto a la mejor formación de los jóvenes y su creciente presencia en puestos directivos propicia la presencia de un arco de género y edad muy amplio en las organizaciones. Lo que induce a la desconfiguración de las jerarquías tradicionales, basadas en gran parte en el género y la edad. La conjunción de ambas circunstancias está produciendo que tanto el perfil como la composición de la fuerza de trabajo actual, sea sustancialmente distinta a la de décadas anteriores.

Dentro de las tendencias puramente empresariales, debemos reseñar las tendencias internacionalizadoras que siguiendo a Jackson, May y Whitney (1995) están en el origen del *exploit* de la diversidad, ya que la acentuación de dichas tendencias a la internacionalización de la actividad empresarial (evidentes en las últimas décadas) va a provocar que la empresa deba multiplicar sus contactos y relaciones empresariales con áreas geográficas y culturales muy distantes del entorno local o nacional habitual. Según Moss Kanter (1991) la internacionalización de los mercados conlleva paulatinamente la progresiva internacionalización de los recursos humanos de la organización. Asimismo, la adopción generalizada de estrategias *take over* (fusiones, adquisiciones, alianzas organizativas, OPAS, etc.) por parte de importantes segmentos del mundo empresarial, trae consigo la inevitable configuración de grupos humanos transnacionales con diferentes perspectivas sobre el trabajo, la organización, los métodos, etc., (Hofstede, 1991).

A lo anterior, debería añadirse la creciente pujanza del sector servicios y la importancia del *interface* con el cliente en esta tipología sectorial, hacen que sea necesario contar con personal que responda a la diversidad existente de mercados y consumidores (Jackson y Álvarez, 1992).

A las anteriores circunstancias *de facto*, debemos añadir la realidad *de iure*, es decir, la existencia de un marco legislativo europeo antidiscriminatorio en materia de empleo y diversidad. Marco referencial en el que deben actuar y moverse las empresas y las restantes organizaciones. Piedras angulares de este marco legislativo serían por una parte el Artículo 13 del Tratado de Ámsterdam que autoriza a la U.E., a tomar medidas contra cualquier tipo de discriminación basada en aspectos de edad, sexuales, étnicos, origen, religión. Tal precepto se ha concretizado en las Directivas de *Igualdad Racial*<sup>8</sup> y de *Igualdad en el Empleo*<sup>9</sup> y en instrumentos como el *Programa de Acción Comunitario para la lucha contra la discriminación 2001-2006*<sup>10</sup>. Directivas que entraron en vigor para los estados miembros a partir del 2003 y de las que cabría reseñar su lento proceso de transposición al Derecho Nacional de los diferentes estados comunitarios.

<sup>8</sup> Directiva 2000/43/CE.

<sup>9</sup> Directiva 2000/78/CE.

<sup>10</sup> Decisión 20000/750/CE Del Consejo.

### 3. COMO AFRONTAR LA DIVERSIDAD: POSICIONAMIENTOS TEÓRICOS

Una panorámica sintética de las contribuciones teóricas más significativas en el análisis de la cuestión Diversidad distinguiría hasta cinco grandes corrientes de pensamiento en torno a la misma: Corrientes Pro-Diversidad, Corrientes Sectoriales, Corrientes Reactivas, Corrientes Contextuales y Corrientes Organizacionales.

En los párrafos siguientes vamos a realizar una descripción sucinta de las mismas con animo meramente orientativo y explicativo, en este sentido la Matriz N° 1 ofrece un resumen sintético de las mismas.

#### MATRIZ N° 1

<b>CORRIENTE DE PENSAMIENTO</b>	<b>AUTORES MAS SIGNIFICATIVOS</b>	<b>REFERENTE CONCEPTUAL</b>
<b>CORRIENTES PRO-DIVERSIDAD</b>	Taylor Cox (1991, 1994)	Teoría de los Recursos y Capacidades
<b>CORRIENTES SECTORIALES</b>	Jakson y Álvarez (1992) Triandis, Kurowski y Gelfand (1994) Adler (1983) McCormick y Kinloch (1986) Tsui y Gutek (1999) Cunningham y Sagas (2006)	Teoría de los Recursos y Capacidades
<b>CORRIENTES REACTIVAS</b>	Williams y O'Reilly (1998) Jehn (1995)	Teoría General de Sistemas
<b>CORRIENTES CONTEXTUALES</b>	Kochan, Bezrukova, Ely, Jackson, Joshi, Hehn, Leonard, Levine, Thomas (2003) Richard y Johnson (2001)	Teoría de Sistemas y Teoría general de Sistemas
<b>CORRIENTES ORGANIZACIONALES</b>	Gilbert, Stead e Ivancevich (1999) Bowens et alia (1993) Giraldo (1991)	Cultura de las Organizaciones

Elaboración Propia.

### 3.1. Corrientes Pro-Diversidad

Por lo que se refiere a las corrientes favorables a la diversidad, que parecen ser las más importantes, en cuanto a difusión y seguimiento, y de alguna manera, las “políticamente correctas” en el momento actual, éstas plantean, dentro del más rancio pragmatismo anglosajón, dos ideas fundamentales: con la diversidad se trata de dar cumplimiento a los imperativos legales y a la normativa antidiscriminatoria existente, evitando los problemas legales y costes que se pudieran producir. Por otra parte, con la diversidad se trata de conseguir resultados en términos empresariales, lo que supone el manejo o *la gestión de la diversidad*, orientándola a la consecución de resultados, proponiéndose una conjunción de ambos factores: desactivar conflictos (con el ahorro de costes que supone) y sacar partido de la diversidad (entendida como activo empresarial) planteando la incorporación de la diversidad al acervo gerencial de las empresas como una estrategia corporativa para afrontar (y solucionar, en la medida de lo posible) el problema de la heterogeneidad de la fuerza de trabajo.

Las corrientes pro diversidad, entienden a la diversidad como una realidad *de facto* en las organizaciones empresariales actuales, por lo que propugnan el “reconocimiento” de la misma, como una suerte de aceptación de la realidad actual. Ello implica que las organizaciones deben primero, ser conscientes del problema, para luego, afrontarlo, para ello deben adaptar su funcionamiento y mecanismos a esta nueva realidad. Para las corrientes favorables a la diversidad, la incorporación de la diversidad al cuadro de mandos gerencial pretende esencialmente hacer a la organización más proclive o favorable a los individuos pertenecientes a las minorías y grupos minoritarios. Teniendo o demostrando una mayor sensibilidad cultural hacia éstos, tratando de evitar fricciones y potenciales conflictos que pudieran dañar de alguna manera a la organización, a su “imagen” o a la percepción social de la misma.

Según Taylor Cox (1991; 1991; 1994) adoptando este tipo de conductas *pro-diversitas*, la organización, evita los costes derivados de la tendencia de las minorías a la alta rotación y al absentismo, incrementa la satisfacción en el trabajo de los grupos heterogéneos y ayuda a retener dentro del perímetro de la organización empresarial a individuos valiosos que provengan de ámbitos minoritarios. Asimismo, el cumplimiento de la normativa antidiscriminatoria evita costes indemnizatorios y de procesos judiciales por cuestiones de raza, género o creencias. Otras ventajas derivadas de afrontar la diversidad mediante su gestión, serían la de lograr una mejor penetración en segmentos de mercado afines a clientes pertenecientes a grupos minoritarios, y lograr una mejor interacción con clientes de grupos minoritarios. Por tanto, incluso a efectos de imagen, publicidad y mercadotecnia la diversidad puede ser una buena herramienta para la apertura y captación de mercados o segmentos de mercado.

### 3.2. Corrientes Sectoriales

En lo que respecta a las corrientes sectoriales, para un significativo grupo de autores (Jakson y Álvarez, 1992; Triandis, Kurowski y Gelfand, 1994; Adler, 1983; McCormick y Kinloch, 1986; Tsui y Gutek, 1999; Cunningham y Sagas, 2006) la diversidad en determinados contextos sectoriales puede ser muy positiva para la organización, ya que al movernos en economías de un alto grado de terciarización<sup>11</sup>, el hecho de disponer de empleados en grado de sintonizar con los gustos y deseos de clientes cada vez más multiculturales, podría constituir un importante activo para las empresas. En cuanto que, al reforzar la empatía y el *interface* con la demanda, podrían mejorar su competitividad, tendiendo a ser más eficientes en todo lo referente a la prestación-entrega del servicio, a la satisfacción del cliente y a la calidad percibida por el mismo.

Para los citados autores<sup>12</sup>, la incorporación del factor diversidad a las empresas de servicios (sobre todo en los que en su prestación y ejecución se produce un *interface* con el cliente) se plantea como una estrategia para incrementar la eficiencia de sus procesos productivos. En términos paralelos, podríamos considerar el tema de las empresas multinacionales o globalizadas que necesariamente deben afrontar el tema de la multiculturalidad en los grupos de empleados y directivos.

### 3.3. Corrientes Reactivas

Las corrientes reactivas o negativistas de la diversidad ponen el énfasis en las connotaciones negativas de la diversidad. Siguiendo a autores como Williams y O'Reilly (1998) o Jehn, (1995) la heterogeneidad de la fuerza de trabajo y, en líneas generales, la diversidad en las empresas podrían traer consigo peores niveles de comunicación dentro del grupo humano que configura la empresa, de la que podrían derivarse una menor cohesión del grupo, lo que podría dar lugar a conflictos, fracturas, y problemas de convivencia en general. Ello podría traducirse en mayor fragilidad, menor cohesión y menor complicidad dentro del grupo humano, pudiendo alterarse la vida y resultados de la empresa.

---

<sup>11</sup> Dominada por empresas pertenecientes al sector terciario, abocadas a servir mercados cada vez más diversos donde la atención y satisfacción del cliente son un hecho capital.

<sup>12</sup> Autores que no constituyen una escuela o corriente sino que confluyen en la idea de la economía de servicios como denominador común, a pesar de sus diferencias en cuanto a variables de análisis, campo de observación y disciplinas de referencia.

### 3.4. Corrientes Contextuales

Para las corrientes contextuales de la diversidad, ésta se entiende desde una perspectiva puramente instrumental, como una herramienta o estrategia orientada a la mejora de los resultados de la empresa, si bien su eficiencia estará condicionada por factores contextuales, ya sean organizativos internos inherentes a la organización empresarial, como la cultura organizacional existente, o la política de gestión de recursos humanos y por los factores externos desarrollar y de las características del entorno donde la empresa actúa. Entre los autores más destacados de la corriente destacan Kochan et alia (2003) y Richard y Johnson (2001).

### 3.5. Corrientes Culturales y Organizacionales

Desde la perspectiva de la cultura organizacional<sup>13</sup>, la diversidad debería ser una seña de identidad, un emblema de la empresa. La organización empresarial debe ser “diversa”, pero no porque tenga muchos empleados de diferentes nacionalidades, sexos, etnias, razas o religiones, sino porque la diversidad sea un elemento fundamental de la cultura<sup>14</sup> de la organización y, además, un atributo o característica diferencial de la misma, frente a otras organizaciones.

En esta línea parecen moverse autores como Gilbert, Stead e Ivancevich (1999) para quienes la diversidad debería ser considerada como un nuevo paradigma organizacional, tales autores retoman las ideas de Bowens et alia (1993) y Giraldo (1991) que avanzaban en la idea de que las organizaciones en materia de diversidad deberían ir mas allá del mero cumplimiento legal, reorientándose hacia un modelo de gestión de los recursos humanos que identifique importantes valores en la diversidad. Gilbert, Stead e Ivancevich (1999) definen la diversidad y su gestión como un cambio completo de la cultura organizacional, diseñado para promover la

---

<sup>13</sup> A efectos operativos, por cultura organizacional podría entenderse la amalgama social conformada por los valores, las ideas sociales y las creencias compartidas por los miembros de una organización que proporciona patrones de conducta y normas que regulan el proceder de los individuos para el logro de los objetivos de la organización. La cultura sustenta a la organización y la mantiene unida y, es más, proporciona la “imagen” peculiar que la empresa proyecta en su entorno, imagen que la identifica y distingue de las restantes (Tous Zamora, 1992).

<sup>14</sup> La importancia de la cultura en la vida de la organización es crítica, puesto que regula la vida cotidiana de la organización, por ejemplo en el ámbito de los recursos humanos la cultura condiciona los procedimientos de selección, puesto que normalmente a la organización se incorporaran individuos que presenten una gran similitud e identidad (en términos de ideología y valores) con respecto a los códigos imperantes en la empresa. Igualmente sucederá con la asignación de puestos dentro de la organización o el sistema de premios y castigos.

valoración y el aprecio de las diferencias individuales, demográficas y étnicas. El giro copernicano de la cultura organizacional, implica necesariamente, la modificación de los procedimientos y prácticas preexistentes, comenzando precisamente por la función de gestión de los recursos humanos. Ello supone un notorio esfuerzo para la organización y sus instancias directivas, esfuerzo que debe ser sostenido, planificado y sistemático (Bowens et alia, 1993).

En este sentido, el “giro” hacia la diversidad, es necesariamente lento y procesual, calculandose en torno a los cinco años para poder implementarlo adecuadamente. Asimismo, se trataría de un proceso evidentemente costoso, y no exento de dificultades, por cuanto que las inercias a la continuidad pueden ser muy fuertes en la mayoría de las empresas. Igualmente, el replanteamiento cultural debe ser integral, no basta con implicar a las cúpulas directivas, sino que es necesario incorporar al proceso a los cuadros medios y a los trabajadores, de lo contrario podrían generarse subculturas contrarias a las disposiciones emanadas de la dirección.

#### **4. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES, ALGUNOS INTERROGANTES**

De la revisión de las respuestas teóricas a la cuestión de la diversidad se infieren algunas reflexiones bastante evidentes:

- La mayoría de las corrientes observadas plantean una visión excesivamente instrumental de la diversidad. Desde “esa instrumentalidad”, la gestión de la diversidad se considera como una herramienta o estrategia corporativa de adaptación al medio, por tanto de supervivencia: la empresa es un ser vivo, que tiene que metabolizar las alteraciones contextuales, cuando el contexto social cambia, las empresas deben cambiar con él. Si la disparidad empresa–contexto no fuese superada y se mantuviese en el tiempo, el resultado sería la liquidación de la empresa. En un entorno de cambios, a las empresas no parece que les quede otra opción que cambiar, debiendo adaptarse a los tiempos que corren.
- Si el medio vital cotidiano de las empresas tiende a ser cada vez mas diverso, las empresas tendrán que comenzar a ser mas diversas en buena lógica. las empresas que quieren sobrevivir estarán “obligadas” a adoptar una estrategia corporativa de diversidad (estrategia mas que necesaria, inevitable) que posibilite su adecuación o adaptación a los cambios observados en el contexto. Esta “obligación” podría suponer una aplicación meramente formalista o mecanicista de la diversidad en la empresa, adoptándose p.e. fórmulas instrumentales para el tratamiento de la diversidad por parte de la CEO (programas formativos, incentivos, medidas de imagen, etc.) cambiándose los aspectos “a la vista” que pudiesen resultar mas hirientes u ofen-

sivos hacia los sujetos “diversos” para promover la integración-asimilación de los mismos por la organización.

- En la gran mayoría de las corrientes contempladas la diversidad aparece como una característica o atributo de los individuos, “algo” personal o individual que los diferencia del resto y que podría afectar, positiva o negativamente, a sus interacciones con los restantes miembros de la organización empresarial. La presencia creciente (y problemática) de individuos diversos va a ser el detonante que provoca que la organización se torne más heterogénea, puesto que va englobando progresivamente a partes o elementos diferentes a los preexistentes, por lo que termina configurándose un nuevo “todo”. Claro que, si el problema son los individuos “diversos”, alguna mente simple podría pensar que bastaría con no contratarlos para que la empresa se ahorrara el problema.
- En la cuestión de la diversidad, no deberían darse o promoverse respuestas superficiales a un problema complejo, puesto que en una empresa donde confluyan gentes muy distintas, el riesgo de aparición de estereotipos y prejuicios está siempre presente, por lo que éstos podrían hacer acto de presencia, lo que puede generar un mal clima relacional, pudiendo irónicamente generarse más tensiones con la adopción de la estrategia de diversidad de las que se pretendían evitar, dado que las actitudes de los sujetos que confluyen en la empresa, suelen estar interrelacionadas con el clima que se respira cotidianamente en la misma y con la calidad de vida laboral percibida por sus miembros.
- En la temática de la diversidad sería importante navegar más allá de los condicionantes legales, no olvidemos que las leyes y los marcos jurídicos los hacen los hombres y pueden cambiar. Tampoco deberíamos pasar por alto que en éste, como en otros temas, las modas, corrientes y maneras políticamente correctas de actuar, pueden cambiar súbitamente, desapareciendo tan pronto como aparecieron. Por todo ello, el fundamento de la diversidad en las organizaciones empresariales, además de la opción ético-ideológica que supone y, de la obligación jurídico-normativa que comporta, debería situarse en el propio corazón de la empresa, en su “cultura”, aunque ello suponga seguir un iter lento, costoso, difícil, no exento de problemas y de resultado incierto.

## BIBLIOGRAFÍA

AUSTRALIAN PUBLIC SERVICE COMISION (2001): Guidelines on workplace diversity. Documento electrónico tomado de [www.apsc.gov.au/publications01/diversityguidelines.pdf](http://www.apsc.gov.au/publications01/diversityguidelines.pdf)

- BOWENS, H.; MERENIVITCH, J.; JOHNSON, P.L.; JAMES, A.R. y MCFADDEN-BRYANT, D.J. (1993): Managing cultural diversity toward true multiculturalism. Some Knowledge form the black perspective. Capítulo del libro *Diversity and differences in organisations*. Ed. Quórum Books, Conneticut, pp. 33-71.
- COX, T. & BLAKE, S. (1991): Managing cultural diversity: Implications for organizational competitiveness. En revista, *Academy of Management Executive*, Vol. 5, N° 3, 1991, pp. 45-56.
- COX, T. (1991): The multicultural organization. En revista, *Academy of Management Executive*, Vol. 5, no 2, 1991, pp. 34-47.
- COX, T. (1994): Cultural Diversity in Organizations, Ed. Berrett-Koehler, San Francisco.
- CUNNINGHAM, G. B. & SAGAS, M. (2006): The Role of Perceived Demographic Dissimilarity and Interaction in Customer-Service Satisfaction. En Revista *Journal of Applied Social Psychology*, Vol. 36, N° 7, pp. 1654-1673. [www.blackwell-synergy.com/doi/pdf/10.1111/j.0021-9029.2006.00075.x?cookieSet=1](http://www.blackwell-synergy.com/doi/pdf/10.1111/j.0021-9029.2006.00075.x?cookieSet=1)
- GILBERT, J.A.; STEAD, B.A.; IVANCEVICH, J.M. (1999): Diversity management: a new organizational paradigm. En revista *Journal of Bussiness Ethics* n° 21, pp. 61-67. Kluwer Academic Publishers. Netherlands.
- GIRALDO, Z.A., (1991): Early efforts at achieving a diversified workforce. Going beyond EEO/AA. Capítulo del libro *Valuing differences in the workforce* de M.A. Smith y S.A. Johnson. Ed. American Society for traing and development. Virginia. pp. 3-6.
- HOFSTEDE, G. (1991): *Cultures and Organization*. Ed.McGraw-Hill, New York.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (INE) (2009): Proyección de la Población de España a Corto Plazo, 2008-2018. Tomado de <http://www.ine.es/prensa/np538.pdf>
- JACKSON, S.E.; JOSHI, A; ERHARDT, N. (2003): Recent Research on Team and Organizational Diversity: SWOT Análisis and Implications. En Revista *Journal of Management*, N° 29 (6) pp. 801-830. Documento electrónico disponible en: [www.rci.rutgers.edu/~sjacksox/Publications/RecentResearchTeamOrganizationalDiversity.pdf](http://www.rci.rutgers.edu/~sjacksox/Publications/RecentResearchTeamOrganizationalDiversity.pdf)
- JACKSON, S.E.; MAY, K.E.; WHITNEY, K. (1995): Understanding the dynamics of diversity in decision making teams. En Guzzo, R. y Salas, E. (1995) "*Team efectiveness and decisión making in organizations*". Ed. Jossey-Bass. San Francisco.
- JACKSON, S. E. y ÁLVAREZ, E. B. (1992): Working through diversity as a strategic imperative. En S. E. Jackson (Ed.) *Diversity in the workplace: Human resources initiatives* (pp. 13-35) Ed. Guilford Press, New York.

- JACKSON, S. E. & ÁLVAREZ, E. B. (1992): Working through diversity as a strategic imperative. Capítulo del libro *Diversity in the workplace*. Jackson, S. and Associates. Ed. Guilford Press, New York. pp. 13-29.
- JEHN, K.A. (1995): A Multimethod Examination of the Benefits and Detriments of Intragroup Conflict. En revista *Administrative Science Quarterly*, Vol. 40, N° 2 (Jun., 1995), pp. 256-282.
- KANTER, R.M. (1991): "Transcending Business Boundaries: 12,000 World Managers View Change". En *Harvard Business Review*, Vol. 69, N° 3, pp. 151-164 (May-June 1991).
- KATZ, D. Y KAHN, R.L. (1978): *The social psychology of organizations* (2nd ed.) Wiley. New York.
- KOCHAN, T.; BEZRUKOVA, K.; ELY, R., JACKSON, S.; JOSHI, A.; HEHN, K.; LEONARD, J.; LEVINE, D.; THOMAS, D. (2003): The effects of diversity on business performance: Report of the diversity research network. En revista *Human Resource Management*. Vol. 42, N° 1, Spring 2003, pp. 3-21. Documento electrónico disponible en [www.rci.rutgers.edu/~sjacksox/Publications/effects.pdf](http://www.rci.rutgers.edu/~sjacksox/Publications/effects.pdf).
- MCCORMICK, A. E., & KINLOCH, G. C. (1986): Interracial contact in the customer-clerk situation. *Journal of Social Psychology*, 126, 551-553.
- PENROSE, E. (1959): *The Theory of the Growth of the Firm*, Ed. Basil Blackwell. Oxford. Penrose, E. (1962): *La teoría del crecimiento de la empresa*. Ed. Aguilar. Madrid.
- PETERS, T. y WATERMAN, R. (1984): *En busca de la excelencia*. Ed. Plaza y Janés. Barcelona.
- RICHARD, O.C. y JOHNSON, N.B. (2001): Understanding the Impact of Human Resource Diversity Practices on Firm Performance. En revista *Journal of Managerial Issues*, vol. 13 (2), p. 177-195.
- ROMERO FERNÁNDEZ, P.M. SÁNCHEZ GARDEY, G. y MARTÍN AL-CÁZAR, F. (2006): Modelo explicativo de la influencia de la diversidad sobre el desempeño de los grupos de trabajo: el efecto moderador de la dirección estratégica de los recursos humanos. En revista *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, Vol. 12, N° 1, págs. 225-250.
- RUMELT, R. (1987): Theory, strategy and entrepreneurship. En David J. Teece (edit) Capítulo del libro "The Competitive Challenge". Ed. Harper & Row, New York, pp. 137-158.
- SEN, A. (2004): La libertad cultural en el mundo diverso de hoy. *Perspectiva General*. En PNUD Informe Desarrollo Humano 2004. ED. Ediciones Mundi-Prensa Libros. Madrid.

- SUSAETA ERBURU, L. y NAVAS LÓPEZ, E. (2005): La diversidad cultural como fuente de ventaja competitiva. Una aplicación a la empresa multinacional. En Revista Cuadernos de Estudios Empresariales. N.º 15, pp. 153-177. Madrid.
- TOUS ZAMORA, D. (1992): Precisiones conceptuales en torno a los términos clima o ambiente organizacional y cultura organizacional. Capítulo del libro "Empresa" (Aguirre Sadaba, coord.) Ed. Edinford. Málaga. Pp. 337-350.
- TUNSTALL, W. B. (1983): Cultural transition at AT&T. En revista *Sloan Management Review*, pp. 15-26.
- TRIANDIS, H.C., KUROWSKI, L.L., GELFAND, M.J., (1994): Workplace Diversity. Capítulo del libro *Handbook of Industrial and Organizational Psychology*. H.C., Triandis, Dunnette, M.D., Hough, L.M. (Eds). Ed. Consulting Psychologists Press. Palo Alto (CA) pp. 769-827.
- TSUI, A. S., & GUTTEK, B. A. (1999): Demographic differences in organizations: Current research and future directions. Lexington Books. New York.
- WILLIAMS, K. Y., y O'REILLY, C. A., III. (1998): Demography and diversity in organizations: A review of 40 years of research. Capítulo del libro *Research in organizational behavior*, Staw & Cummings (Eds.). Ed. JAI Press. Greenwich, CT. Vol. 20, pp. 77-140.



# **LA REGULACIÓN DE EMPLEO EN LA PRÁCTICA DE LOS JUZGADOS MERCANTILES: PRIMERAS EXPERIENCIAS**

Antonio Costa Reyes  
*Profesor titular de Derecho del Trabajo y  
de la Seguridad Social*  
Universidad de Córdoba

## ÍNDICE

1. LA REGULACIÓN DE EMPLEO EN EL CONCURSO: ART. 64 LC
  - 1.1. Medidas de reestructuración colectivas
  - 1.2. Solicitud de las medidas colectivas: legitimación y momento
  - 1.3. Contenido de la solicitud
  - 1.4. El periodo de consultas
  - 1.5. Intervención de la autoridad laboral, alegaciones y resolución
  - 1.6. Indemnización
2. EL SUPUESTO DEL ART. 64.10 LC
  - 2.1. Supuestos computables y alcance
  - 2.2. Indemnización en caso de extinción
3. ACCIONES FRENTE A LA DECISIÓN JUDICIAL
  - 3.1. Recurso de suplicación directo frente al auto
  - 3.2. Incidente concursal

Como sabemos, la regulación de la LC otorga al juez del concurso importantes facultades para decidir en materia de extinción, suspensión del contrato de trabajo y modificación de condiciones de trabajo (art. 8.2 y 64 LC)<sup>1</sup>. El objeto de la presente comunicación es un breve análisis de la evolución y resultados de la doctrina judicial extraída de los pronunciamientos sobre el art. 64 LC. Para ello, hemos considerado oportuno un estudio sistemático de dicho precepto y conocer las interpretaciones que sobre los apartados del mismo se ha ido acumulando en los últimos años.

## 1. LA REGULACIÓN DE EMPLEO EN EL CONCURSO: ART. 64 LC

### 1.1. Medidas de reestructuración colectivas

Comienza el precepto concursal recordando que, tras la declaración del concurso, las medidas de reestructuración empresarial de carácter colectivo, se tramitarán ante el juez del concurso<sup>2</sup>. Adviértase que con la reciente reforma (RD-Ley 3/2009) se ha resultado el desfase existente entre el art. 51.1 LC y el art. 64.1 LC respecto a cuándo surgía la competencia del juez mercantil, concluyéndose ahora que la misma se atribuye a aquél sólo respecto de los empresarios ya declarados en concurso, y no como se sostenía con la anterior redacción, también respecto de aquellos otros a los que afecte una solicitud de declaración de situación concursal<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Consecuentemente, carece de competencias sobre otras cuestiones laborales no previstas en la LC; por ejemplo, procesos declarativos donde existan reclamaciones de cantidad, etc., STSJ de Canarias, de 10/01/2008 (AS 1630); o respecto a los procesos de despido disciplinario, SJM Madrid, nº 5, de 22/05/2009 (JUR 374103); o despido tácito, ATS (Sala de Conflictos), de 30/03/2006, (JUR 139083). Concluye así la STSJ de Castilla-La Mancha, de 21/04/2006 (AS 1839) que “ninguna acción de despido de la que inicialmente sea competente para conocer el juez social se verá afectada por la declaración de concurso del empresario, pues las únicas cuya competencia asume el Juez mercantil son las acciones de despido de carácter colectivo (...) Así la competencia del juez social una vez declarado en concurso para conocer de las acciones de despido se mantiene en todo caso hasta el dictado de la sentencia”.

<sup>2</sup> Como acertadamente se ha reiterado, el juez mercantil extiende sus competencias sobre todo sobre materias que antes correspondían o bien al propio empresario o a la Administración Laboral; Cavas Martínez, F., “La competencia laboral de los jueces del concurso”; AS 9/2009 (Tribunal), BIB 2009\863

<sup>3</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 29 de julio de 2005 (JUR 2005/216192). Las razones que justifican la reforma en este punto, Rodríguez Achútegui, E. “Reformas procesales del RDley 3/2009 en la Ley Concursal”; Revista Aranzadi Doctrinal, nº 5/2009 (BIB 2009\686). Una crítica al cambio operado, Fernández Villarino, R., “Criterios indemnizatorios de los expedientes de regulación de empleo en relación con las resoluciones individuales de contratos por incumplimiento empresarial, para el caso de empresas declaradas en concurso de acreedores. Límites de las prestaciones a cargo del Fondo de Garantía Salarial”; AS 4/2009 (BIB 2009\564).

Sin embargo, no se ha aclarado qué ocurre con los ERE extraconcursoales en tramitación, ya que no debe pasarse por alto que el art. 51 LC se refiere a procedimientos judiciales en trámite y no a los expedientes administrativos (en los casos de suspensiones/despidos colectivos, art. 51 LET)<sup>4</sup>.

En otro orden de cosas, debemos determinar cuándo alguna de las medidas previstas es de carácter *colectivo*. Al respecto, han surgido posiciones enfrentadas entre aquellos pronunciamientos que toman como referencia la norma laboral y aquellos otros (los menos) que sostienen que no es preciso acudir a la legislación laboral para resolver esta cuestión, pues existe una previsión específica en la norma concursal al respecto (art. 8.2º *in fine*, en relación con el 64.10 LC —cuando las acciones individuales ex art. 50.1, b LET, se consideran colectivas a los efectos de de tramitarse por el procedimiento del art. 64 LC), que permite extenderla al resto. Consecuentemente, señalan estos últimos, al no fijarse en su redacción número mínimo de trabajadores afectados (a diferencia de los arts. 40.2 y 51.1, párr. 3º LET: superior a cinco), la solución pareciera ser interpretar que para activar el procedimiento del art. 64.10 LC no se precisa plantilla mínima de la empresa cuando los afectados sean todos los trabajadores<sup>5</sup>. En otras palabras, que sea cual fuere la medida pretendida, el art. 64.10, párr. 2º, *in fine* LC da a entender que en ninguna de ellas se requiere un mínimo de plantilla en la empresa para aplicar el procedimiento del art. 64 LC, siendo colectiva por el simple hecho de que afecte a toda la plantilla de la empresa aunque ésta tenga 5 o menos trabajadores (*vid.* arts. 40.2., 51.1. párr. 3º LET)<sup>6</sup>.

Sin embargo, no parece que esta solución, prevista expresamente para el supuesto del art. 64.10 LC, sea extensible al resto de medidas colectivas (despidos, modificaciones o suspensiones), pues ante el silencio legal lo acertado es remitirse a los preceptos laborales (art. 64.11 LC)<sup>7</sup>. A mayor abundamiento, aceptar que no se requiere plantilla mínima en la empresa para activar el procedimiento del art. 64 LC nos parece que haría más gravosa y lenta la adopción de tales medidas en el ámbito concursal que en situaciones ordinarias, lo que parece poco lógico. Junto a ello, haría más difícil el problema sobre la competencia del juez mercantil en los asuntos laborales, ya que él conocería de cuestiones que en el ámbito extraconcursoal no tendrían la consideración de colectivas.

---

<sup>4</sup> Posiciones doctrinales enfrentadas, en Cavas Martínez, F., “La competencia laboral.:

<sup>5</sup> Así parece inferirse también de la STSJ de Castilla y León/Burgos, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005/175252).

<sup>6</sup> AJM de Vizcaya/Bilbao, de 3 de marzo de 2005 (AC 332).

<sup>7</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 29 de julio de 2005 (JUR 2005/216192); AJM de Sevilla, nº 1, de 03/01/2006 (JUR 150381); y AJM de Madrid, nº 5, de 22 de mayo de 2009 (JUR 374103). Sobre cuándo se considera colectiva la suspensión a estos efectos, *vid.*, STSJ Castilla La Mancha de 01/06/2005; y AJM de Sevilla, nº 1, de 16/12/2006, que no distinguen según el número de trabajadores afectados.

## 1.2. Solicitud de las medidas colectivas: legitimación y momento

Continúa el art. 64 LC indicando que los *legitimados* para solicitar al juez del concurso tal expediente serán el empresario-deudor, la administración concursal y los propios trabajadores a través de sus representantes. Como puede preverse, la existencia de una pluralidad de sujetos legitimados para instar las medidas previstas conlleva la posible concurrencia de solicitudes, debiéndose en este caso no excluir o aceptar sólo una de ellas, sino que pareciera más acertado que todas ellas se integren o acumulen en el mismo procedimiento para ser discutidas y consideradas las diversas alegaciones y documentación que pueda aportarse. En este sentido, se acepta también que la solicitud pueda presentarse conjuntamente por algunos/todos los legitimados<sup>8</sup>.

Respecto al *momento* de la solicitud la práctica ha confirmado lo que ya se preveía: que lo que formalmente se presenta como una excepción se ha convertido en regla. Efectivamente, el art. 64.3 LC parece partir de que la solicitud de tales medidas sólo tendrá lugar tras el correspondiente informe de la administración concursal al que hacen referencia los arts. 74 y 75 LC (relativo a la situación e historial patrimonial y contable de la empresa, masa activa y pasiva, etc.; así como a una evaluación sobre el convenio concursal que pudiera haberse presentado). Y en este sentido incluye una *salvedad* respecto al momento de la solicitud: cuando existan “razones que pueden comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrán realizar la petición al Juez en cualquier momento procesal” (art. 64.3 LC)<sup>9</sup>. Como decimos, esta última es la situación general en los asuntos conocidos por los órganos mercantiles.

En relación a los propios trabajadores, es causa de tal excepción el previsible ejercicio por parte de aquellos de las acciones del art. 50.1.b) LET, ante la demora provocada por la espera de tal informe<sup>10</sup>. Esta y otras cuestiones (imposibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo en tanto no haya resolución extintiva, etc.) justificaron en nuestra opinión la reforma que el RD-Ley 3/2009 introdujo, al incluir como causa de la excepción que la demora comprometa la viabilidad del empleo en la empresa o pueda perjudicar gravemente a los trabajadores.

---

<sup>8</sup> AJM de Bilbao, nº 1, de 20/03/2009 (JUR 234429).

<sup>9</sup> Algún ejemplo sobre la amplitud de tal *excepción*, AJM de Valencia, de 28 de julio de 2005 (AC 1302).

<sup>10</sup> SJM de Cádiz, de 15 de abril de 2005 (JUR 2005/187332).

### 1.3. Contenido de la solicitud

Se señala igualmente que la solicitud sobre la adopción de las medidas colectivas que prevé el art. 64 LC ha de venir acompañada de la necesaria acreditación de las *causas* en las que se fundan y los *objetivos* que con ellas se pretendan para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, no bastando por tanto la mera situación de concurso para justificar la admisión a trámite de tal solicitud<sup>11</sup>. Por aplicación de la normativa laboral (*ex* art. 64.11 LC), la petición tendrá que basarse en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción (o lo que suele acontecer, una pluralidad de las mismas); ciertamente, las causas alegadas no precisan ser siempre de índole económico ni de la misma intensidad, no sólo porque el legislador no lo exige, sino también porque el proceso concursal actual es predicable respecto a muy diversas situaciones económicas de la empresa, no todas ellas de carácter irreversible o crónico (mera iliquidez, desbalance definitivo, insolvencia no actual, etc.)<sup>12</sup>.

Consecuentemente, quien solicite las medidas colectivas pretendidas deberá aportar prueba cierta de la causa alegada, esto es, “la previa identificación de los factores afectantes y luego la prueba de la influencia que tienen en las causas o esferas”<sup>13</sup>.

Del mismo modo, señalábamos, es preciso acreditar los *objetivos* pretendidos con tales medidas y que los mismos buscan garantizar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y el empleo. Adviértase que, también como consecuencia de las diversas situaciones económicas que contempla e incluye el actual proceso concursal, el legislador no condiciona siempre y en todo caso que las medidas colectivas a adoptar tengan que asegurar necesariamente la viabilidad futura de la empresa y del empleo, de ahí en nuestra opinión la expresión *en su caso*, que recoge la idea de que tal garantía de viabilidad podrá vincular cuando así sea posible, pero no será *conditio sine qua nom*, ya que pueden existir casos de irreversibilidad de la situación económica empresarial que justifiquen por sí las medidas colectivas, como, por otro lado, ya se admitía conforme a la derogada regulación laboral (art. 51.10 LET)<sup>14</sup>. Y en esta línea, creemos que debiera aceptarse que aquellos supuestos similares a los que preveía norma laboral derogada (art. 51.10 LET: no continuidad de la empresa –en conexión con el art. 44.4 LC–), pudiera aceptarse que no sea precisa más causa que la propia declaración concursal, pues la excep-

---

<sup>11</sup> AJM de Bilbao, nº 1, de 20/03/2009 (JUR 234429).

<sup>12</sup> Considerando como justificantes las causas productivas, SJM Vizcaya/Bilbao (Núm. 1), de 4 marzo de 2005 (AC 2005/245).

<sup>13</sup> AJM de Madrid, nº 5, de 22 de mayo de 2005 (JUR 374103).

<sup>14</sup> *Vid.* STS de 30/09/2002 (RJ 10679).

cionalidad que suponen y la necesaria acreditación del cierre empresarial (art. 44.4 LC), nos pareciera que serían suficientes para extinguir los contratos de trabajo con base en el art. 64 LC sin tener que aportar causa específica para las medidas laborales<sup>15</sup>.

En todo caso, respecto a las causas económicas, se parte de afirmar su tratamiento más *flexible*, al concluirse que las mismas deben entenderse también concurrentes cuando contribuyan no ya a superar la situación negativa de la empresa, sino a no aumentarla, es decir, basta “probar (...) que las extinciones de los contratos van a suponer una disminución significativa de los gastos de la empresa que a su vez no generan beneficios proporcionados”<sup>16</sup>. Situación por otro lado, ya conocida y aceptada también en el plano extraconcursal. Ciertamente, “cuando las pérdidas son continuadas y cuantiosas, se presume, salvo prueba en contrario, que la amortización de puestos sobrantes es una medida que coopera a la superación de la situación económica negativa al comportar una disminución automática de (los costes)”, que contribuye por sí misma a aliviar la situación de la empresa<sup>17</sup>. Si bien se matiza subrayando que la mera existencia de pérdidas continuadas no supone una presunción en el sentido de desplazar sobre el trabajador la acreditación de la falta de conexión, sino que de lo que se exige a la empresa es de tener que probar que tal medida por sí permite superar la crítica situación de la empresa, pero en todo caso debe aportar “indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido”<sup>18</sup>.

#### 1.4. El periodo de consultas

Recibida la solicitud, y en caso de entender el juez mercantil que la misma cubre las exigencias formales y justificativas, dictará auto admitiendo la misma y convocará a las partes a un periodo de consultas<sup>19</sup>. Periodo de consultas que se dará en todo caso, con independencia de quién haya sido el solicitante de las medidas colectivas. Ello no obstante, las resoluciones judiciales son muy flexibles en este aspecto, hasta el punto de que se ha admitido la posibilidad del acuerdo entre las partes aunque el

---

<sup>15</sup> Vid. SJM de Cantabria/Santander, de 20 de febrero de 2004 (JUR 2005/141043); y AJM de Madrid, nº 1, de 10/12/2008 (JUR 2009/185281).

<sup>16</sup> SJM Madrid, nº 5, de 22/05/2009 (JUR 374103).

<sup>17</sup> Recientemente confirmado por STS, de 11/06/2008 (RJ 3468).

<sup>18</sup> STS, de 29/09/2008 (RJ 5536).

<sup>19</sup> A modo de ejemplo, AJM de Santander, nº 10, de 27/02/2006 (JUR 2009/84937).

mismo no se hubiera obtenido conforme al procedimiento que prevé el art. 64 LC, sino incluso cuando el mismo tuvo lugar antes (y el que hubo intervención activa del concursado), y así se incluyera en la propia solicitud inicial<sup>20</sup>.

Por *partes* hay que entender a la Administración Concursal y a los representantes de los trabajadores (art. 64.5 LC). Al respecto conviene hacer las siguientes precisiones:

- El *empresario-deudor*, con independencia de cuál sea su situación en relación a sus facultades, no está llamado a participar (aunque como hemos visto pueda ser él quien solicitó las medidas) ni mucho menos es necesario el concurso de su voluntad para alcanzar válidamente el acuerdo<sup>21</sup>. Lo dicho sin perjuicio de que si las partes llamadas a negociar así lo estiman, pueda estar presente y manifestarse (como he hecho ocurre en numerosas ocasiones)<sup>22</sup>.
- Con todo, en línea con la flexibilidad con la que los órganos judiciales dan por válido el acuerdo, se ha admitido su aceptación cuando el mismo recoge el acuerdo entre empresa y trabajadores al que no se opone la Administración concursal<sup>23</sup>.
- Por *representantes de los trabajadores* debe entenderse a estos efectos tanto la representación unitaria como la sindical, pues ambas gozan en lo que a nosotros afecta, de las mismas competencias, lo que además parece acorde a la voluntad de que se conserven las competencias de los representantes en el ámbito laboral (art. 64.11 LC)<sup>24</sup>.
- Por último, debe señalarse igualmente que, como ocurre a lo largo de la LC, el legislador no resuelve quién negocia cuando no hay representación de los trabajadores. No se trata de una cuestión menor, porque la LC afectará sin lugar a dudas a numerosas *pymes*, de ahí la necesidad o importancia de haber resuelto este tema. A falta pues de previsión expresa, será aplicable la solución aportada en los casos de despidos colectivos (art. 4 RD 43/1996)<sup>25</sup>, esto es, dar participación al conjunto de los trabajadores de la unidad productiva afectada (art. 4 RD 43/1996)<sup>26</sup>.

---

<sup>20</sup> AJM de Bilbao, nº 1, de 20/03/2009 (JUR 234429); y AJM de Madrid, nº 1, de 08/11/2006 (AC 2007/450).

<sup>21</sup> Expresamente, SJM Bilbao, nº 1, de 29/01/2009 (JUR 87998).

<sup>22</sup> AJM Madrid, de 27 enero 2005 (AC 2005\149); y AJM de Vizcaya/Bilbao, de 3 de marzo de 2005 (AC 217).

<sup>23</sup> AJM de Santa Cruz de Tenerife, nº 1, de 23/01/2006 (JUR 2007/368581).

<sup>24</sup> AJM de Bilbao, nº 1, de 20/03/2009 (JUR 234429).

<sup>25</sup> Sobre la aplicación de dicho RD a las cuestiones concursales, *vid.*, SJM Vizcaya/Bilbao (Núm. 1), de 4 marzo de 2005 (AC 245), y AJM de Bilbao, nº 1, de 20/03/2009 (JUR 234429).

<sup>26</sup> AAJM de Cádiz, de 15 de abril de 2005 (JUR 187332 y 279372).

Concluye la norma que la duración de tal periodo de negociaciones no será superior a 15 ó 30 días, según la dimensión de la empresa, si bien ello no es óbice para admitir el acuerdo extemporáneo siempre que el mismo se alcanzase antes de que se dicte la resolución (auto) judicial<sup>27</sup>.

Centrándonos ya en el procedimiento que plantea el texto concursal en el art. 64 LC, constatamos que el mismo es muy similar al recogido en el art. 51.4 LET y a otros previstos en el texto estatutario relacionados con cuestiones de reorganización y reestructuración empresarial (deber de negociar de buena fe, representantes, etc.). En este sentido, se comparte la posición de numerosos pronunciamientos que concluyen que el objeto de tales negociaciones son similares a los previsto en la norma laboral (art. 51.4 LET), y por tanto, versarán sobre las causas motivadoras de la solicitud, y la posibilidad de reducir o evitar sus efectos. Se comprende así no sólo la posible negociación del *quantum* indemnizatorio, sino muy especialmente que durante dichas negociaciones puedan cambiarse el tipo o intensidad de las medidas inicialmente propuestas<sup>28</sup>.

### 1.5. Intervención de la autoridad laboral, alegaciones y resolución

Debemos también destacar el importante cambio legal que respecto a la regulación laboral implica la LC en relación con la intervención administrativa en estos supuestos, ya que es posible la suspensión y resolución colectiva del contrato sin que sea necesaria una autorización y control administrativo previo, aunque sí su intervención (incluida ahora en el caso de modificación sustancial)<sup>29</sup>. Así pues, el papel de la Autoridad Laboral se limita a la emisión (*a posteriori*, tras el periodo de consultas) de un informe sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, pudiendo oír a las partes (administración concursal y representantes de los trabajadores) antes de trasladar el mencionado informe. Éste momento puede ser oportuno para solicitar aquellos datos que estimara pertinentes (situación patrimonial, expectativas económicas, capacidad productiva, cartera de pedidos, previsiones de ocupación y cualesquiera otros aspectos que entendiéndose de interés), especialmente

---

<sup>27</sup> AJM de Valencia, de 28 de julio de 2005 (AC 1302); y AJ de Primera Instancia de Santander, nº 10, de 21/04/2005 (JUR 122390).

<sup>28</sup> Vid. AJM Bilbao, nº 1, de 11/05/2009 (AC 1069), donde se acepta el paso de la solicitud inicial de extinciones (por parte del empresario) a su sustitución por medidas suspensivas (en el acuerdo con la Administración Concursal).

<sup>29</sup> A modo de ejemplo, AJM de Málaga de 29/03/2005 (JUR 102155)

Respecto a cuál sea la Autoridad laboral competente, *vid.* SJM Vizcaya/Bilbao (Núm. 1), de 4 marzo de 2005 (AC 2005/245).

ante el hecho de que como consecuencia de la solicitud anticipada de las medidas, no existiera aún el informe del capítulo I de Título IV LC<sup>30</sup>.

Tras el referido periodo de consultas y comunicado el resultado de éstas, el Juez del concurso debe recabar el informe de la Autoridad Laboral y asimismo podrá tener en cuenta aquellas alegaciones que estime oportunas al objeto de adoptar su decisión sobre las medidas colectivas solicitadas. Con todo, se exige del juez respetar el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas, salvo cuando en él concurran los vicios de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho. En este sentido, conviene hacer las siguientes precisiones:

- respecto a quién pueda alegar al Juez mercantil tales vicios, parece aceptarse cualesquiera interesados (*v.gr.*, FOGASA, representantes sindicales *ex art.* 10 LOLS, representantes que no aceptaron el acuerdo, etc.)<sup>31</sup>
- En cuanto a la existencia o no de vicios señalados, se ha excluido no sólo en los casos de mejora de la indemnización legalmente prevista (tema sobre el que volveremos posteriormente)<sup>32</sup>, sino también cuando pese al cierre de la empresa, se acuerda la suspensión de los contratos, pues se considera que dicha solución, además de reducir los costes (al no existir indemnización), puede justificarse porque se pretende con el objeto de que los trabajadores puedan continuar si posteriormente se reinicia la actividad (*v.gr.*, por traspaso/venta de la empresa)<sup>33</sup>.

A falta de acuerdo durante el periodo de consultas, será el juez el que decida, lo que parece remitirse al art. 51.5 y 6 LET (también, *ex art.* 47.1 TRET)<sup>34</sup>. Consecuentemente, el juez procederá a la adopción de las medidas solicitadas cuando no se constaten los vicios prohibidos (dolo, fraude, etc.) y “de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que las medidas son necesarias” para los fines que reclaman los preceptos laborales conectados (arts. 40, 41, 47 y 51 LET)<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> SJM Vizcaya/Bilbao (Núm. 1), de 4 marzo de 2005 (AC 245).

<sup>31</sup> AJM de Bilbao, nº 1, de 20/03/2009 (JUR 234429), que cita a su vez la STSJ Galicia 19/12/2008, y STSJ Asturias de 27/04/2007 (JUR 289841).

<sup>32</sup> Considerando viciado el acuerdo por pactar unas cuantías superiores a las legales en un caso en el que el patrimonio de la empresa era muy reducido, STSJ de Cataluña, de 18/07/2007 (AS 2508), que expresamente señaló, entre otros argumentos, que “no debe admitirse la constitución de obligaciones que excedan de sus posibilidades reales y no se correspondan con su patrimonio”. De opinión contraria, STSJ País Vasco 12/09/2006 (AS 2284).

<sup>33</sup> AJM de 20/05/2005 (JUR 2006/299850).

<sup>34</sup> STSJ de Cantabria 13/08/2008 (AS 2730). Si bien el legislador no prevé en el art. 64 LC la posibilidad de someter las discrepancias de las partes a procedimientos extrajudiciales, creemos que no habrá problema al respecto teniendo en cuenta la previsión del art. 67.11 LC.

<sup>35</sup> Por todas, STJS de Castilla y León, de 30/07/2008; TOL1.442.155 (SWSS\_151455).

Defendemos que será precisa una manifestación expresa por parte del órgano judicial (auto), sin que la solución que prevé el art. 51 LET respecto al silencio administrativo sea trasladable al juez mercantil para el caso en el que hubiera existido acuerdo entre las partes y aquél no dictase el auto en el plazo legalmente previsto.

Y sobre este aspecto, subrayamos que los términos en que queda redactado el texto concursal parecen reclamar que, a diferencia de lo que acontece en la regulación extraconcursal, el auto que dicte el juez mercantil deberá contener la lista nominal de los trabajadores afectados<sup>36</sup>. Junto a ello, se constata la eficacia automática (aunque no necesariamente inmediata) de las medidas aprobadas en el auto, sin necesidad pues de un acto posterior que las materialice<sup>37</sup>. Así se infiere, en opinión de los tribunales de:

- la posibilidad abierta a las acciones individuales que los trabajadores pueden ejercer contra él (art. 64.8, párr. 2º LC), que no tendría sentido si la concreción de los mismos se hiciera posteriormente, en cuyo caso no se impugna el auto, sino esta decisión empresarial<sup>38</sup>.
- art. 84.2.5º, párr. 2º LC, donde se especifican que se consideran deudas *de* la masa a las indemnizaciones derivadas de las extinciones colectivas ordenadas *por* el juez del concurso, lo que implica que los trabajadores conocerán desde ese momento la indemnización que les corresponde, que será ordenada por el juez del concurso<sup>39</sup>, o al menos que en su resolución fijará “las bases para que pueda determinarse el importe concreto en ejecución de la resolución, es decir, salario, antigüedad y cuantía de la indemnización”<sup>40</sup>.
- En esta línea, dicho párr. 2º parece requerir esa identificación desde que se dicta la resolución judicial del art. 64 LC, pues de otra forma no se comprende cómo desde ese momento pueden considerarse comunicados y reconocidos si faltase una concreción posterior<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> STSJ de Asturias, de 21/12/2007 (AS 2008/792).

<sup>37</sup> Así, STSJ de Cataluña, de 27/09/2005 (AS 2699). *Vid.* también, Cavas Martínez, F., “La competencia laboral...”; cit.

<sup>38</sup> STS, de 28 de julio de 1999 (RJ 7485).

<sup>39</sup> STSJ de Cataluña, de 27 septiembre de 2005 (AS 2699).

<sup>40</sup> STSJ de Asturias, de 21/12/2007 (AS 2008/792). Pese a lo señalado, debemos indicar que algunas resoluciones han admitido que, ante la insuficiencia de datos, el auto que resuelve no especifique indemnización y remitiéndose para ello a la administración concursal; AJ de Primera Instancia de Santander, nº 10, de 21/04/2005 (JUR 122390).

<sup>41</sup> Ríos Salmerón, B., “La Ley Concursal y los créditos laborales”; en AA.VV. (Ríos/Sempere, Direc.), *La Ley Concursal y los aspectos sociales*; Ed. *Laborum*, 2004, págs. 299-301.

En todo caso, como indicábamos, el carácter automático de la extinción no supone que necesariamente ésta deba ser inmediata o simultánea a la fecha de la resolución, pues se admite que, en aras a conciliar esta exigencia de extinción judicial y la necesaria continuidad provisional de una empresa en liquidación, se establezca la extinción de los contratos por obra de la resolución judicial, y excepcionar de tal efectividad inmediata a aquellos trabajadores que sigan provisionalmente trabajando (hasta la definitiva liquidación), que verán resuelto su contrato cuando concurriendo dicha causa así lo decida la administración concursal<sup>42</sup>. Y en esta lógica, igualmente aunque de forma no unánime, se ha admitido el posible efecto retroactivo de la resolución respecto de aquellos trabajadores que no hubieran prestados servicios desde esa fecha y siempre que no suponga lesión de derechos<sup>43</sup>.

## 1.6. Indemnización

Aunque la LC guarde silencio respecto al derecho del trabajador a recibir la indemnización correspondiente como consecuencia del despido colectivo (art. 51.8 LET), creemos que no debe existir mayor inconveniente en admitirla y reconocérsela al trabajador e incluso una superior a la legal si así lo acordaron las partes vía negociación colectiva o acuerdo<sup>44</sup>. Ciertamente, no parece que el establecimiento de una indemnización superior a la legal, incluso cuando la empresa carece de recursos para sumirla, suponga por sí un vicio de los prohibidos por el texto concursal<sup>45</sup>.

En esta línea, frente a la afirmación en contra de admitir una indemnización superior a la legal, porque con ello se perjudica al resto de acreedores, se ha subrayado que “no tiene que existir ese perjuicio porque razones económicas y sociales desmienten la afirmación de la deudora (...) en tanto que la falta de acuerdo puede provocar el retraso en la extinción colectiva, ya que durante el término procesal de

---

<sup>42</sup> SJM de Valencia, nº 1, de 21/01/2008 (JUR 350806).

<sup>43</sup> STSJ del País Vasco, de 06/02/2007 (AS1241). Negándolo, SJM Vizcaya/Bilbao (Núm. 1), de 4 marzo de 2005 (AC 245), que recuerda que la regulación pretender que “la autoridad judicial o laboral verifique un control de la solicitud de suspensión con anterioridad al que aquélla se adopte. Ni la LC, ni el ET ni el RD 43/1996, ni el resto de la normativa aplicable autorizan, salvo en casos de fuerza mayor, supuesto que no concurre, que tal control se realice «ex post»”.

<sup>44</sup> Vid. ATSJ del País Vasco, de 12/09/2006 (AS 2284), SJM de Bilbao, nº 1, de 08/05/2006 (JUR 271972), y AJM Madrid, de 27 enero 2005 (AC 2005\149).

<sup>45</sup> En extenso, AJM de Vitoria, nº 1, de 19/12/2005 (AC 2006/302), quien además recuerda que al tratarse de deudas contra la mas, no se sujeta a la regla de la *par conditio creditorum*. De opinión contraria, Segalés Fidalgo, J., “La inexistencia de topes indemnizatorios para la extinción colectiva pactada en el contexto concursal (art. 64 LC)”; AS, 17/2006 (BIB 2006\1823).

tramitación del expediente se seguirán devengado salarios (...) conforme al art. 84.2.5° LC, disminuyendo (*la masa activa*) en evidente perjuicio de los acreedores concursales, por el carácter prededucible que señalan los arts. 154.1 y 156 LC<sup>46</sup>.

## 2. EL SUPUESTO DEL ART. 64.10 LC

### 2.1. Supuestos computables y alcance

En virtud de esta previsión, como sabemos, se considerarán colectivas –a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento que prevé el mencionado precepto concursal–, las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el art. 50.1.b) LET (extinción por falta o retraso en el pago del salario), siempre que las mismas sean ejercitadas por el total de la plantilla de la empresa, o al menos, por el porcentaje de la misma al que hace referencia aquél precepto concursal.

Adviértase que no computará ninguna otra causa *ex* art. 50 LET diferente a la del apartado b), con la consiguiente paradoja de dejar “fuera un caso con idéntica razón”, cual pudiera ser la falta de pago de partidas extrasalariales (art. 50.1.c LET)<sup>47</sup>.

Conviene señalar que el legislador se limita a considerar el número de trabajadores *afectados* por el ejercicio de tales acciones tras la declaración del concurso, sin aclarar si las mismas tienen que tener lugar por hechos anteriores o posteriores a dicha declaración<sup>48</sup>. Debe pues precisarse si, a efectos del cómputo, se acumulan también las extinciones que siendo solicitadas con anterioridad, se encuentran aún *en tramitación* por el Juez de lo Social, o exclusivamente las que sean solicitadas tras la declaración de concurso (*nuevas*).

A este respecto, las posiciones judiciales no han sido unánimes, de manera que se ha reclamado la intervención del TS para aclarar tal aspecto (en relación al conflicto de competencias que puede darse entre el juez de lo social que viniera tramitando tal acción y la del juez mercantil que reclamaría para sí el conocimiento

---

<sup>46</sup> SJM Bilbao, n° 1, de 29/01/2009 (JUR 87998).

<sup>47</sup> SJM de Málaga, de 29 de marzo de 2005 (JUR 2005/102155). Sobre otros incumplimientos; STSJ de Castilla La Mancha, de 28 de junio de 2005 (AS 2451), y de 16/06/2005 (JUR 181015).

<sup>48</sup> Adviértase la diferencia con respecto a la fecha de referencia en la redacción originaria del art. 64.1 LC (solicitud del concurso), al respecto, STSJ de Galicia, de 23/01/2007 (AS 1991).

de tales acciones cuando su número supere el porcentaje previsto). Así, frente a quienes afirmaban que también se computaban las acciones *en tramitación* tras la declaración concursal para saber si se superan los umbrales recogidos en el art. 64.10, párr. 2º LC<sup>49</sup>, el Alto Tribunal resuelve que “las acciones de extinción que se hayan planteado antes del concurso no pueden computarse a los efectos de superación de los citados umbrales, y sí todas las que se hayan ejercitado después de la declaración del concurso”<sup>50</sup>.

Y a mayor abundamiento, concluye que, aunque pudiera plantearse que computan todas las demandas (nuevas y en tramitación) y que en su conjunto superan los umbrales previstos, ello no debería significar tampoco la pérdida de competencia del órgano judicial social, por cuanto ello no se exige en la norma concursal y hacerlo sí contraviene los arts. 410 y 411 LEC (*perpetuatio iurisdictionis*)<sup>51</sup>. Y en este sentido, se añade que la competencia del órgano concursal (art. 8.2 LC), se limita a las acciones *sociales* (no a las individuales), por lo que esas acciones no serán del conocimiento por el juez del concurso, ya que “esta consecuencia no se deriva de la literalidad del citado precepto, donde la referencia a un momento concreto la declaración del concurso lo es a efectos del cómputo de los umbrales numéricos”; por lo que será el juez social quien continúe conociendo de ellas hasta al firmeza de la sentencia (art. 51.1 LC)<sup>52</sup>.

Adviértase que el problema se complica puesto que el juez mercantil no es competente en todo caso para conocer de las acciones resolutorias *ex art. 50.1.b) LET*, sino tan sólo cuando tras la declaración del concurso se superan los umbrales previstos<sup>53</sup>.

## 2.2. Indemnización en caso de extinción

Otra cuestión de indudable importancia surge en este momento, y es determinar cuál sea la indemnización que corresponde a los trabajadores que se ven

---

<sup>49</sup> Por todas, STSJ de Galicia, de 15 de julio de 2005 (AS 2700). También, CAVAS MARTÍNEZ, F., “La competencia laboral...”; cit.

<sup>50</sup> Por todos, ATS (Sala de Conflictos) de 30/11/2007 (JUR 169377) –y jurisprudencia que cita–.

<sup>51</sup> De opinión contraria, admitiendo la incompetencia desde entonces del juez social, SSTSJ de Castilla y León, de 30 de junio de 2005 (JUR 2005/175264 y 178431).

<sup>52</sup> STJS de Madrid, de 09/02/2009 (AS 886). Y confirmado por el TS en diversos pronunciamientos posteriores; por todos, ATS (Sala de Conflictos) de 21/06/2007 (JUR 2007\314927). De opinión contraria, Viqueira Pérez, C., “El ejercicio de la acción resolutoria por falta de pago o retraso en el abono del salario en el contexto del concurso: algunos puntos críticos”; AS 17/2007 (BIB 2007\2295).

<sup>53</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 29 de julio de 2005 (JUR 2005/216192). Sobre los problemas que todo ello ocasiona de cara a su conocimiento por el juez del concurso dentro del procedimiento del art. 64 LC, vid. Viqueira Pérez, C., “El ejercicio de la acción resolutoria...”; cit.

afectados por esta previsión del art. 64.10 LC. En concreto, si el juez acepta la extinción del contrato de trabajo ante el incumplimiento del empresario-deudor, la opciones que se abren en relación con la cuantía indemnizatoria son, bien la correspondiente al art. 50.2 LET (en relación con el art. 56.1 LET), o bien la propia para el caso de despidos colectivos (art. 51.8 LET), como pudiera pensarse debido a la consideración como colectivas de las extinciones y a la remisión al procedimiento del art. 64 LC.

Antes de responder a dicha cuestión conviene recordar que nuestros tribunales vienen exigiendo que la demora en el pago sea muy dilatada en el tiempo para justificar la extinción<sup>54</sup>, lo que confirma la idea planteada de que si llegan a concurrir los requisitos para extinguir indemnizadamente se debe a que durante un período importante el empresario-deudor hizo dejación de aquellos otros mecanismos que el ordenamiento laboral le otorga para evitar que siga agravándose la situación de la empresa<sup>55</sup>, sin que se pueda alegar o defender que se trate de demoras puntuales, pues en el caso que analizamos en el art. 64.10 LC se evidencia un incumplimiento generalizado de la obligación salarial<sup>56</sup>.

Consecuentemente, la respuesta más correcta no puede ser otra que considerar que la indemnización debida es la correspondiente al art. 50.2 LET<sup>57</sup>. Las razones para entenderlo así son esencialmente **a)** porque la remisión hecha al art. 64 LC lo es simplemente a los efectos de su tramitación *ante* el Juez del concurso *por* el procedimiento previsto en ese artículo<sup>58</sup>; a lo que debiera unírsele **b)** que el apartado 11 (y 7 *in fine*) del mencionado art. 64 LC se remite en lo no previsto a la legislación laboral. Junto a ello, **c)** no parece acertado justificar la aplicación en todo caso de la indemnización prevista para el despido colectivo alegando que con ello se cumple con una de las finalidades pretendidas: evitar gravar en exceso el patrimonio del concursado; ya que no puede pasar por alto que esa finalidad tampoco se consigue con el procedimiento del art. 64 LC, pues como hemos defendido es posible acordar una indemnización más elevada que la legalmente prevista. A

---

<sup>54</sup> *Vid.* algunos ejemplos en la STSJ del País Vasco, de 10 de marzo de 1998 (A.S. 1622).

<sup>55</sup> Así, STSJ de Madrid, de 22 de junio de 2004 (AS 2480).

<sup>56</sup> *Vid.* también art. 2.4.4º LC

<sup>57</sup> También (añadiendo alguna razón más), Viqueira Pérez, C., “El ejercicio de la acción resolutoria...; cit. De opinión contraria, basándose principalmente en el principio de igualdad entre los trabajadores-acreedores, Fernández Villarino, R., “Criterios indemnizatorios de los expedientes de regulación de empleo en relación con las resoluciones individuales de contratos por incumplimiento empresarial, para el caso de empresas declaradas en concurso de acreedores. Límites de las prestaciones a cargo del Fondo de Garantía Salarial”; AS 4/2009 (BIB 2009\564).

<sup>58</sup> Sobre el efecto procesal y no sustantivo de tal previsión, STSJ de Galicia, de 23/01/2007 (AS 1991).

mayor abundamiento, aceptar sin más que la indemnización pueda ser la prevista en el art. 51 LC, y por ello, ante la falta de consecuencias del su incumplimiento, el empresario-deudor estaría obteniendo indirectamente y por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajadores una quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales, algo obviamente no admisible<sup>59</sup>.

### 3. ACCIONES FRENTE A LA DECISIÓN JUDICIAL

Concluye el art. 64.8 LC que frente al auto que resuelve el expediente cabrá, entre otros, el recurso de suplicación ante los órganos jurisdiccionales de lo social (Salas de lo Social del TSJ correspondiente). Con todo, la operatividad del recurso de suplicación parece reclamar que en el auto se contenga una relación de los hechos probados; sin embargo, parece difícil que éstos existan en una resolución que se ha dictado sin *pruebas*<sup>60</sup>.

E igualmente señala que las acciones que los trabajadores puedan ejercitar frente a tal resolución por aquellas cuestiones que les afecten individualmente, se tramitarán por el incidente concursal; en concreto, la acción social se resolverá por el *incidente concursal* en materia laboral (arts. 64.8, párr. 2º y 195 LC)<sup>61</sup>.

Señalan los pronunciamiento que no se trata de “una doble vía para solicitar lo mismo o para impugnar el mismo objeto del proceso sino que es realmente diferente pues en la primera se plantea la misma suspensión, extinción o modificación colectivas laborales concursales, su necesidad, su formalización, el cumplimiento de las formalidades, etc. Y la segunda va referida exclusivamente a aspectos concretos individuales de uno o varios trabajadores que parten de esa modificación, suspensión o extinción colectivas pero que no ven reconocidos sus aspectos jurídicos-individuales en relación a su contrato, convenio, acuerdos, normativa legal vigente, etc. (...)”<sup>62</sup>.

Así pues, en esta materia conviene distinguir, primero, el recurso que pueda plantearse contra el auto que resuelve la solicitud de adopción de las medidas co-

<sup>59</sup> STSJ de Cataluña, de 22 de enero de 2003 (AS 449).

<sup>60</sup> *Vid.* al respecto los problemas que se plantean, en la STSJ de Cataluña, de 27 de septiembre de 2005 (AS 2699).

<sup>61</sup> AJM Bilbao, nº 1, de 21/07/2009 (JUR 2009/374089).

<sup>62</sup> JM de Málaga, nº 1, S. de 18/10/2007 (JUR 2008/357105), de 07/07/2006 (JUR 299831) y A. de 24/11/2008 (AC2009/111). En relación a la primera, no compartimos la solución sobre cómo se determina la antigüedad de los trabajadores, pues la misma supone una vulneración de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, sobre contratos de duración determinada (al respecto, *vid.* STJCE, de 23/04/2009, TJCE 94), y la doctrina del TS en la materia; por todas, STS, de 19/04/2005 (A.L., nº 18/2005, ref. 689).

lectivas (art. 64.8, párr. 1º LC); y segundo, las *acciones* y recursos que lo que pretenden es que el trabajador individual pueda recurrir frente al mismo en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual (art. 64.8, párr. 2º LC).

En todo caso, se echa en falta por parte del legislador la necesaria previsión de coordinación respecto a los recursos que puedan plantearse contra el auto antes mencionado (aspecto colectivo), o si es preciso o no que éste sea firme para acudir a la vía incidental (de forma similar a lo que actualmente ocurre con el art. 138 LPL)<sup>63</sup>. Ante el silencio legal, constatamos en los escasos pronunciamientos judiciales acaecidos que la interposición del recurso de reposición no suspende los incidentes concursales que pudieran generarse a raíz del auto<sup>64</sup>.

### 3.1. Recurso de suplicación directo frente al auto

Retomando la cuestión inicial, respecto al primero de los supuestos (recurso directo frente al auto), las respuestas judiciales coinciden en considerar que los trabajadores directamente implicados en el expediente carecerán de legitimación para recurrir directamente el auto que le pone fin (sí en cambio a través de sus representantes), salvo que hayan sido admitidos como parte<sup>65</sup>. Aceptada esta idea, sí constatamos diferencias respecto a quiénes sean en positivo los legitimados para interponer tal recurso. Así, por un lado, aquellos que sostienen que los únicos legitimados serían los sujetos colectivos que intervinieron en la negociación<sup>66</sup>; o también, “los que tuvieron la condición de parte en el expediente de regulación de empleo (empresario, administración concursal y representantes de los trabajadores)”<sup>67</sup>; y finalmente, y de manera más acertada creemos, los pronunciamientos que ampliando, consideran que (*ex art. 448.1 LEC*) “los sujetos legitimados para recurrir el auto del Juzgado de lo Mercantil sean quienes estando legitimados para intervenir en el expediente de extinción acuerdo a lo previsto en la Ley Concursal hayan sufrido un gravamen efectivo como consecuencia de aquél (...). Pues bien, la legitimación para intervenir como parte en el susodicho expediente la ostentan, según resulta de los artículos 64 y 184.1 de la norma concursal, de acuerdo con su naturaleza colectiva, el deudor, la administración concursal, los representantes de los trabajadores y el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la posible participación, en su caso, de otros sujetos

---

<sup>63</sup> Por todas, STS, de 30 de septiembre de 2004 (RJ 2004/7494).

<sup>64</sup> AJM de Málaga, de 29 de marzo de 2005 (JUR 2005/102155).

<sup>65</sup> En extenso, STSJ de Cantabria, de 13/08/2008 (AS 2730).

<sup>66</sup> ATSJ de Cantabria, de 26/10/2005 (JUR 2005/278242)

<sup>67</sup> STSJ Andalucía, de 08/01/2009 (JUR 159497).

personados en el concurso cuya intervención en el expediente haya sido autorizada judicialmente por acreditar un interés legítimo” (*v.gr.*, otros acreedores o, excepcionalmente, trabajadores individuales incluidos en el expediente *ex art.* 60.10 LC, o cuando la empresa carecía de representantes colectivos)<sup>68</sup>.

### 3.2. Incidente concursal

Más compleja se nos antoja la solución en el segundo de los casos planteados (*acciones* y recursos respecto de cuestiones individuales), y ello por las limitaciones que sobre el mismo se vienen estableciendo por los órganos judiciales.

Así, por ejemplo, respecto a los legitimados para plantearla, las resoluciones se encuentran divididas entre aquellos pronunciamientos que concluyen que tal incidente frente al auto sólo podrá ser ejercitada por aquellos trabajadores que hayan sido incluidos en la lista y reconocidos como tales en el auto, sin que quepa su uso para cuestionar la falta de inclusión (ni aunque no se cuestione la relación laboral con la empresa), que sólo podría tener lugar a través del recurso de suplicación directo interpuesto frente al auto<sup>69</sup>. Sin embargo, esta posición no es compartida por otras resoluciones, que admiten el incidente concursal como vía para reclamar la inclusión de aquellos trabajadores que manteniendo una relación laboral (incluso suspendida –aunque pareciera que exclusivamente si se les reconocía derecho de reincorporación automática–), no habían sido incluidos<sup>70</sup>.

Y en esta línea, también se sostiene lo inapropiado del incidente para el reconocimiento del carácter laboral de la relación, al objeto de que, en su caso, se acepte la posterior inclusión en la lista, y remiten a los órganos judiciales del orden social para que conozca de estas cuestiones “pues son estos los únicos competentes para resolver dicha cuestión al amparo de lo previsto en los artículos 8.2 y 64 LC que limita la actuación del juez del concurso sólo a dichas medidas colectivas y a la impugnación mediante la vía de la relación jurídica individual de la que partimos en la resolución dictada al resolver la misma”<sup>71</sup>. Nuevamente, en vía de suplicación se ha rectificado dicho criterio, concluyendo que la naturaleza mercantil o laboral

---

<sup>68</sup> Por todas, STSJ del País Vasco, de 06/02/2007 (AS 1241). *Vid.* igualmente, Molero Marañón, M.L., “Régimen de impugnación contra el auto del juez del concurso sobre medidas colectivas”; AS 46/2007 (BIB 2007\1683)

<sup>69</sup> AJM de Málaga, nº 1, de 24/11/2008 (AC 2009/111). Y SJM de Málaga, de 24/04/2006 (JUR 147229 y 272634)

<sup>70</sup> STSJ de Baleares, de 17/09/2007 (AS 3492)

<sup>71</sup> AJM de Málaga, nº 1, de 24/11/2008 (AC 2009/111). Y SJM de Málaga, de 24/04/2006 (JUR 147229 y 272634)

de la relación del actor con la empresa es una cuestión prejudicial que deberá resolverse también por el juez mercantil, de acuerdo con el artículo 9º LC<sup>72</sup>.

En todo caso, las cuestiones a resolver en dicho incidente serán aquellas que queden comprendidas dentro del ámbito del auto, y no otras (*v.gr.*, reclamación de partidas salariales, finiquito, etc.)<sup>73</sup>.

Otro aspecto especialmente problemático es determinar cuál puede ser el *objeto* del incidente concursal en esta cuestión, ante lo cual las resoluciones judiciales analizadas no dudan en afirmar que se limitan a aspectos estrictamente individuales (como preferencias, cuestiones económicas, antigüedad, etc.), pero nunca a los relativos a la concurrencia de causa y similares, esto es, sobre aspectos que puedan tener “un alcance general o colectivo que no puede ser esgrimido por cada uno de los asalariados de una forma individual”<sup>74</sup>.

No compartimos esta solución, pues si tenemos en cuenta la limitación respecto a los legitimados para plantear el recurso de suplicación directo frente al auto, encontramos que la limitación objetiva (e incluso subjetiva) para plantear el incidente puede lesionar el derecho de los trabajadores, razón por la cual creemos que, en aras de conciliar los efectos individualizados y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), los motivos que pueden hacerse valer en el incidente serán no sólo sobre aquellas materias que atañen en exclusiva al trabajador individual (antigüedad, salario, etc.), sino también sobre los presupuestos de la decisión colectiva, en particular la procedencia de las causas. Solución esta última que se extraía frente al expediente *ex art.* 51 LET, cuya impugnación podía realizarse por los trabajadores individuales, incluso basándose en cuestiones de fondo<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> STSJ de Andalucía/Sevilla, de 08/01/2009 (JUR 159497).

<sup>73</sup> STSJ de Asturias, de 21/12/2007 (AS 2008/792).

<sup>74</sup> Molero Marañón, M.L., “Régimen de impugnación contra...”; cit. Por todas, STSJ de Galicia, de 17/10/2008 (AS 2009/120); STSJ del País Vasco, de 06/02/2007 (AS1241); y AJM de Málaga, nº 1, de 24/11/2008 (AC2009/111).

<sup>75</sup> También, Segalés Fidalgo, J., “Legitimación individual de los trabajadores para interponer recurso de suplicación frente al auto extintivo concursal art. 64 LC”; AS, 10/2007 (BIB 2007\1231). Nos referimos tanto a la impugnación a través del recurso de revisión en vía administrativa, como al control judicial de la decisión administrativa; *vid.* Navarro Nieto, F., Los despidos colectivos; Civitas, 1996, págs. 246 y sgs.

En este sentido, algún autor concluye que se trata de aplicar la doctrina constitucional sobre la posibilidad de que el trabajador individual impugne un convenio colectivo que le afecta, y por ello, limitándose el alcance de la sentencia del incidente al trabajador reclamante; Gualda-Alcalá, F.J., “El nuevo sistema de regulación de empleo en la Ley Concursal: problemas aplicativos esenciales”; RDS, nº 23, 2003, págs. 233-235. Sin embargo, debe recordarse que, en el ámbito extracontractual, los efectos de la nulidad de dicha resolución administrativa autorizante alcanza a la totalidad de los trabajadores *afectados*, y no exclusivamente a los que la impugnaron, SSTS 10/10/2006 (RJ 8362), y de 15/11/2006 (RJ 8365).

Adviértase que planteamos la posibilidad de impugnar el fondo del auto, no participar en el expediente, cuestión sobre la que sabemos que no es posible la intervención individual, por todas, STS (C-A), de 21/11/2006 (RJ 9263).

**EL RÉGIMEN INDEMNIZATORIO DEL ART.  
50.1.B) LET EN EL ERE CONCURSAL Y  
PRINCIPIO DE IGUALDAD. LÍNEAS DE  
TENDENCIA EN LA DOCTRINA JUDICIAL Y DE  
UNIFICACIÓN**

Rosa M<sup>a</sup> González de Patto  
*Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social*  
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PROBLEMA DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO DE LAS DIMISIONES PROVOCADAS IMPROPIAS EN EL ERE CONCURSAL
3. VIABILIDAD DE PACTOS COLECTIVOS DE MEJORA DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL E INCIDENCIA EN LAS DIMISIONES PROVOCADAS IMPROPIAS DEL ART. 64.10 LC
4. CONCLUSIONES FINALES. DUALIZACIÓN DE REGÍMENES INDEMNIZATORIOS Y PRINCIPIO DE IGUALDAD

## 1. INTRODUCCIÓN

Es de sobra conocido el impacto que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC) ha tenido en la gestión del interés social en el contexto concurso como consecuencia del subsistema normativo laboral especial instituido por dicha norma. En este sentido, es destacable la extensión de la competencia del juez mercantil hasta alcanzar instituciones típicamente laborales a costa del orden social de la jurisdicción, de modo que si cabría hablar, en este sentido, de una suerte de “laboralización” del juez mercantil<sup>1</sup>, no puede ignorarse, por otro lado, la acusada “mercantilización” de las mismas, resultado de su afectación por las técnicas utilizadas expresamente por el legislador concursal, amén de la *vis atractiva* ejercida por los principios inherentes a la racionalidad jurídica subyacente al concurso.

Esto es lo que ha sucedido, en particular, y por lo que ahora interesa, con la resolución contractual por irregularidades en el pago de salarios (ex art. 50.1.b) LET), una causa de extinción del contrato de trabajo que, conforme a las prescripciones del art. 64.10 de la LC, sufre una reformulación procesal y, en mi opinión, también sustantiva, generadora de una figura extintiva laboral de nuevo cuño, operativa sólo en contexto concursal, para la que vengo postulando la denominación de “dimisión provocada impropia”, en paralelo a la de dimisión provocada *strictu sensu* del modelo estatutario ex art. 50 LET, marcadas ambas por hondas diferencias en su dinámica aplicativa<sup>2</sup>.

El objeto de este trabajo se centra en el análisis de la problemática inherente al régimen indemnizatorio de esta singular figura extintiva desde la perspectiva proporcionada por los seis años de aplicación de la LC. A este respecto, se aprecia que, tratándose de uno de los aspectos más debatidos por la doctrina científica en relación con el art. 64.10 LC, sigue siendo una cuestión aun abierta en sede jurisdiccional, como lo prueba la constatación de dos corrientes contrapuestas en la doctrina de suplicación y, si como parece vaticinar la doctrina, *obiter dicta*, más reciente del Tribunal Supremo, termina prevaleciendo el criterio interpretativo reductivo del *quantum* indemnizatorio en el marco del concurso, se consolidaría una dualización de regímenes jurídicos de la resolución por irregularidades salariales –el estatutario y el concursal– generadora de un indeseable riesgo de afectación del principio constitucional de igualdad ex art. 14 CE que habría de soslayarse.

---

<sup>1</sup> En este sentido, Cavas Martínez, F.: “La competencia laboral de los jueces del concurso”, AS, nº 9, 2009, con cita de Desdentado Bonete, A y Orellana Cano, N.: *Los trabajadores ante el concurso. Guía práctica para laboralistas*, Bomarzo, 2007.

<sup>2</sup> Para un tratamiento completo de la materia, vid. González de Patto, R.M.: *Dimisión provocada y procedimiento concursal*, Aranzadi, 2009 (en prensa).

## 2. EL PROBLEMA DEL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO DE LAS DIMISIONES PROVOCADAS IMPROPIAS EN EL ERE CONCURSAL

La expresa conversión competencial y procedimental que el art. 64. 10 LC opera sobre las resoluciones contractuales “colectivizadas”, cumplidos los presupuestos legales previstos en el citado precepto, contrasta con el silencio del mismo acerca de la cuantía de la indemnización a la que tendrían derecho los trabajadores solicitantes de las mismas, caso de ser aceptada su pretensión en el marco del ERE concursal. Se configura, así, una laguna legal que obliga a su integración, vía interpretativa, sobre la base, en mi opinión, del juego bidireccional que la LC impone entre la legislación laboral especial concursal y la legislación laboral estatutaria<sup>3</sup>.

Pues bien, el problema interpretativo de la determinación de la cuantía indemnizatoria vinculada a las dimisiones provocadas impropias del art. 64.10 LC lejos de contar con una solución pacífica, es, como ya se ha dicho, uno de los aspectos más controvertidos en la doctrina científica y judicial. Un sector doctrinal, teniendo en cuenta que el art. 64.10 de la LC únicamente se refiere de forma expresa a un conversión competencial y procesal, así como atendiendo al reenvío a la legislación laboral como derecho supletorio, ex art. 64.11 LC, para lo no previsto en la normativa laboral especial del concurso, sostiene la tesis de que la indemnización correspondiente a las resoluciones colectivizadas debe ser la establecida en el art. 50.2 LET<sup>4</sup>. Otra doctrina aboga, por el contrario, por anularles la indemnización propia del despido colectivo ex art. 51.8 LET<sup>5</sup>. Terciando en el debate, entiendo que son mejores y más sólidos los argumentos que fundamentan esta última solución interpretativa, tal y como parece refrendar ahora, *obiter dicta*, el Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

El primero reside en el principio de unidad judicial del concurso que, según la E.M de la LC preside la reforma concursal, y su corolario consistente en el carácter

---

<sup>3</sup> Sobre esta interactuación de la legislación laboral y la concursal, vid. Mercader Uguina/Alameda Castillo, op. cit., pg. 1204 y García-Perrote, I.: “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”, AL nº 10, mayo 2004.

<sup>4</sup> Albiol Montesinos, I.: Aspectos laborales de la Ley concursal, cit., pg. 85; Fernández López, MF., op. cit., pg. 43; Lousada Arochena, J.F., op. cit., pp. 73-74; Viqueira Pérez, C.: *La resolución colectiva del contrato de trabajo por irregularidades en el abono del salario en la Ley Concursal*, Thomsom-Civitas, 2007.

<sup>5</sup> Cruz Villalón, J., op. cit., pg. 117; De la Puebla Pinilla, A., op. cit., pg. 761; Matorras Díaz-Caneja, A., op. cit., pg. 397; Desdentado Bonete, A y Orellana Cano, N.: *Los trabajadores ante el concurso...*, cit., pg. 172; Orellana Cano, N.: “Los expedientes de regulación de empleo en la Ley Concursal”, *Temas Laborales* nº 99, 2009, pp. 167-168.

unitario del procedimiento judicial de regulación de empleo del art. 64 LC (ERE concursal), principios de los que se infiere, en mi opinión, la exigencia de un tratamiento homogéneo de todas las medidas extintivas que se aborden en el ERE concursal, incluida la vertiente indemnizatoria de las mismas. Precisamente, el recurso del legislador a la técnica de colectivización en la disciplina jurídica de estas resoluciones mediante su reconducción al procedimiento del art. 64 LC y a la competencia del juez de concurso, abunda en la idea de que su propósito ha sido que sigan el devenir del resto de las medidas extintivas que, junto a ellas, puedan acordarse en el seno del juicio universal a propuesta del deudor, la administración concursal o los representantes de los trabajadores. Resta por último invocar otro argumento más. Se trata del insoslayable sometimiento de las dimisiones provocadas impropias a la racionalidad jurídica del nuevo modelo normativo concursal y sus principios subyacentes: el principio solutorio (satisfacción de los acreedores indiferenciados) y, supeditado al mismo, el principio de continuidad de la actividad de la empresa –en la medida necesaria para la efectividad del principio conservativo o, en su caso del liquidatorio, según cuál sea la solución más conveniente para la protección de los intereses de los acreedores–. Se trata, en efecto, de principios a cuya efectividad están funcionalizadas *ex lege* todas las medidas laborales colectivas que se adopten en el procedimiento de regulación de empleo concursal, lo que determina, por lo que ahora interesa, y tratándose de medidas extintivas, que éstas no agraven desproporcionadamente la situación patrimonial del deudor con indemnizaciones de la mayor cuantía prevista en la legislación laboral, máxime cuando éstas devendrán créditos contra la masa (art. 84.2.5° LC).

Esta línea argumental sustenta la solución de que, integrado el presupuesto fáctico del art. 64.10 LC y, por tanto, verificada la conversión competencial y procedimental que éste prescribe, las resoluciones contractuales colectivizadas se someterán al conjunto de las reglas propias del despido colectivo en el seno del ERE concursal y, en consecuencia, de ser admitidas en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas o, en su defecto por el juez del concurso, el reenvío a la legislación laboral –*ex art. 64.11 LC*– no supondrá la aplicación de la indemnización del despido improcedente del art. 50.2 LET, sino que remitirá a la prevista para los despidos económicos en el art. 51.8 LET<sup>6</sup>.

Se trata, por lo demás, de una solución interpretativa en línea con el apuntado juego bidireccional de interactuación del Derecho del Trabajo y el Derecho Concursal en la gestión del interés social de la crisis de la empresa insolvente. Y es que si bien es cierto que el juez del concurso, en el ejercicio de su competencia exclusiva y excluyente sobre las extinciones colectivas, habrá de aplicar las normas laborales especiales concursales “teniendo en cuenta los principios inspiradores de

---

<sup>6</sup> En el mismo sentido, aunque indirectamente, Desdentado/Orellana, *op. cit.*, pg. 172.

la ordenación normativa estatutaria” (art. 8.2º LC), no es menos cierto que cuando deba aplicar la legislación laboral general (estatutaria), en virtud de los reenvíos efectuados a la misma por la LC (art. 64.7 y 11 LC), habrá de hacerlo bajo el influjo de la *vis atractiva* del concurso y, en consecuencia, a la luz de las técnicas legales específicas y los principios inspiradores del sistema normativo concursal<sup>7</sup>, lo que irremediamente conduciría, en este caso, a la indemnización menor del despido colectivo.

En la doctrina de suplicación recaída hasta ahora sobre esta espinosa cuestión se advierten dos corrientes antagónicas. Una, se muestra contraria a la solución interpretativa que aquí se acaba de postular, manteniendo el criterio de la aplicación de la indemnización mayor del art. 50.2 LET, al considerarse que la conversión de las resoluciones individuales en extinciones colectivas, prescrita por el art. 64.10 LC, no tiene repercusiones sustantivas sino meramente procesales, de suerte que sus efectos se limitan a determinar el procedimiento aplicable bajo la competencia del juez del concurso. De este modo, pues, en lo atinente a la indemnización, el juez mercantil debería aplicar, conforme prevé el art. 64.7 LC, la legislación laboral, ex art. 50.2 ET, que prescribe para este supuesto la indemnización del despido impropio<sup>8</sup>.

En contraposición, otros pronunciamientos de suplicación más recientes apuestan, con fundamento en similares argumentos a los esgrimidos en este trabajo, por la indemnización menor del art. 51.8 LET, al que reconducirían, para esta postura, los reenvíos a la legislación laboral de los arts. 64.7 y 64.11 LC<sup>9</sup>. En efecto, se aprecia, por un lado, que la conversión competencial y procedimental a la que el art. 64.10 LC somete a las resoluciones contractuales fundadas en irregularidades en el abono de salarios implica una opción político-jurídica que carecería de sentido si tuviera un alcance meramente procesal; y, por otro lado, se considera que con ello se busca evitar las acciones resolutorias individuales “estratégicas” que, en esta línea interpretativa de suplicación, no se duda en calificar de fraude de ley<sup>10</sup>. A falta aun de jurisprudencia de unificación directa sobre esta debatida cues-

---

<sup>7</sup> Vid, en general, sobre esta interrelación entre la normativa concursal y la laboral, Monereo Pérez, J.L.: Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral, cit. pp. 128-129; García- Perrote Escartín, I.: “Los efectos...”, cit.

<sup>8</sup> Vid. STSJ Galicia de 23 de enero de 2007 (AS 2007, 1991), FJ 6º, y ratificando la doctrina de la anterior, STSJ Galicia de 2 de febrero de 2007 (AS 2007, 2695), FJ 2º.

<sup>9</sup> STSJ Madrid de 28-11-2008 (rec. 3261/2008).

<sup>10</sup> Cabe la posibilidad, incluso, que este fraude de ley, se instrumente mediante un acuerdo entre los trabajadores y la administración concursal, que podría ser resultado de las consultas desarrolladas en un ERE previo del que finalmente desisten los administradores concursales. Este es, precisamente, el supuesto enjuiciado en la STSJ Madrid de 28-11-2008, cit.: «Ciertamente, repasando los hechos de los que se ha dado cuenta en el primer fundamento de la presente sentencia, constatamos que la inicia-

ción –que, a la vista de las divergencias existentes en sede de suplicación, es previsible que no se hará esperar–, todo apunta a que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo podría decantarse por un criterio que refrendaría la tesis que aquí se postula, esto es, que la indemnización de las resoluciones colectivizadas del art. 64.10 LC sería la menor de los despidos económicos del art. 51.8 LET. En este sentido se orientan de forma palmaria tanto el Voto mayoritario, cuanto el minoritario, de la reciente STS de 22 de diciembre de 2008<sup>11</sup>, dictada en unificación de doctrina. En lo que respecta al primero, la Sala, con una perspectiva confrontadora entre las dimisiones provocadas impropias del ERE concursal y las resoluciones individuales que escapan al mismo, esto es, las regidas por el modelo estatutario del art. 50 LET, señala expresamente, si bien *obiter dicta*, que “la situación de concurso de la empresa, como ocurre en el caso aquí analizado, tal vez hubiera podido motivar que se pusiera en marcha el sistema de expediente de regulación de empleo judicial a que se refiere el artículo 64 de la Ley 22/2003, que podían haber instado los administradores del concurso, los trabajadores o el empresario deudor. Y en el supuesto del número 10 del citado precepto de la Ley Concursal, *en el caso de resoluciones del contrato de trabajo planteadas por los trabajadores al amparo del artículo 50.1 b) ET, únicamente cuando se superen los umbrales numéricos allí establecidos, las demandas de resolución de contrato planteadas por trabajadores de la empresa después de la declaración del concurso, tendrían la consideración de extinciones susceptibles de ser indemnizadas con 20 días por año de antigüedad* (a las que la Ley impropia denomina acciones individuales y a las que se atribuye la condición de *extinciones de carácter colectivo*)”. Pero si tales previsiones numéricas no se cumplen, las acciones de extinción del contrato de trabajo instadas al amparo del referido precepto estatutario no obtendrían la condición legal de *colectivas* y en consecuencia la indemnización sería la prevista en el propio artículo 50.2 ET” (FJ. 5°).

En el mismo sentido, pero ya de forma directa y con mayor argumentación, se expresa el Voto Particular formulado a dicha sentencia<sup>12</sup>, en el que se afirma que “El artículo 64.10 de la Ley Concursal prevé que las acciones “colectivas” de re-

---

tiva para extinguir las relaciones laborales de los demandantes partió de la empresa, quien con tal propósito promovió el oportuno expediente de regulación de empleo en el mes de julio de 2006 ante el Juzgado de lo Mercantil, una vez que éste había ya iniciado varios meses antes la tramitación del concurso, y que de tal expediente desistió la empresa en noviembre de 2006 para acto seguido presentar ante el juzgado el acuerdo entre los trabajadores y administradores concursales en virtud del cual se decidía poner fin a la relación laboral de la totalidad de la plantilla por vía del art. 50.1 b) ET, un acuerdo que, obviamente, se había negociado al amparo del expediente de regulación de empleo. Luego, es evidente que esta actuación pretende evitar el efecto del despido colectivo, como también es manifiesto que precisamente para impedir este tipo de actuaciones es por lo que el legislador ha tomado la medida prevista en el art. 64.10 de la Ley 22/2003» .

<sup>11</sup> (rec. 294/2008).

<sup>12</sup> Formulado por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado.

solución del contrato de trabajo que se formulen al amparo del artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores frente a empresas declaradas en concurso se tramitarán ante el juez del concurso a través del procedimiento previsto en ese artículo, que es el denominado expediente judicial de regulación de empleo, equivalente al administrativo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, y *esa remisión hay que entender que no se produce sólo a efectos de la tramitación de las reclamaciones, lo que carecería de sentido, sino que tiene la finalidad de dar a esas extinciones el tratamiento sustantivo en materia de indemnizaciones que corresponde a una situación de crisis patrimonial de la empresa*". Con ello el legislador concursal buscaría, según la doctrina del Voto Particular, evitar el fenómeno de las resoluciones "estratégicas" con la finalidad de salir del expediente de regulación de empleo y obtener una indemnización de 45 días, superior a la que establece el artículo 51.8 del Estatuto de los trabajadores –al que, según reconoce expresamente el Voto, remite el artículo 64.11 de la LC– en perjuicio de los restantes trabajadores de la empresa y, en general, de los acreedores del empresario.

Conforme, pues, a la argumentación desgranada y desde una interpretación teleológica del art. 64.10 LC, cabe afirmar que el propósito del legislador concursal al operar la conversión procesal y competencial de las resoluciones amparadas en el art. 50.1.b) LET, ha sido dar debido cumplimiento al principio constitucional de igualdad de los trabajadores de la empresa concursada que insten individualmente la resolución contractual por impago de salarios y los que se vean afectados por el despido colectivo, puesto que en ambos casos se trata de extinciones entroncadas en la crisis de la empresa<sup>13</sup>. De este modo, además, se hace prevalecer el interés colectivo de la plantilla sobre el individual de los trabajadores postulantes de la resolución, y se evita la carga de indemnizaciones mayores sobre el patrimonio del deudor que pudieran hacer peligrar, de ser la empresa viable, su continuidad y, con ello, el mantenimiento, del empleo en la misma.

### **3. VIABILIDAD DE PACTOS COLECTIVOS DE MEJORA DE LA INDEMNIZACIÓN LEGAL E INCIDENCIA EN LAS DIMISIONES PROVOCADAS IMPROPIAS DEL ART. 64.10 LC**

Cuestión distinta, es la referente a posibilidad de que la indemnización legal del art. 51.8 LET, que, de conformidad con la argumentación anterior, es la que considero aplicable a las resoluciones colectivizadas ex art. 64.10 LC, pueda incrementarse a consecuencia de un acuerdo general en este sentido entre la administración

---

<sup>13</sup> Vid. en este sentido, STSJ Madrid de 28-11-2008 (rec. 3261/2008), cit.

concursal y los representantes de los trabajadores en la fase de consultas del ERE concursal (art. 64. 5-6 LC) y que ello se proyecte en el quantum indemnizatorio de dichas extinciones.

Ha de repararse, en este sentido, en que la indemnización tasada del despido colectivo actúa en el régimen estatutario con carácter de mínimo, admitiéndose expresamente el incremento de su cuantía mediante pacto colectivo entre el empleador y los representantes de los trabajadores e, incluso, mediante pacto individual<sup>14</sup>, por lo que la cuestión a plantearse ahora es si esta misma hipótesis tiene cabida igualmente en contexto concursal. La doctrina de nuevo aquí se divide en torno a dos posturas: la que apuesta por una respuesta afirmativa<sup>15</sup>, frente a la que niega esta posibilidad, sobre la base de dudas acerca de que la administración concursal cuente, *ex lege*, con poderes de disposición suficientes para adoptar un compromiso económico superior al impuesto legalmente, a cargo del patrimonio del empresario-deudor, en una situación económica grave como la que constituye el presupuesto objetivo de apertura del concurso<sup>16</sup>. La búsqueda de la solución a este dilema interpretativo exige, a mi juicio, un preliminar análisis de la caracterización jurídica de la fase de consultas-negociación el expediente judicial de regulación de empleo específico del concurso y de la posición jurídica atribuida legalmente a la administración concursal en ese estadio, esto es, la determinación del alcance de su legitimación negocial en el ERE.

La consulta-negociación entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores (art. 64. 5-6 LC) supone la extensión de las técnicas propias de la racionalidad jurídica *reflexiva* o participativa desde el modelo estatutario de reestructuración de la empresa al modelo normativo laboral especial de la LC. Las formas de “Derecho reflexivo legal”, resultan, pues, particularmente idóneas en la disciplina jurídica de las crisis de empresa y se inscriben, además, en el novedoso enfoque de política de Derecho que en materia de reestructuración están impulsando las instituciones comunitarias sobre la base de los conceptos de “responsabilidad social de la empresa” (RSE) y su corolario de “reestructuración empresarial social-

---

<sup>14</sup> Vid. art. 14.1 RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo (RPRE). Las doctrinas constitucional y legal admiten las mejoras indemnizatorias pactadas en el periodo de consultas del ERE estatutario; vid., entre otras, SSTC 100/2001 de 23-04; 137/2001 de 18-06 y SSTSud 20-03-1996 (RJ 2303); 28-01-1997 (RJ 907).

<sup>15</sup> En este sentido, De la Puebla Pinilla, A., op. cit., pg. 749; Mercader Uguina/Alameda Castillo, op. cit., pg. 1222; García-Perrote Escartín, I.: “Los efectos..”, cit., pg. 237; Duran López, F.: “Los efectos del concurso en las relaciones laborales”, RL, n°8, 2005, pg. 26; Molero Marañón, M.L.: “El régimen jurídico de la indemnización frente a la extinción colectiva en la Ley Concursal”, RL, n° 15-16, pg. 96.

<sup>16</sup> En esta línea, Ríos Salmerón/de la Puebla Pinilla: “El expediente judicial de regulación de empleo: art. 64 de la Ley Concursal, en VV.AA. (dir. Borrajo Dacruz, E.): Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo, La Ley, Madrid, 2004, pg. 82; Cruz Villalón, J.: “Despidos y suspensiones...”, cit. pg. 540; Landa Zapirain, J.P., “Consideraciones...”, cit., pg. 49.

mente inteligente”<sup>17</sup>. En ese orden de ideas, la negociación colectiva y la adopción de acuerdos colectivos de reestructuración en el marco de los procesos de reorganización del aparato productivo<sup>18</sup>, incardinados en la racionalidad jurídica “reflexiva” favorecedora de la “aceptabilidad social” de las soluciones que se adopten, se erige, pues, en principio regulativo preeminente en la gestión del cambio y del conflicto jurídico-económico subyacente a la crisis y reestructuración de la empresa<sup>19</sup> y se muestra, por lo demás, como técnica particularmente adecuada en las crisis concursales para la consecución de soluciones flexibles y razonablemente equilibradas en función de la pluralidad y diversidad de intereses concurrentes en el concurso<sup>20</sup>.

Acogiendo esta *ratio* político-jurídica, la LC promueve la negociación de las medidas laborales colectivas de ajuste extraordinario –ya sean modificativas, suspensivas o extintivas de los contratos de trabajo– y atribuye la legitimación negociadora a tal efecto, con carácter general, a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores. La administración concursal, por tanto, sustituye *ex lege* al empleador en esta fase procedimental, independientemente de que se trate de concurso voluntario o necesario, lo que pone de manifiesto que la voluntad del legislador ha sido relevar al empresario concursado de la responsabilidad de adopción de decisiones atinentes al empleo y las condiciones de trabajo de la plantilla, si bien, como acertadamente aclara la doctrina, los administradores concursales no están llamados a actuar en representación del exclusivo interés patrimonial del titular de la empresa, sino como valedores del interés del concurso<sup>21</sup>. Siendo esto así, cabe cuestionarse, primero, si la administración concursal se encuentra revestida de legitimación legal de alcance suficiente para adoptar, en el marco de la negociación, un acuerdo de incremento de la cuantía de la indemnización legal anudada a las extinciones colectivas propuestas; y segundo, en qué medida la situación económica en la que se encuentra el empresario-deudor, motivadora, pre-

---

<sup>17</sup> Vid. Libro Verde de la Comisión Europea “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”, COM (2001) 366 Final, Ap. 36-38.

<sup>18</sup> Vid. a este respecto *in extenso*, Monereo Pérez, J.L./Moreno Vida, M.N.: “La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos”, cit., pp. 257-261; Landa Zapirain, J.P.: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo...”, cit., pp. 25 y 34, que subraya el valor del diálogo social y la negociación de acuerdos en el tratamiento preventivo y curativo de las crisis de empresa en el marco de la noción de “reestructuración empresarial socialmente responsable”.

<sup>19</sup> Monereo Pérez, J.L.: Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral, cit., pp. 187 y ss., en especial pp. 222-223, y, del mismo autor, “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las reestructuraciones de empresas”, RL, n° 6, 2005.

<sup>20</sup> Vid. ampliamente sobre el tema en el marco específico de los procedimientos concursales, Monereo Pérez, J.L.: “Concurso y relaciones laborales...”, cit., pp. 21-26; *ibidem*, Empresa en reestructuración...cit., pp. 171-194 y 220-223

<sup>21</sup> En este sentido, Cruz Villalón, J.: “Despidos y suspensiones...”, cit., pg. 538.

cisamente, de la declaración del concurso, puede incidir en la legalidad de un posible pacto con ese objeto.

En lo que respecta al alcance de la posición jurídica de la administración concursal en la fase de consultas-negociación, existe convención doctrinal acerca de que la LC le ha otorgado amplios poderes negociadores y decisorios en materia laboral en el procedimiento de regulación de empleo del concurso<sup>22</sup>. Buena prueba de que ello es así, es la regla general establecida por la LC de que, en caso de acuerdo, el juez mercantil se limitará a aceptarlo u homologarlo mediante auto que tendrá aquí, por tanto, el valor de un acto legalmente reglado en virtud de la vinculabilidad de la autoridad judicial respecto de todos los términos del acuerdo colectivo de reorganización alcanzado por las partes en todos sus términos<sup>23</sup>, salvo –y esta es la excepción a la regla general anterior–, que apreciase fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, en cuyo caso le compete declarar su nulidad y resolver acerca de las medidas propuestas “conforme a la legislación laboral” (art. 64.7 LC),.

La tesis del carácter reglado del auto del juez del concurso respecto del acuerdo negocial alcanzado –sin perjuicio de que opere como condición de validez de éste último–, se ve reforzada, en lo que se refiere en particular a los pactos indemnizatorios que ahora interesan, por las modificaciones introducidas en el *iter* parlamentario del precepto. En efecto, el art. 63.3 del Proyecto de Ley concursal (PLC) de 2002 (precedente del actual art. 64.7 LC) otorgaba al juez plenas facultades de resolución, pudiendo resolver acerca de las medidas laborales colectivas al margen, o incluso en contraposición, de lo acordado entre administración concursal y representantes de los trabajadores. Por otra parte, en lo atinente en particular a las extinciones contractuales, se le imponía, caso de asumir la decisión al respecto desvinculándose del eventual acuerdo, la obligación de “fijar(á) la indemnización que corresponda a cada uno de los trabajadores afectados de conformidad con lo establecido por la legislación laboral para el despido colectivo”. El cambio operado y el actual tenor literal del art. 64.7 LC son, sin duda, reveladores de la voluntad de legislador de que el juez del concurso carezca de prerrogativa alguna para rechazar en todo o en parte las estipulaciones del acuerdo y, en particular, las atinentes a la cuantía indemnizatoria anudada a las extinciones contractuales integrantes del pacto global alcanzado, aunque ésta sea superior a la legal del art. 51.8 LET

No obstante, y sin perjuicio de que la administración concursal “sustituya”, por así decirlo, al empleador en las facultades negociadoras y decisorias en la fase de consultas-negociación, conviene no perder de vista que en caso de concurso voluntario el empresario mantiene intactos sus poderes de disposición y administra-

---

<sup>22</sup> Vid., por todos, Monereo Pérez, J.L.: “Concurso y relaciones laborales...”, cit., pg.24.

<sup>23</sup> Vid. en este sentido, Cruz Villalón, J: “Despidos y suspensiones...” cit., pg. 543; Monereo Pérez, J.L.: “Concurso y relaciones laborales...”, pg. 28 y del mismo autor Empresa en reestructuración, cit., pg. 224.

ción patrimonial (art. 44.1 LC)<sup>24</sup>, por lo que, de este modo, resulta razonable preguntarse acerca de si los administradores judiciales pueden acordar, sin conocimiento ni consentimiento empresarial, una carga indemnizatoria más severa que la que legalmente deriva de las extinciones contractuales por causa económica. Pues bien, la argumentación anterior aboca a una respuesta afirmativa desde la perspectiva de la extensión de las facultades decisorias de los administradores judiciales en el ámbito de la regulación de la plantilla; es decir, todo apunta a la solución de que en todo caso, incluso en la hipótesis de concurso voluntario, la legitimación legal de la administración concursal tiene alcance suficiente para adoptar un acuerdo sobre medidas laborales colectivas que incluya una estipulación de incremento del *quantum* indemnizatorio correspondiente a los trabajadores afectados por el despido colectivo<sup>25</sup>.

Si desde la perspectiva de la extensión legal de la legitimación negocial de la administración concursal la solución es clara, queda aún un dato más a ponderar en orden a determinar la viabilidad del acuerdo de incremento del *quantum* indemnizatorio. Se trata, en definitiva, de valorar la incidencia de la situación crítica de la empresa –la insolvencia, actual o inminente, de su titular– como límite de las potestades negociadoras y eventualmente decisorias de la administración concursal y, en consecuencia, su incidencia en la legalidad de un eventual pacto indemnizatorio de las características señaladas.

En efecto, el presupuesto objetivo al que legalmente se vincula la apertura del concurso es la insolvencia del deudor (que aquí ostenta la condición de empresario), y aunque la doctrina ha subrayado la opción del legislador por una noción flexible de insolvencia, en el doble sentido de valerse, por un lado, de una formulación general –imposibilidad de cumplimiento regular de sus obligaciones (económicas) exigibles (art. 2.2 LC) con independencia de las causas a las que responda dicha imposibilidad– y, por otro lado, de incluir a estos efectos la insolvencia inminente (art. 2.3 LC)<sup>26</sup>, lo cierto es que conceptualmente la insolvencia técnica

---

<sup>24</sup> No ocurre así en el concurso necesario, en el que se suspenden estas facultades de disposición del deudor, asumiéndolos por sustitución los administradores judiciales (art. 44.2 LC).

<sup>25</sup> Vid. en este mismo sentido, Molero Marañón, M.L.: “El régimen jurídico de la indemnización...”, pp. 92-93.

<sup>26</sup> Vid. Rodríguez-Piñero, M.: “La Ley Concursal y el contrato de trabajo...”, RL, t. II, 2003, pp 423-425; Monereo Pérez, J.L.: “Concurso y relaciones laborales..”, cit., pg. 6. A pesar de ello, ambos autores denuncian el déficit preventivo del nuevo sistema jurídico concursal, con un marco insuficiente para adelantarse a las situaciones críticas de la empresa. En contraposición, otras experiencias del Derecho concursal comparado procuran un tratamiento preventivo eficaz de la crisis. Es el caso del Derecho francés en el que sin perjuicio de ser la insolvencia, entendida como cesación de pagos fruto de un déficit patrimonial del deudor, el presupuesto objetivo del concurso, la mera “dificultad jurídica, económica o financiera” permite así mismo la aplicación de los procedimientos concursales. El denominado “Derecho de las empresas en dificultad” se caracteriza por una racionalidad jurídico-política que pivota sobre los principios preventivo de la crisis y conservativo de la empresa. Vid. a este res-

legal no parece conectarse a meras dificultades financieras o a un simple riesgo de crisis de la empresa<sup>27</sup>, lo que, en consecuencia, determina un escenario en principio incompatible con un pacto indemnizatorio económicamente más gravoso que la carga derivada del mínimo tasado legalmente.

Sin embargo, no puede desdeñarse el hecho de que, como también ha apuntado otra doctrina, el cumplimiento de la cláusula general definitoria de la insolvencia técnica abarcaría un amplio abanico de posibilidades que van desde situaciones de despatrimonialización del deudor (activo inferior al pasivo), hasta situaciones de mera iliquidez (pero con activo superior al pasivo), lo cual impide que el presupuesto de apertura del concurso haya de conectarse inexorablemente con una situación de crisis terminal o irreversible de la organización productiva<sup>28</sup>. Bajo esa

---

pecto, en la doctrina gala, Champaud, C.: “La situation des entreprises en difficulté: problème de Droit économique perturbant el Droit privé”, Rev. franç. Comp., n° 64, 1976; Paillusseau: “Qu’est-ce qu’une entreprise en difficulté?”, Rev. franç. Compt., n° 64, 1976; Saint-Alary-Houin: Droit de entreprises en difficulté, París, 1996. En el Derecho concursal italiano, el principio conservativo como opción de política del Derecho se ha limitado a la gran empresa en crisis, si bien las últimas reformas legislativas prescinden de las ayudas estatales a tal efecto, con el objeto de adecuarse a las directrices comunitarias sobre libre competencia. Vid. Candelario Macías, M.I.: “El nuevo régimen italiano sobre Administración Extraordinaria de la Gran Empresa en situación de insolvencia –nuevo régimen italiano, viejo régimen español–”, Rev. Derecho de los Negocios, n° 117, junio 2000.

<sup>27</sup> En este sentido, Rodríguez Piñero, M., id, op. cit., pg. 425. En el Derecho comparado es también la insolvencia el presupuesto objetivo de apertura del concurso, si bien se adopta un concepto más o menos flexible según los casos. Así en la línea flexibilizadora del nuevo Derecho concursal español, esta el modelo italiano (art. 5 Legge Fallimentare de 1942) para el que “el estado de insolvencia se manifiesta con el incumplimiento e otros actos externos que demuestran que el deudor no puede satisfacer regularmente sus obligaciones contraídas”, si bien se plantean dificultades interpretativas para la diferenciación entre insolvencia y “dificultad temporal” en virtud del art. 187 de la Ley de Quiebras. También el Derecho alemán, en el que tras la reforma del Derecho concursal por la Ley 5 de octubre de 1994 (Insolvenzordnung) el presupuesto del concurso es la insolvencia identificada con la incapacidad de pago, entendida como la situación en la que el deudor no está en condiciones de cumplir con las deudas vencidas (art. 17.1º y 2º); se admite así mismo como presupuesto de inicio del procedimiento “la dificultad temporal de pago” (art. 18) que, en simetría con la insolvencia inminente del modelo español, se define como la situación en la que es “presumible que el deudor no esté en condiciones de pagar en el momento del vencimiento”. En lo que atañe al Derecho portugués, el D.Ley 1993, sobre procesos de recuperación de empresas y quiebras, la situación de insolvencia de la empresa, igualmente presupuesto del concurso, se identifica con la “imposibilidad de cumplimiento puntual de sus obligaciones” a causa de “carencia de medios propios y por falta de crédito”; pero la reciente reforma introducida por el D-Ley 315/98 introduce un nuevo presupuesto objetivo: la “situación económica difícil evidenciada por ponderadas dificultades económicas o financieras que impiden el normal funcionamiento de la empresa o la continuación de su objeto social”, con el propósito, al parecer, de mejorar las posibilidades preventivas del modelo normativo. Para un extenso y pormenorizado análisis del Derecho concursal comparado, vid. Candelario Macías, M.I.: El convenio de continuación como medio de protección del crédito en los procedimientos concursales, Comares, Granada, 1999, pp.10 y ss.

<sup>28</sup> Vid. Molero Marañón, M.L., op. cit., pg. 90, con cita de Pulgar Ezquerra, J.: “Los presupuestos de la declaración del concurso de acreedores”, en VV.AA. (Mairata Laviña, coord.): Aspectos jurídicos del nuevo concurso de acreedores, ICAM, Madrid, 2004, pp. 87 y ss.

premisa relativamente “desdramatizada” de la crisis empresarial subyacente, a la administración concursal le corresponde negociar un acuerdo de reorganización productiva cuyo contenido, a falta de una mención expresa al respecto del texto legal concursal, deberá versar “sobre las causas motivadoras del expediente, la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las *medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados*” (art. 51.4 LET, de aplicación supletoria en virtud del art. 64.11 LC), todo ello conforme a una preferencia finalista, ésta sí establecida expresamente por el legislador concursal: la viabilidad futura de la empresa y del empleo (art. 64. 4 LC)<sup>29</sup>.

Visto así, se trata de un escenario negocial no sólo no incompatible, sino más bien especialmente propicio para la transacción acerca de una mejora de la cuantía de las indemnizaciones<sup>30</sup>, ya que además de su virtualidad como medida paliativa de los efectos del despido para los trabajadores afectados (en línea de lo previsto en el art. 51.4 LET), puede operar también como medida al servicio del interés del concurso, en cuanto que facilita una salida rápida y consensuada de los excedentes de plantilla, con el doble efecto de acomodarla a la capacidad productiva real de la empresa y reducir costes sociales de producción (salariales y de cotización) vinculados a la continuidad de la actividad productiva requerida, que engrosarían el montante crediticio contra la masa<sup>31</sup>. Se trataría, por tanto, de una decisión de la administración concursal adoptada conforme a un criterio de oportunidad con la finalidad de asegurar la continuación de la actividad empresarial necesaria enderezada, bien a la obtención de un convenio conservativo, o bien a una liquidación, que, por lo demás contaría con la garantía del FOGASA (art. 33.2 ET).

Sin embargo, el ejercicio de la facultad negocial atribuida a la administración concursal en la regulación de empleo exigida por el concurso deberá conjugarse en todo caso y, en consecuencia, quedar mediatizada por los requerimientos derivados de su también función legal de administrar la masa activa procurando su conservación y defensa en garantía del interés del concurso (arts. 43.1 LC), que, pese a su carácter complejo y pluralista (intereses del empresario-deudor, acreedores y trabajadores en defensa de su empleo), la LC identifica primordialmente con el interés de los acreedores indiferenciados a la satisfacción de sus créditos (E.M. Ley 22/2003); una función esta, por cierto, cuya efectividad viene garantizada mediante un específico régimen de responsabilidad de los administradores judiciales por los daños y perjuicios causados a la masa a resultas de su actuación ilícita o negligente (art. 36.1 LC). Desde este diverso punto de vista, un compromiso de indemnizaciones superiores a las legales del despido colectivo que repercutiera negativamente

---

<sup>29</sup> En este sentido, Monereo Pérez, J.L.: “Concurso...”, cit., pg. 16.

<sup>30</sup> Vid. Rodríguez-Piñero, M.: “La Ley Concursal...”, cit., pg. 425.

<sup>31</sup> Vid. *in extenso*, en este sentido, Rodríguez Achútegui, E.: “Sobre el peculiar régimen indemnizatorio en los expedientes del art. 64 de la Ley Concursal”, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, nº 10, 2005.

ahondando en el desequilibrio patrimonial (actual o inminente) del deudor, en grave menoscabo de la viabilidad de la empresa y del interés de los acreedores a la satisfacción de sus créditos –principios axiales en nuestro sistema normativo concursal–, además de poder tacharse de acto lesivo contra la masa a efectos de la responsabilidad antes mencionada ex art. 36 LC, podría apreciarse como un acuerdo jurídicamente patológico por fraude de ley o abuso de derecho a efectos de que el juez mercantil lo rechace y declare su nulidad ex art. 64.7 LC<sup>32</sup>.

Sintetizando y a modo ya de corolario, hay fundamentos suficientes para concluir que la adopción de un acuerdo colectivo de indemnizaciones extintivas superiores a las legalmente tasadas, ex art. 51.8 LET, es, en principio y por lo general, jurídicamente viable en el marco del procedimiento del ERE concursal, tal y como, por otra parte, viene admitiendo mayoritariamente la doctrina de instancia de los Juzgados de lo Mercantil (JUMER)<sup>33</sup>, con la salvedad representada por la circunstancia anómala de que dicho acuerdo supusiera una carga económica excesiva y desproporcionada que agravara la situación patrimonial del empresario<sup>34</sup>, hasta el extremo de poner en peligro los objetivos de aseguramiento de la viabilidad de la empresa y de satisfacción de los acreedores indiferenciados, ambos inherentes al concurso, supuestos que justificarían el ejercicio de las facultades excepcionales conferidas legal-

---

<sup>32</sup> Vid. en este último sentido, Landa Zapirain, J.P.: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque...”, cit., pg. 49; Molero Marañón, M.L., op. cit., pg. 91.

<sup>33</sup> Admitiendo la viabilidad del pacto colectivo de incremento de la indemnización legalmente tasada para el despido colectivo en concurso, vid. el interesante Auto JUMER Álava, Vitoria-Gasteiz nº1 de 19-12-2005 (AC 2006\302). La fundamentación jurídica de la resolución del juez mercantil que homologa el acuerdo de la administración concursal con los representantes de los trabajadores (F.j. 3º), subraya que “no se percibe ningún obstáculo técnico para pactar un crédito superior al legal”, incluso cuando, como en el caso de autos, no hay liquidez para afrontar el pago de las indemnizaciones, ya que “reconocer una indemnización por despido colectivo no puede someterse a que exista potencialidad de pago, en tanto que no es asegurable, y en tanto que puede diferirse su pago sin arriesgar agresiones a los bienes y derechos de la empresa en concurso”, dado que el pago de los créditos contra la masa sólo habrá de efectuarse a través de una ejecución contra bienes de la masa activa que queda en suspenso hasta la aprobación de convenio, la apertura de la liquidación y, en su defecto, una vez transcurrido un año desde la declaración del concurso, ex art. 154.2 LC. No obstante, sorprende la advertencia final del pronunciamiento (F.j. 3º *in fine*) acerca de una eventual exigencia de responsabilidad a los administradores que otros casos podría darse por el tenor de esta suerte de acuerdos o de la impugnación de las cuentas sobre pagos de créditos contra la masa derivados de los mismo mismo, reveladora, a mi entender, de los riesgos que en todo caso engendran compromisos económicos de este tipo en contexto concursal. Este Auto fue confirmado por la STSJ País Vasco de 12-09-2006 (rec. 1393, 2006). En el mismo sentido, vid. los mas recientes, Autos JUMER Santander de 21-04-2005 (JUR 122390), JUMER nº 2 Bilbao de 19-05-2008 (autos 118,2008) y de 19-06-2008 (autos 186/2008).

<sup>34</sup> Hablar aquí de anomalía cobra todo su sentido si se tiene en cuenta que previamente a la solicitud de las medidas de reorganización laboral y al inicio de la fase de consulta-negociación, la administración concursal ya tiene un conocimiento preciso de la situación patrimonial del deudor de la que se habrá dado cuenta en el informe preceptivo a presentar previamente al inicio del procedimiento de reestructuración (art. 64.3 en relación con el art. 75.3, ambos de la LC).

mente al juez de lo mercantil de declarar mediante auto su nulidad y decidir discrecionalmente acerca de las extinciones (y las restantes medidas colectivas) solicitadas, resolviendo lo que proceda “conforme a la legislación laboral” general (art. 64.7 LC). En esta última hipótesis, aunque el tenor literal del precitado precepto parece apuntar a que el juez mercantil habría de aplicar taxativamente, respecto a las indemnizaciones que acuerde, la cuantía legal ex art. 51.8 LET, la doctrina de los JUMER se muestra flexible en lo relativo a esta cuestión, admitiendo que el juez del concurso pueda acordar indemnizaciones mayores al mínimo legal cuando haya constancia de que la administración concursal propusiera o se hubiese mostrado conforme a este incremento en la fase de consultas, aunque ésta se cerrase finalmente sin acuerdo<sup>35</sup>.

En este orden de ideas ha plantearse la repercusión que un pacto colectivo o, en otro caso, una decisión unilateral del juez mercantil de incremento indemnizatorio, habría de tener sobre las dimisiones provocadas impropias del art. 64.10 LC. La respuesta a la duda interpretativa no admite ahora matices, en el sentido de que la mejora deberá comprender a todas las extinciones que se acuerden, incluidas, por supuesto, las extinciones del art. 64.10 LC, y ello en base a varios órdenes de razones.

En efecto, en un escenario como el descrito, aparte de la exigencia de tratamiento homogéneo de las medidas extintivas objeto del expediente judicial de regulación de empleo al que se reconducen estas resoluciones, resulta de insoslayable aplicación, de nuevo aquí, el principio constitucional de igualdad de los trabajadores afectados por todas y cada una de las medidas extintivas adoptadas, es decir, los afectados por el despido colectivo concursal y los postulantes de las dimisiones provocadas impropias del art. 64.10 LC. Así las cosas, unidad de procedimiento, homogeneidad de tratamiento de todas las medidas extintivas implicadas en el ERE y, sobre todo, la efectividad del derecho fundamental de igualdad, ex art. 14 CE, no permiten otra solución que no sea la extensión de la mejora indemnizatoria pactada o acordada para el despido colectivo a las dimisiones provocadas impropias inducidas por incumplimiento de orden salarial del empresario concursado<sup>36</sup>.

#### **4. CONCLUSIONES FINALES. DUALIZACIÓN DE RÉGIMENES INDEMNIZATORIOS Y PRINCIPIO DE IGUALDAD**

Conforme a la línea argumental precedente, parece que son muchas y sólidas las razones que sustentan la tesis de la reducción del montante indemnizatorio en

---

<sup>35</sup> Vid. Autos Jumer nº 1 Valencia de 28-07-2005; Jumer nº 2 Bilbao de 1-02-2007; Jumer nº 2 Bilbao de 19-06-2008 (autos 186/2006).

<sup>36</sup> Para la tesis de extensión en el ERE estatutario de la mejora indemnizatoria a todos los trabajadores afectados por la extinción en la jurisprudencia, vid. SSTs 21-01-88 (RJ 31); 12-09-1989 (RJ 6436); STSud 31-10-2001 (RJ 9913).

las dimisiones provocadas impropias por irregularidades salariales, ex art. 64.10 LC, en el marco del concurso. Su inmersión en el universo concursal consumaría, así, una absoluta interacción de dos instituciones extintivas diversas – la dimisión provocada por incumplimiento salarial y el despido colectivo –, en contraste con la autonomía que ambas mantienen en el modelo estatutario de reestructuración de empresa, conforme a reiterada, y ahora renovada, jurisprudencia unificadora (STSud 22-12-2008).

Sin embargo, esta solución interpretativa aboca a una dualización del régimen indemnizatorio aplicable a los trabajadores que insten la resolución contractual por impago de salarios en empresas en crisis, extraconcursal o concursal, según queden afectados o no por el art. 64.10 LC: el estatutario, en el primer caso y el concursal, en el segundo, ya que, como se sabe, la jurisprudencia de unificación interpretativa del art. 50.1.b) LET sigue aferrada, a día de hoy, a un criterio objetivo según el cual la crisis empresarial no precluye la acción resolutoria, ni tiene efectos atemperadores de la responsabilidad indemnizatoria del empleador<sup>37</sup>. Se trata de una diversificación que, además de incoherente, puede resultar atentatoria del derecho constitucional del igualdad (art. 14 CE) entre las resoluciones individuales y las “colectivizadas” del concurso, al tratarse, en ambos casos, de idéntica vía extintiva, estar inducida por el mismo incumplimiento empresarial y contextualizarse, igualmente, en una crisis y reestructuración empresarial.

Así las cosas, para soslayar este indeseable tratamiento desigual sólo caben dos soluciones de signo inverso: una, la propuesta por el, ya citado, voto particular a la sentencia Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008<sup>38</sup>, esto es, la atemperación, vía interpretativa o legal, del *quantum* indemnizatorio correspondiente a las resoluciones contractuales sometidas al régimen estatutario, cuando concurra una acreditada crisis empresarial que justifique las irregularidades en el pago de los salarios; o, dos, la derogación del art. 64 de la LC y la recuperación, en contexto concursal, de la competencia de la jurisdicción social, conforme al sistema normativo estatutario, para decidir, en todo caso, sobre las demandas individuales o plurales de resolución contrato por impago de salarios que formulen los trabajadores de la empresa concursada<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> SSTSud 24-3-1992 (RJ 1870); 29-12-1994 (RJ 10522); 28-9-1998 (RJ 8533); 25-1-1999 (RJ 898). En el mismo sentido, reiterando la doctrina sentada en la sentencia anterior, vid. SSTSud 21-11-2000 (RJ 1033) F.j. 3º; 22-11-2000 (RJ 10423) F.j. 3º. Reiterando esta “doctrina objetiva” del incumplimiento empresarial para un supuesto de empresa concursada, vid. la muy reciente STSud 22-12-2008 (rec. 294/2008).

<sup>38</sup> Formulado por el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado.

<sup>39</sup> En este sentido, vid. Lillo, E.: “La jurisdicción social ante la crisis económica”, Estudios Fundación 1º Mayo, nº 12, septiembre, 2009, pg. 4-5.

# **LAS PECULIARIDADES DE LA REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS EN LAS EMPRESAS EN SITUACIÓN DE CONCURSO**

María Luisa Martín Hernández  
*Profesora Ayudante Doctora*  
Universidad de Salamanca

## ÍNDICE

1. CONCEPTO GENERAL DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS Y DE REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS
2. PRINCIPALES TIPOS DE MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS
  - 1.2. Medidas de reestructuración de plantillas previstas en la legislación laboral
  - 1.2. Medidas de reestructuración de plantillas previstas en la negociación colectiva
3. LA REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS EN EMPRESAS EN SITUACIÓN DE CONCURSO. EL RÉGIMEN DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL
  - 3.1. Presupuestos de la aplicación de la Ley Concursal
  - 3.2. Principios básicos de la Ley Concursal en relación a la adopción en la empresa de medidas que impliquen la reestructuración de plantillas
  - 3.3. Medidas de reestructuración de plantillas que deben ser autorizadas por el Juez Mercantil en las empresas concursadas.
4. La autorización judicial de medidas de reestructuración de plantillas en empresas declaradas en situación de concurso. Procedimiento

**RESUMEN:** Los objetivos principales de este trabajo son dos: el primero de ellos es el de identificar perfectamente el concepto de «reestructuración de plantillas» dentro del más general de «reestructuración de empresas» por ser el único que realmente tiene que ver con la disciplina jurídico-laboral, haciendo referencia a continuación a los principales tipos de medidas de reestructuración de personal contempladas en el ordenamiento español en la actualidad; y el segundo y principal se traduce en poner de relieve las relevantes diferencias que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ha introducido en nuestro Derecho con respecto a la adopción de las más destacadas medidas reestructuradoras de plantillas cuando la empresa en la que se toman se encuentra jurídicamente en una situación de concurso de acreedores. La peculiaridad principal es que la competencia exclusiva para poder adoptar este tipo de medidas corresponde en exclusiva al Juez Mercantil tras la tramitación de un procedimiento judicial específico.

**PALABRAS CLAVE:** reestructuración de empresas; medidas de reestructuración de plantillas; empresas en situación de concurso de acreedores; competencias del Juez de lo Mercantil en materia laboral.

## 1. CONCEPTO GENERAL DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS Y DE REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS

La reestructuración de empresas, en sentido amplio, es un concepto económico y no jurídico: supone un cambio de cierta entidad en la organización productiva que no lleva consigo, al menos en la intención de quién la emprende, la extinción o desaparición de la misma<sup>1</sup>. No obstante, no cualquier cambio organizativo en la empresa puede considerarse, en sentido estricto, una reestructuración empresarial. Para considerar que se trata de una auténtica reestructuración empresarial deben concurrir dos requisitos añadidos: el primero de ellos es que las medidas tomadas deben dar lugar a una reorganización empresarial importante y significativa, que afecte a la propia estructura de la empresa (medios financieros, instalaciones e instrumentos de trabajo, procesos de producción, recursos humanos, etc.), y no, por tanto, de un mero ajuste ordinario; y el segundo se refiere a que, obligatoriamente, la adopción de las medidas anteriores debe basarse o justificarse en necesidades

---

<sup>1</sup> En la actualidad, a las empresas se les exige cambios organizativos constantes que les permitan adaptarse adecuadamente a las permanentemente cambiantes exigencias de los mercados, cada vez más globalizados. Tal y como señala Monereo Pérez, J. L., *La conservación de la empresa en la ley Concursal. Aspectos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 20, las empresas se han convertido en organizaciones cambiantes cuyo desarrollo, y sobre todo, cuya permanencia en el mercado, depende en gran medida de la rapidez y de la adecuación con la que puedan adaptarse a las notables variaciones de un entorno económico dinámico, complejo y particularmente inestable.

económicas, organizativas o de funcionamiento de la empresa, las cuales en todo caso deben ser reales y objetivas.

La reestructuración empresarial se traduce (o puede traducirse) en la adopción de medidas de muy distinto tipo (económicas, laborales, formativas, de protección social, etc.), encaminadas directamente, o bien solucionar situaciones de crisis económica de la empresa, o bien mejorar su eficiencia productiva y su competitividad en el mercado.

Las reestructuraciones empresariales, además de producir diversos tipos de consecuencias sobre los distintos factores productivos, provocan (pueden y suelen provocar) efectos sobre el empleo y sobre las condiciones de trabajo de los trabajadores. Los cambios organizativos que afectan directamente a los trabajadores y/o a sus condiciones de empleo y de trabajo es lo que se denomina, en particular, «*reestructuración de plantillas*». Por tanto, dado que no todas las reestructuraciones empresariales se traducen en medidas que afectan a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores de la empresa, no todas las reestructuraciones empresariales dan lugar a reestructuraciones de plantillas.

A efectos laborales, es claro que sólo nos interesan las reestructuraciones de plantillas, es decir, aquellas reestructuraciones empresariales que, como se ha dicho, producen efectos sobre los trabajadores de la empresa y que pueden llegar, incluso, a producir la extinción (total o parcial) de los contratos de trabajo vigentes en ella hasta el momento.

Desde una perspectiva estrictamente laboral, se pueden dar dos conceptos distintos de «*reestructuración de plantillas*»: uno amplio y otro estricto.

En un sentido amplio, se considera que nos encontramos ante una reestructuración de plantillas siempre que el empresario, con el fin de solucionar o de prevenir una crisis de su empresa o de mejorar la eficiencia y competitividad de la misma, adopte medidas, sea cual sea su naturaleza, que produzcan efectos relevantes sobre alguna o algunas de las condiciones de empleo de sus trabajadores.

En cambio, en un sentido estricto, sólo se engloban en el concepto de reestructuración de plantillas las medidas adoptadas por el empresario con el fin de solucionar o de prevenir una crisis de su empresa o de mejorar la eficiencia y competitividad de la misma que se materialicen en un cese, temporal o definitivo, total o parcial, de la relación de trabajo de varios trabajadores (extinción o suspensión de varios contratos de trabajo).

De la asunción de un concepto amplio o estricto de reestructuración de plantillas dependerá la consideración o no como medidas reestructuradoras de algunos mecanismos previstos por el ordenamiento laboral que permiten al empresario alterar de manera altamente significativa las condiciones de trabajo de sus trabajadores con el fin de poder adaptarse de la mejor manera posible a las circunstancias particulares en las que en cada momento se encuentra la empresa, fundamentalmente a su situación económico-financiera.

Las medidas que en todo caso y de forma unánime se consideran como medidas de reestructuración de plantillas son aquéllas que permiten al empresario la suspensión y la extinción de uno o varios contratos de trabajo, con fundamento en la efectiva concurrencia de una serie de causas que tienen que ver con el propio funcionamiento de la empresa (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), y con la situación económico-financiera en la que, como consecuencia de ello, se encuentra.

## **2. PRINCIPALES TIPOS DE MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS**

Si se asume un concepto amplio de reestructuración de plantillas, los principales tipos de medidas de índole laboral que, según el ordenamiento jurídico vigente, se pueden adoptar en las empresas para hacer frente a situaciones de crisis económica, financiera u organizativa, serían bastante numerosas, y se podrían clasificar del modo siguiente:

1. Medidas de reestructuración de plantillas previstas en la legislación laboral:
  - a) Medidas que afectan a los niveles de empleo en la empresa: tendentes a reducir el número de trabajadores empleados en la empresa de forma definitiva o temporal.
  - b) Medidas que afectan a las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa pero que, en todo caso, permiten el mantenimiento del empleo.
2. Medidas de reestructuración de plantillas previstas en la negociación colectiva.

### **2.1. Medidas de reestructuración de plantillas previstas en la legislación laboral**

Pueden ser de dos grandes tipos en función de si las mismas dan lugar o no al cese definitivo de los vínculos jurídico-laborales de varios trabajadores de la empresa: medidas «*extintivas*» y medidas «*no extintivas*». Es obvio que las reestructuraciones de plantillas pueden traducirse en la adopción simultánea o sucesiva de ambos tipos de medidas.

- a) Medidas de reestructuración de plantillas que sí afectan a los niveles de empleo en la empresa, o lo que es lo mismo, medidas reestructuradoras «*extintivas*»: se materializan siempre en decisiones empresariales de despido.

- Recurso al despido improcedente (por falta de causa legitimadora). Las sucesivas reformas laborales han ido facilitando progresivamente los despidos sin causa, bien reduciendo su coste, por ejemplo, a través del posible ahorro de los salarios de tramitación si el empresario reconoce expresamente su improcedencia dentro de unos plazos determinados y deposita judicialmente el importe de la indemnización correspondiente.
- Despidos por motivos relacionados con el interés de la empresa, también denominados, despidos económicos: despidos por causas objetivas, plurales y colectivos, en función del número de trabajadores afectados en relación a la plantilla total de la empresa.
- Otras figuras extintivas: bajas incentivadas; prejubilaciones; incentivos a la jubilación; jubilaciones forzosas pactadas en convenio colectivo.

b) Medidas de reestructuración de plantillas que no afectan a los niveles de empleo en la empresa, es decir, medidas reestructuradoras «no extintivas»: a diferencia de las anteriores, se trata de medidas de reestructuración de plantillas que afectan a las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa pero que, en todo caso, permiten la conservación de los niveles de empleo en ella. En el Derecho español actual, las más importantes medidas de reestructuración de plantillas que permiten mantener los niveles de empleo en la organización empresarial serían las siguientes: la modificación sustancial de condiciones de trabajo<sup>2</sup>; la movilidad geográfica; la movilidad funcional extraordinaria o vertical; la aplicación de la «cláusula de descuelgue salarial»; y la jubilación parcial.

---

<sup>2</sup> Tal y como pone de manifiesto Esteve Segarra, A., “La modificación sustancial de condiciones de trabajo por causas económicas: problema de enjuiciamiento”, en AAVV (Beltrán Aleu M. A. Dir.), *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*, Estudios de Derecho Judicial núm. 88, Centro de Documentación general del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 204 “En el objetivo de propiciar métodos flexibles de adaptación de los recursos humanos, la posibilidad reconocida al empresario de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo ocupa un lugar preponderante. En un contexto de reajuste empresarial continuo, donde se exige de las empresas una gran capacidad de adaptación a las cambiantes condiciones económicas, a las necesidades del mercado y a las exigencias de la competencia, la existencia de mecanismos en el ordenamiento jurídico que posibiliten estos ajustes resulta inquestionable [...] Es más, la modificación sustancial ha funcionado en no pocas ocasiones como alternativa a la reducción de plantilla. Desde esta perspectiva, la modificación de condiciones de trabajo ha aparecido como un elemento de flexibilidad interna mucho menos lesivo y gravoso para los intereses de los trabajadores que la flexibilidad externa, donde las decisiones empresariales suponen la pérdida de empleo. De este modo, las modificaciones de condiciones de trabajo se han contemplado como un mecanismo para preservar la estabilidad en el empleo de los trabajadores. Ello ha influido en el diseño del régimen jurídico de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, en particular en la exigencia de causalidad, menos acentuada, que para los despidos u otras decisiones empresariales”.

## 2.2. Medidas de reestructuración de plantillas previstas en la negociación colectiva

Además de las medidas previstas en la legislación laboral que cabe considerar como medidas de reestructuración de empresas porque permiten al empresario, en el ejercicio de su libertad de empresa, hacer frente a las dificultades económico-financieras y/u organizativas que afectan a sus respectivas organizaciones productivas, es posible que el empresario, con la misma finalidad, pueda recurrir también a otra serie de medidas reestructuradoras de carácter laboral diferentes a las legales si así se encuentran previstas en el convenio colectivo que resulte de aplicación. A través de la negociación colectiva se pueden prever posibles medidas de reestructuración de plantillas adicionales a las de naturaleza estrictamente legal. Las medidas de reestructuración de plantillas de origen convencional pueden ser muy diversas. Sin pretender hacer un elenco exhaustivo de las mismas, cabe señalar como las más habituales, las siguientes: la instauración de «*procedimientos privados de regulación de empleo*»; la consagración de los llamados «*pluses de antigüedad*»; el establecimiento de una «*doble escala salarial*»; la previsión de períodos de prueba de duración superior a la legal; y la reglamentación por convenio colectivo de los contratos de trabajo temporales con el fin de adaptarlos a las necesidades concretas de la empresa.

El recurso a cada una de todas estas posibles medidas de reestructuración de plantillas que pueden ser utilizadas en las empresas en aquellas situaciones en que sea necesario para hacer frente a una situación de crisis, o simplemente para mejorar su organización y su posición competitiva en los mercados, ya tengan un origen legal o convencional, deberá hacerse en los específicos términos previstos para cada una de ellas en su respectiva normativa reguladora. Sin embargo, la posible adopción de algunas de estas medidas de reestructuración de plantillas está sometida en la actualidad en el Derecho español a un «*doble*» régimen jurídico, dependiendo de si la empresa en la que se quieren adoptar se encuentra o no en una situación de concurso de acreedores (es insolvente). Así es en virtud de la aprobación y entrada en vigor de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio).

En efecto, la Ley Concursal somete a un régimen específico, parcialmente diferenciado del laboral común, la adopción, exclusivamente, de las siguientes medidas de reestructuración de plantillas:

- a) La modificación sustancial de condiciones de trabajo.
- b) La suspensión de contratos de trabajo.
- c) Las extinciones colectivas.

Cómo puede apreciarse, los tres supuestos se refieren a medidas de reestructuración de plantillas que cuentan con un reconocimiento y una reglamentación legal, sin perjuicio de que a través de la negociación colectiva se puedan mejorar y/o adaptar algunos aspectos de dicha regulación.

La primera conclusión que se puede obtener de las consideraciones expuestas hasta el momento es que la Ley Concursal asume un concepto más bien restringido de reestructuración de plantillas, ya que no establece la obligación de someter a un procedimiento específico todas las medidas de reestructuración de plantillas cuando la empresa se encuentre en situación de concurso, sino exclusivamente respecto a aquellas que la propia Ley determina y que coinciden, justamente, con aquéllas que producen unas consecuencias más graves sobre los trabajadores afectados.

### **3. LA REESTRUCTURACIÓN DE PLANTILLAS EN EMPRESAS EN SITUACIÓN DE CONCURSO. EL RÉGIMEN DE LA LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL**

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC) –modificada recientemente de forma parcial por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica– ha establecido que, en determinados supuestos, las medidas de reestructuración de plantillas que consisten, en particular, en una modificación sustancial de condiciones de trabajo, en una suspensión de contratos de trabajo, y/o en extinciones colectivas de las relaciones laborales, han de adoptarse en las empresas de acuerdo a lo establecido expresamente en ella, concretamente en su art. 64, y no ya conforme al régimen laboral común<sup>3</sup>.

#### **3.1. Presupuestos de la aplicación de la Ley Concursal**

Los presupuestos para que resulte aplicable la específica regulación contenida en la Ley Concursal son los dos siguientes:

1. Que la empresa se encuentre en situación de concurso de acreedores, lo cual, a tenor de la propia LC, se produce cuando concurren dos circunstancias simultáneamente:

- a) Insolvencia empresarial: se produce cuando el estado patrimonial de la empresa le impide cumplir regular y puntualmente todas sus obligaciones exigibles respecto a sus acreedores (sea por insuficiencia de su patrimonio, sea por iliquidez).
- b) Se ha iniciado un procedimiento judicial de concurso ante el Juez Mer-

---

<sup>3</sup> *Vid.* con carácter general, Albiol Montesinos, I., *Aspectos laborales de la Ley Concursal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

cantil. La declaración de la situación de concurso sólo puede ser solicitada o por el propio empresario deudor (concurso voluntario) o por sus acreedores (concurso necesario).

2. Que las medidas de reestructuración de plantillas que se pretenden adoptar en las empresas concursadas sean en concreto, tal y como se ha adelantado ya, la modificación sustancial de condiciones de trabajo o la suspensión o extinción colectivas de las relaciones de trabajo. Por tanto, no cualquier medida que suponga una reestructuración de personal en las empresas en situación de concurso deberá tramitarse a través de un procedimiento específico y distinto del general previsto en la legislación laboral común, sino, única y exclusivamente, las tres medidas reestructuradoras anteriormente mencionadas. En definitiva, tan sólo las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de suspensión y de extinción colectivas de las relaciones de trabajo deberán someterse, cuando se pretenda su adopción en empresas concursadas, al régimen específico consagrado en el art. 64 LC y no ya al previsto en la normativa laboral común (el contenido en los arts. 41, 47 y 51 del ET y en el RD 43/1996 de 19 de enero, sobre expedientes de regulación de empleo).

### **3.2. Principios básicos de la Ley Concursal en relación a la adopción en la empresa de medidas que impliquen la reestructuración de plantillas**

La Ley Concursal, al regular el específico régimen de adopción de las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de suspensión y de extinción colectiva de relaciones de trabajo en aquellas empresas que se encuentren jurídicamente en situación de concurso de acreedores, consagra una serie de principios básicos inspiradores y guía de toda su regulación en la materia, los cuales, al mismo tiempo, sirven para poner de manifiesto las principales diferencias de dicha regulación respecto a la establecida con carácter general en la legislación laboral. Estos principios básicos son fundamentalmente los siguientes:

a) La conservación, siempre que la situación lo permita, de la organización empresarial y de los niveles de empleo en la misma: aunque la finalidad inmediata expresamente declarada de la LC (Exposición de Motivos) es conseguir la adecuada satisfacción de todos los acreedores del empresario insolvente (satisfacción de un interés estrictamente privado), de su articulado (art. 44.1) se deduce que su finalidad es también, *siempre que sea posible*, y además de lo anterior, la de mantener el funcionamiento y la actividad productiva de la empresa y, en consecuencia, la conservación del empleo en la misma<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> *Vid.*, en el mismo sentido, García-Perrote Escartín I. y Muschi Loayza F., “Medidas laborales en situaciones concursales”, en AAVV (Sempere Navarro A. V. Dir.), *Medidas laborales para empresas en crisis*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pág. 400. Por su parte, Bataller Grau, J., “El concepto jurí-

Que el mantenimiento dentro de lo posible de la empresa constituye uno de los objetivos de la LC se pone de manifiesto en el hecho de que en ella misma se establece que la declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional del deudor, sin perjuicio de los posibles efectos que dicha declaración llegue a producir sobre las facultades patrimoniales de éste<sup>5</sup>.

No cabe duda que la decidida opción legal por la conservación de la organización empresarial y del empleo dentro de la misma constituye la mejor forma de poder conseguir satisfacer adecuadamente los intereses privados de todos y cada uno de los acreedores del empresario deudor. Y además, permite también dar satisfacción a los intereses de otros sujetos distintos de los acreedores también muy importantes: de los trabajadores de la empresa y los intereses generales relativos al mantenimiento de empleo, al desarrollo económico de la zona donde la empresa está ubicada, etc.

b) La centralidad de la competencia judicial de control: es al Juez Mercantil<sup>6</sup> a quien corresponde en exclusiva decidir si, a tenor de las específicas circunstan-

---

dico de la crisis de la empresa”, en AAVV (Beltrán Aleu M. A. Dir.), *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*, Estudios de Derecho Judicial núm. 88, Centro de Documentación general del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, págs. 16-17, señala: “Ausente en la exposición de Motivos una declaración programática sobre los fines del concurso que facilitaría la interpretación de su articulado, al menos se ha explicitado su función principal: la satisfacción de los intereses crediticios afectados por la crisis. Se supera así la concepción del concurso como procedimiento para alcanzar el restablecimiento del equilibrio financiero-patrimonial. Ciertamente, la Ley Concursal establece mecanismos que fomentan el convenio como modo de finalización del concurso. Ahora bien, la opción por la vía conservativa frente a la liquidativa se fundamenta en la constatación de que es precisamente el convenio la mejor forma de satisfacer los intereses de los acreedores. En fin, el concurso no persigue solventar las crisis empresariales en aras al reiterado principio de conservación de la empresa, sino colectivizar entre los acreedores la impotencia del deudor para asumir sus obligaciones, y en tanto sea posible, manteniendo la empresa por ser ésta la mejor forma de que los acreedores vean satisfechos sus legítimos derechos crediticios (PULGAR) [...] Asimismo, tampoco debe obviarse la trascendencia del principio de libertad de empresa reconocido en el art. 38 de la Constitución española. A nuestro juicio, la regulación concursal ha de establecer un enramado institucional que preserve los derechos de los acreedores, pero sin mermar el derecho de todo empresario a finalizar su actividad económica. Libertad de empresa que no empece la exigencia de ordenada salida del empresario del mercado, pero tampoco puede ser subvertida por el principio de conservación de la empresa, aunque esta última opción pueda convenir más a los acreedores”.

<sup>5</sup> Así pues, con carácter general, la declaración de concurso no interrumpe la actividad empresarial (o profesional) que viniera ejerciendo hasta el momento el empresario deudor. Como excepción, el art. 44.4 de la LC prevé que el Juez Mercantil, a solicitud de la Administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores pueda acordar mediante auto “el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciere una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial de ésta”.

<sup>6</sup> Responde claramente al principio de «unidad legal» que, conforme a la exposición de Motivos de la Ley Concursal, inspira su regulación, y que persigue que en un mismo cuerpo legislativo se regulen tanto los aspectos sustantivos como los procesales. *Vid.* Bataller Grau, J., “El concepto jurídico de la crisis de la empresa”, en AAVV (Beltrán Aleu M. A. Dir.), *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, pág. 15.

cias concurrentes en cada caso, resulta o no adecuado tomar las medidas de reestructuración de plantillas consistentes, en particular, en una modificación sustancial de condiciones de trabajo, en una suspensión de las relaciones laborales o en una extinción colectiva, en las empresas declaradas en concurso (art. 8.2 y 9 LC)<sup>7</sup>.

Por tanto, en los supuestos de empresas en situación de concurso, se mantiene el control público previo de las medidas reestructuradoras que incidan sobre el empleo, pero se atribuye al Juez Mercantil el papel que la normativa laboral común atribuye a la Autoridad laboral o al propio empresario:

- Corresponde al Juez Mercantil y no a la Autoridad laboral autorizar la suspensión y la extinción colectiva de los contratos de trabajo en las empresas concursadas. En situación de concurso, la Autoridad laboral pierde casi todas sus competencias: su papel se limita a elaborar el informe que le recaba el Juez del concurso<sup>8</sup>.
- Compete al Juez Mercantil y no al empresario tomar la decisión de modificar sustancialmente las condiciones de trabajo.

El Juez Mercantil sólo podrá decidir la adopción de este tipo de medidas siguiendo el procedimiento específico regulado en el art. 64 LC. El auto a través de que aquél tome su decisión sobre una o varias de las tres específicas medidas de reestructuración de plantillas señaladas, es susceptible de recurso de suplicación ante el orden social de la jurisdicción (Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia).

---

<sup>7</sup> Existe una excepción a esta regla general: la suspensión y la extinción de los contratos de trabajo del personal de alta dirección durante la tramitación del concurso no corresponden al Juez Mercantil y, en consecuencia, no se deben adoptar en el seno del incidente concursal laboral conforme a los requisitos establecidos en el art. 64 LC. La competencia en este caso corresponde a la Administración concursal, ya sea por propia iniciativa o a iniciativa del empresario concursado. El Juez del Concurso tan sólo podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo en caso de extinción de su contrato de trabajo, pudiendo dejar sin efecto la que en su caso se hubiera pactado en el mismo, pero sin que en ningún caso la indemnización concedida al alto directivo pueda ser inferior a la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo.

<sup>8</sup> García-Perrote Escartín, I. y Muschi Loayza, F., “Medidas laborales en situaciones concursales”, *op. cit.*, pág. 402, expresan que “La encomienda al Juez mercantil de competencias que en situaciones de no concurso corresponden a la autoridad laboral hace ver, bien a las claras, que la actividad que despliega al efecto el Juez mercantil va más allá de lo que es una actividad jurisdiccional al uso o en sentido estricto, realizando una función «multifacética», siendo incluso dudoso que se trate en rigor de un proceso”. Una opinión similar es la manifestada por otros muchos autores, entre ellos: Cruz Villalón, J., “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”, *Relaciones Laborales*, núms. 23-24, 2003, especial monográfico sobre *La reforma concursal*, pág. 118; y Moliner Tamborero, G., “Las competencias del Juez Mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal”, AAVV (García-Perrote Escartín, I. Coord.), *La reforma concursal. Aspectos Laborales y de Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 68.

c) El Juez Mercantil deberá tomar su decisión sobre la modificación, suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales en una empresa concursada aplicando la regulación especial expresamente prevista en la propia LC (art. 57 bis ET), pero, al mismo tiempo, se establece que la legislación laboral común aplicable a estas instituciones actuará como supletoria de esa legislación especial (arts. 8.2 y 64.11 LC).

Esta regla de supletoriedad de la legislación laboral común sobre las reestructuraciones de plantillas resulta especialmente importante por dos motivos:

- Servirá para rellenar las posibles lagunas que sobre esta materia contenga la LC.
- La legislación laboral común deberá ser utilizada como instrumento interpretativo de la legislación concursal en esta materia relativa a la adopción de las medidas de reestructuración de plantillas que, *a priori*, más afectan a los intereses de los trabajadores.

d) Se respetan totalmente las competencias que la normativa laboral atribuye a los representantes de los trabajadores en la empresa en los supuestos de modificaciones, suspensiones y extinciones colectivas de los contratos de trabajo.

Estos representantes de los trabajadores, durante el procedimiento específicamente establecido para poder llevar a cabo reestructuraciones de plantilla, preservan las mismas competencias (e incluso más) que las les corresponde ejercer cuando las medidas reestructuradoras se adoptan en una empresa no concursada.

e) La LC ha modificado radicalmente el régimen anterior respecto al procedimiento utilizable para tomar las principales medidas de reestructuración de plantillas en el supuesto de que la empresa se encuentre en situación de insolvencia y, como consecuencia de ello, se haya iniciado un procedimiento para satisfacer los créditos de sus diversos acreedores.

La LC procede a regular por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el impacto de las situaciones concursales sobre las relaciones laborales a través de una norma básicamente mercantil y procesal común. Con anterioridad, en el Derecho español no se preveía ningún procedimiento especial para adoptar medidas de reestructuración de plantillas de ningún tipo cuando las empresas, como consecuencia de su situación de insolvencia o iliquidez, se encontraran incursas en un procedimiento de quiebra o de concurso de acreedores. Es decir, hasta la entrada en vigor de la LC existía un único procedimiento común de naturaleza laboral, aplicable a todas las situaciones en las que, por causas económicas o productivas, la empresa se enfrentara a la necesidad de abordar una estructuración empresarial, con independencia de que ello comportara o no una situación de quiebra o de suspensión de pagos.

La LC derogó el art. 51.10 ET y lo sustituyó por una regulación en la que introdujo importantes novedades en esta materia. Incorporó un nuevo artículo en el

ET, el art. 57 bis, que expresamente se remite a la LC respecto a las «*especialidades*» previstas en ella para los principales supuestos de regulación de empleo que se produzcan en una empresa en situación de concurso de acreedores: modificación.

El nuevo régimen establecido en la LC formalmente excluye la aplicación del régimen laboral común, pero es claro que, desde un punto de vista material, lo toma como clara e inmediata referencia, hasta el punto de que, como se ha dicho, se declara expresamente que la legislación laboral actúa como supletoria de la regulación concursal.

En realidad, la referencia básica de la LC es el art. 51 ET (el régimen aplicable en concreto a los despidos colectivos), lo que ha provocado algunos problemas aplicativos respecto a los otros dos tipos de medidas a los que resulta igualmente aplicable: modificaciones sustanciales y suspensiones contractuales e, incluso, respecto a las extinciones colectivas en los supuestos en que son promovidas directamente por los propios trabajadores de forma individual.

Las novedades introducidas por la LC han sido principalmente tres:

- Una vez iniciado el procedimiento judicial de concurso, corresponde al Juez Mercantil y no a la Administración concursal (lo que en la legislación anterior se denominaban síndicos) decidir sobre si la empresa cesa o no en su actividad productiva.
- Decida el Juez Mercantil cesar o no la actividad empresarial, le corresponde a él en todo caso autorizar, previa solicitud de los sujetos legitimados, las principales medidas de reestructuración de empresas (modificación sustancial, suspensión y extinciones colectiva), para lo cual debe seguir en todo caso el procedimiento especial establecido en el art. 64 LC y no el procedimiento general establecido en la legislación laboral (arts. 41, 47 y 51 ET y RD 43/1996). En la versión original de la LC (art. 64.1), la solicitud de estas medidas podía realizarse una vez presentada ante el Juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso; en cambio, el recientemente aprobado Real Decreto-ley 3/2009 ha modificado este extremo y, a partir del mismo, la solicitud de este tipo medidas reestructuradoras únicamente podrá efectuarse «*una vez declarado el concurso*».
- La decisión judicial de que la empresa cese en su actividad, total o parcialmente, no implica automáticamente que el Juez Mercantil deba autorizar también en todo caso las concretas medidas de reestructuración de plantillas solicitadas. Su decisión debe ser el resultado del cumplimiento escrupuloso de todos los trámites previstos en el art. 64 LC.

### 3.3. Medidas de reestructuración de plantillas que deben ser autorizadas por el Juez Mercantil en las empresas concursadas

En situaciones de concurso, la competencia de Juez Mercantil en materia de reestructuración de plantillas se extiende a todo tipo de empresas –salvo en las instituciones y organismos públicos regidos por el Derecho Administrativo–, pero como ha quedado ya apuntado, no a todos los tipos de medidas laborales que se pueden incluir dentro del concepto de reestructuración de plantillas, sino única y exclusivamente a los siguientes tipos específicos:

a) A las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter *colectivo* (no a las individuales)<sup>9</sup>. Se plantean dudas sobre si se deben incluir o no los traslados colectivos<sup>10</sup>.

b) A las suspensiones de contratos de trabajo, tanto *individuales* como *colectivas*, fundamentadas en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Aunque la redacción de la LC no es clara, la interpretación mayoritaria es que no se limita a las suspensiones colectivas porque el espíritu de la LC es asignar al Juez Mercantil todas las funciones que en estas materias la legislación laboral común atribuye a la Autoridad laboral<sup>11</sup>.

c) A las extinciones *colectivas*, que, a su vez, comprende varios supuestos distintos:

- Los *despidos colectivos* (art. 51 ET). No se aplica, por tanto, a los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

---

<sup>9</sup> Vid. Esteve Segarra, A., “La modificación sustancial de condiciones de trabajo por causas económicas: problema de enjuiciamiento”, en AAVV (Beltrán Aleu M. A. Dir.), *Crisis de empresa y Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, págs. 238 a 243.

<sup>10</sup> Un tratamiento amplio de esta cuestión puede verse en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R., “Modificación de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales”, *Relaciones Laborales*, núms., 23-24, 2003, especial monográfico sobre *La reforma concursal*, págs. 77 y ss. Contrarios a la posibilidad de que el Juez del concurso pueda adoptar modificaciones individuales se muestran, entre otros, Ríos Salmerón, B., “La nueva Ley Concursal y los trabajadores”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2004, pág. 144, y Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T., “Aspectos laborales de la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio”, en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), 2004.

<sup>11</sup> En el mismo sentido, García-Perrote Escartín I. y Muschi Loayza F., “Medidas laborales en situaciones concursales”, *op. cit.*, págs. 403-404 y de nuevo en la pág. 406; y también Ríos Salmerón, B., “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”, *Actualidad Laboral*, núm. 21, 2003, pág. 367. En contra se manifiestan Desdentado, A. y Orellana, N., *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas*, Bomarzo, Albacete, págs. 119-120, que sostienen, aunque son conscientes de los problemas técnico-jurídicos que plantea, que sólo las suspensiones que superen los umbrales del art. 51 ET deberían ser aprobadas por el Juez Mercantil, debiendo serlo las restantes por la Autoridad laboral.

*plurales*, ya que en los mismos, conforme a la legislación laboral común, no interviene la Autoridad laboral<sup>12</sup>.

- Las resoluciones contractuales planteadas judicialmente de forma individual por los trabajadores de la empresa con fundamento en el art. 50.1 b) ET, cuando el número de las planteadas desde la declaración del concurso supere los umbrales siguientes (art. 64.10 LC): diez trabajadores en empresas con una plantilla de hasta cien empleados; el diez por ciento de los trabajadores en empresas con una plantilla de entre cien y trescientos empleados; o el veinticinco por ciento de los trabajadores en empresas que cuenten con más de trescientos empleados. La extensión aplicativa del específico procedimiento contemplado en la LC a este tipo de acciones extintivas planteadas con carácter individual se explica porque dan lugar a una acumulación de peticiones que ostenta una clara dimensión colectiva. No obstante, se plantean problemas de aplicación práctica de la legislación concursal a este concreto supuesto, sobre todo porque el procedimiento del art. 64 LC se encuentra basado exclusivamente en el art. 51 ET<sup>13</sup>.

### **3.4. La autorización judicial de medidas de reestructuración de plantillas en empresas declaradas en situación de concurso Procedimiento**

Como regla general, la autorización por el Juez Mercantil de las específicas medidas de reestructuración de plantillas aludidas en la propia LC debe ser el resultado final del específico procedimiento establecido en el art. 64 LC, el cual debe desarrollarse en el seno del procedimiento concursal. Se trata, así pues, de un procedimiento judicial.

---

<sup>12</sup> Obviamente, tampoco resulta aplicable a los despidos disciplinarios que puedan ser efectuados por el deudor o, en su caso, la Administración concursal. Así lo ha declarado expresamente, entre otras, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 1 de junio de 2005.

<sup>13</sup> *Vid.* García-Perrote Escartín I. y Muschi Loayza F., “Medidas laborales en situaciones concursales”, *op. cit.*, pág. 408, que, citando a Desdentado Bonete, A., en “La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación”, Relaciones Laborales, núms. 23-24, 2003, especial monográfico sobre *La reforma concursal*, pág. 31, nota al pie núm. 15, exponen que “Quizás se ha querido dificultar en caso de concurso una «estrategia típica» en supuestos de crisis empresariales, consistente en que los trabajadores directivos «con mejor información sobre la situación financiera de la empresa» procedían a resolver sus contratos por la vía del art. 50 ET, adelantándose así a inminentes expedientes de regulación de empleo, consiguiendo «indemnizaciones más altas» y una satisfacción completa de sus créditos por la vía de la ejecución separada”. Estos autores, en las págs. 409-410, ponen de relieve igualmente las dificultades de aplicar el procedimiento previsto en el art. 64 LC a este tipo de acciones resolutorias individuales.

Conforme a lo dispuesto en el art. 64 ET, el procedimiento de autorización de las medidas reestructuradoras en una empresa en situación de concurso debe someterse a las siguientes reglas:

**a) Legitimación:** los sujetos legitimados para solicitar al Juez Mercantil autorización para tomar este tipo de medidas laborales son:

- La Administración concursal.
- El empresario concursado (el deudor).
- Los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales.

**b) Momento de la solicitud:**

La regla general es la de que la solicitud debe efectuarse una vez que la Administración concursal haya presentado el informe que debe elaborar y proporcionar al Juez Mercantil (tiene un plazo de dos meses desde el momento de la aceptación de dos de sus miembros). No obstante, se admite una excepción: cuando se estime que la demora en la aplicación de las medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de suspensión o de extinción colectiva *“pueda comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores”*<sup>14</sup> y se consiga acreditar tal posibilidad, la solicitud al Juez del Concurso de las medidas podrá realizarse en cualquier momento procesal desde la presentación de la declaración de concurso.

**c) Justificación y contenido de la solicitud de la autorización para la adopción de las medidas reestructuradoras** (art. 64.4 LC):

La solicitud debe exponer:

- Las causas que motivan las medidas pretendidas.
- Los objetivos concretos que se proponen alcanzar con las medidas solicitadas, que en todo caso tienen que estar relacionados con asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

---

<sup>14</sup> En la redacción inicial del art. 64.3 LC, la posibilidad excepcional de poder solicitar anticipadamente (desde el momento de la declaración judicial del concurso) este tipo de medidas de reestructuración de personal se limitaba al supuesto de que la no adopción de las mismas pudiera comprometer la viabilidad futura de la empresa. El Real Decreto-ley 3/2009 ha extendido dicha posibilidad a dos supuestos más de naturaleza estrictamente laboral: a cuando el retraso en la adopción de dichas medidas pueda perjudicar gravemente los niveles de empleo en la empresa, y/o a cuando tal retraso pueda causar, con carácter general, *“un grave perjuicio a los intereses de los trabajadores”*. No cabe duda de que la reciente reforma legal a este respecto facilita en gran medida la posible solicitud de estas concretas medidas reestructuradoras desde el mismo momento de la declaración de la situación de concurso. En todo caso, lo que si exige la ley es que tales perjuicios queden afectivamente acreditados en el momento de realizar la solicitud de las mismas.

A la solicitud se deben acompañar los documentos necesarios para acreditar los extremos anteriores. Con carácter general, no se especifican cuáles deben ser los documentos que, en particular, se deben aportar pero, dado que la legislación laboral común actúa como supletoria, debe interpretarse que a este respecto resultan aplicables los arts. 6 y 7, y, en su caso, el art. 20 b), del RD 43/1996. Además, se establece una exigencia particular para las empresas de más de 50 trabajadores: la solicitud debe ir acompañada de un «*plan social de viabilidad*» en el que se contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y el empleo. Esta exigencia se aplica a sean cuales sean las medidas reestructuradoras solicitadas —no se limita a los supuestos en que se pida la extinción—.

No obstante, el Juez del concurso, para decidir si autoriza o no alguna de las medidas reestructuradoras solicitadas, deberá tener en cuenta, sobre todo, el informe que, como regla general, debe haber emitido previamente la Administración Concursal, salvo que la solicitud se haya presentado antes de la emisión de este informe por parte de la Administración concursal, en cuyo caso resulta absolutamente necesario acreditar por los solicitantes que si las concretas medidas reestructuradoras demandadas no se adoptan inmediatamente, la viabilidad futura de la empresa podrá quedar gravemente comprometida (art. 64. 3LC). Puesto que la posibilidad de presentar la solicitud de las medidas antes de que la Administración concursal haya emitido su informe sobre la situación de la empresa constituye una excepción, la acreditación de los graves riesgos para la viabilidad futura de la empresa y del empleo es más exigente.

Hay que tener en cuenta que el Juez Mercantil dispondrá ya de una información sobre la situación de la empresa mucho más amplia y detallada que aquella con la que podrá contar la Autoridad laboral en el régimen laboral común, y de la que, en su caso, pueda conocer el Juez de lo Social o del orden contencioso-administrativo. Aunque este hecho parecería poder justificar una menor exigencia en la documentación que deben aportar los solicitantes, sin embargo, no es así dado que esa documentación constituye el instrumento clave para el necesario desarrollo del trámite posterior de consulta entre la Administración concursal y los representantes de los trabajadores en la empresa.

Si la solicitud de adopción de las medidas reestructuradoras ha sido formulada por el empresario deudor o por la Administración concursal, el Juez Mercantil deberá entregar una copia de toda la documentación que aporten a la solicitud a los representantes de los trabajadores en la empresa en el momento de comunicarles la apertura del período de consultas (posterior a la solicitud).

#### **d) Período de consultas entre la Administración concursal y los representantes de los trabajadores en la empresa.**

Tras recibir la solicitud de las medidas (no simultáneamente), el Juez Mercantil debe convocar a los representantes de los trabajadores y a la Administración concursal a un *período de consultas*.

- Duración: en general, treinta días naturales como máximo; y en empresas de menos de cincuenta trabajadores, quince días naturales como máximo.
- Partes: como ha quedado dicho, las partes intervinientes en el período de consultas son la Administración concursal y los representantes de los trabajadores<sup>15</sup>. El empresario deudor no interviene en el período de consultas con los representantes de los trabajadores ya que es sustituido en todo caso por la Administración concursal. El empresario no puede intervenir ni siquiera cuando ha sido el sujeto que ha solicitado la adopción de las medidas reestructuradoras con el fin de garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en ella.

Por otro lado, conviene advertir sobre las dificultades que se pueden plantear cuando en la empresa no existen representantes de los trabajadores. Ante el silencio legal sobre tal hipótesis, la doctrina ha propuesto dos posibles vías de solución: la primera sería promover y realizar una elección de representantes conforme a lo dispuesto en el Título II del ET; y la segunda consistiría en la designación de los representantes «*ad hoc*» contemplados en el art. 4 del Real Decreto 43/1996. Pero dado que ambas propuestas pueden llegar a dar lugar a significativos retrasos en la adopción de la medida reestructuradora de que en cada caso se trate, la jurisprudencia mercantil ha aceptado la posibilidad de que en tal hipótesis, el período de consultas se lleve a cabo directamente con las organizaciones sindicales<sup>16</sup>.

- Objetivo del período de consultas: llegar a un acuerdo tras un proceso de negociación entre ambas partes conforme a las reglas de la buena fe. Llegar a un acuerdo no es obligatorio: sólo será posible si existe conformidad de la mayoría de los miembros del Comité o Comités de Empresa, de los Delegados de Personal o de las representaciones sindicales si las hubiere, siempre que éstas representen a la mayoría de los trabajadores (exactamente igual que en la legislación laboral común).
- Finalización del período de consultas: el período de consultas puede finalizar, o con acuerdo entre las partes, o sin acuerdo entre ellas.

---

<sup>15</sup> Vid. García-Perrote Escartín I. y Muschi Loayza F., “Medidas laborales en situaciones concursales”, *op. cit.*, pág. 418, que destacan como “La diferencia con las situaciones de no concurso radica en que, así como en estas últimas el procedimiento de regulación de empleo se inicia con la solicitud empresarial a la autoridad laboral competente y «la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes de los trabajadores» (artículo 51.2, párrafo primero, ET), en caso de concurso es el Juez de lo mercantil el que, tras recibir la solicitud de la adopción de las medidas laborales colectivas por los legitimados ex artículo 64.2 LC, convoca a los representantes de los trabajadores y a la Administración concursal a un período de consultas”.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, lo ha aceptado el auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid, de 7 de febrero de 2007. Sobre esta cuestión, *vid.* García-Perrote Escartín I. y Muschi Loayza F., “Medidas laborales en situaciones concursales”, *op. cit.*, págs. 420-421.

La finalización se produce en todo caso al concluir los plazos legalmente previstos como máximo, o en un momento anterior si la Administración concursal y los representantes de los trabajadores han conseguido llegar a un acuerdo. La finalización del período de consultas se debe comunicar por las partes al Juez Mercantil.

**e) Informe de la Autoridad laboral:** una vez que el Juez Mercantil haya recibido la comunicación de la finalización del período de consultas, debe pedir a la Autoridad laboral –y no ya a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social– un informe sobre las medidas propuestas o, en su caso, sobre el acuerdo alcanzado durante el período de consultas. Este es el único papel de la Autoridad laboral en el procedimiento de autorización de las medidas reestructuradoras cuando la empresa se encuentra en situación de concurso.

Antes de emitir este informe, la Autoridad Laboral puede oír a la Administración concursal y a los representantes de los trabajadores.

La Autoridad laboral debe emitir este informe dentro de un plazo máximo de quince días: si ésta no lo emite en este plazo, el procedimiento continuará igualmente; y si la Autoridad laboral emite este informe fuera de plazo, el Juez del Concurso podrá tenerlo igualmente en cuenta a la hora de adoptar su resolución final sobre si autoriza o no las medidas reestructuradoras solicitadas (art. 64.2.2º LC).

**f) Auto del Juez Mercantil:** cumplidos todos los trámites procedimentales anteriores, el Juez del concurso debe resolver sobre las concretas medidas reestructuradoras propuestas en un plazo máximo de cinco días mediante auto.

El margen de decisión del Juez del concurso es diferente en función de si el período de consultas anteriormente desarrollado ha concluido con un acuerdo entre las partes o no.

- Si el período de consultas ha concluido con acuerdo, el Juez Mercantil debe resolver aceptando tal acuerdo en los específicos términos fijados en él. Como excepción, el Juez no deberá aceptar tal acuerdo cuando aprecie que en la conclusión del mismo ha existido fraude, dolo, coacción o abuso de Derecho (art. 64.7.1º). El propio Juez Mercantil es competente para determinar si se han dado estas circunstancias o no.
- Si el período de consultas finaliza sin acuerdo, el Juez resolverá de conformidad con la legislación laboral. Y también deberá hacerlo así, cuando a pesar de haberse llegado a un acuerdo, el Juez haya apreciado fraude, dolo, coacción o abuso de Derecho por alguna de las partes durante el desarrollo del período de consultas.

La autorización para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, suspender o extinguir colectivamente los contratos de trabajo procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda *razonablemente* que las medidas propuestas son necesarias y adecuadas para garantizar la viabilidad futura de

la empresa y del empleo. La doctrina interpreta que aunque la LC no lo dice expresamente, dado que la legislación laboral actúa como supletoria y el art. 64 LC señala expresamente que el Juez debe resolver aplicando la misma, también procederá la autorización cuando tales medidas sean necesarias para alcanzar el resto de las finalidades menos exigentes a las que se refiere la legislación laboral: superar una situación de carácter coyuntural en la actividad de la empresa, etc.

El Juez Mercantil en caso de que no se haya llegado a un acuerdo durante el período de consultas, debe decidir si autoriza o no las concretas medidas de regulación de empleo. Aunque debe someterse al «*principio de congruencia*» en relación a lo solicitado por las partes, al mismo tiempo dispone de ciertos márgenes de *discrecionalidad*. Su resolución debe ser el resultado de una ponderación de la gravedad de la insolvencia empresarial y de todos los intereses en juego, incluida la valoración de la posible superación de la situación de crisis empresarial.

Precisamente, la razón que justifica que sea el Juez Mercantil el competente para decidir sobre todos los aspectos relacionados con el concurso, incluidos los que tengan relevancia sobre la situación de empleo en la empresa, es que es precisamente él, el que mejor puede conocer la situación global de la empresa y, en consecuencia, el que se encuentra en mejor situación para decidir los diversos tipos de medidas que se deben tomar en los distintos ámbitos con el fin de satisfacer de la mejor manera posible todos los intereses en juego, a veces contrapuestos entre sí. La concentración en el Juez Mercantil de todas las decisiones que se deben adoptar en las empresas concursadas permite coordinar mejor y dar coherencia a todas las múltiples decisiones y actuaciones que se deban tomar en ella para satisfacer de la mejor forma los diversos intereses en juego, incluidos, obviamente, los de los trabajadores.

Conviene indicar que, en el supuesto de que la medida solicitada al Juez Mercantil sea la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario (Título III ET), dicho Juez no podrá autorizarla en ningún caso si la Administración concursal y los representantes de los trabajadores no han llegado a un acuerdo al respecto tras el período de consultas (art. 66 LC). El Juez del concurso tan sólo podrá autorizarla si se ha logrado alcanzar un acuerdo tras el período de consultas<sup>17</sup>.

El auto del Juez Mercantil autorizando las suspensiones o las extinciones colectivas produce el mismo efecto que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída tras un Expediente de Regulación de Empleo (ERE): sirve para considerar que los concretos trabajadores afectados por esas medidas se encuentran en situación legal de desempleo.

---

<sup>17</sup> Es preciso recordar que la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario es posible sólo en aquellos casos en que también lo es conforme a la legislación laboral (art. 41.2 ET): por tanto, exclusivamente respecto a las materias relativas al horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo a rendimiento.

No está claro en la LC, sin embargo, si en el auto el Juez del concurso debe identificar a todos y cada uno de los trabajadores afectados por las concretas medidas reestructuradoras autorizadas. Existen dos interpretaciones posibles:

- Que el Juez Mercantil no deba identificar los concretos trabajadores afectados por las medidas, ya que en la legislación laboral tal identificación en la resolución administrativa no resulta preceptiva (tan sólo se exige que se haga constar el número y la categoría profesional de los trabajadores afectados y los criterios tenidos en cuenta para su designación).
- Que el Juez Mercantil sí deba realizar la identificación nominativa de los trabajadores afectados por las medidas autorizadas debido a que el art. 84.2.5º LC considera expresamente como créditos contra la masa las indemnizaciones por despidos o extinción de los contratos de trabajo producidos hasta el momento en que dicho Juez acuerde el cese de la actividad profesional de la empresa, apruebe un convenio o, finalmente, declare la conclusión del concurso.

**g) Recurso contra el auto del Juez Mercantil:** el auto del Juez Mercantil resolviendo la solicitud de medidas modificativas, suspensivas o extintivas de las relaciones laborales en una empresa inmersa en un procedimiento judicial de concurso es recurrible ante el orden social de la jurisdicción. Esta prescripción constituye otra diferencia respecto de lo que sucede cuando esta clase de medidas se adoptan conforme a la legislación laboral común –al menos por lo que respecta a las suspensiones y extinciones colectivas–, en cuyo caso el orden jurisdiccional competente para conocer de las resoluciones dictadas por la Autoridad laboral es, como es sabido, el contencioso-administrativo<sup>18</sup>.

Los recursos que cabe interponer contra este auto son los propiamente laborales, singularmente el de suplicación<sup>19</sup>, que se regirán íntegramente por la regulación que de ellos establece el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). La interposición de estos recursos no suspende la tramitación del concurso ni de ninguno de los incidentes concursales. Se ha querido así que sea el orden social y no el civil el competente para sentar jurisprudencia sobre estas materias eminentemente laborales.

---

<sup>18</sup> Vid. Felguera Baró, M. A., “Las competencias de los jueces de lo Mercantil y la intervención de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en la nueva legislación concursal. Algunos problemas procesales”, Tribuna Social, núm. 166, 2004, pág. 55.

<sup>19</sup> Vid. Rábago Villar, M., “El recurso de suplicación previsto en la Ley Concursal”, Aranzadi Social, núm. 17, 2003.

# **DISTINTAS MODALIDADES DE FLEXIBILIDAD DE SALIDA COMO ALTERNATIVA A LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO**

Raquel Vela Díaz  
*Becaria de Investigación*  
*Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Jaén

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA PÉRDIDA DE EMPLEO COMO CONSECUENCIA DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO
3. PÉRDIDAS DE EMPLEO INDIVIDUALES. COMPARATIVA DE DATOS
4. MEDIDAS ADOPTADAS PARA EL MANTENIMIENTO Y EL FOMENTO DEL EMPLEO
5. A MODO DE REFLEXIÓN
6. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

El contexto económico internacional ha provocado un giro en la tendencia de creación de empleo que en los últimos años venía registrando el mercado de trabajo español, como lo pone de manifiesto el importante aumento del desempleo y la destrucción de empleo que se ha producido durante el último año, y de manera muy especial en los últimos meses. La tasa de desempleo en nuestro país se sitúa en el 17,36%<sup>1</sup>, la más alta de toda la Unión Europea (UE). Este porcentaje duplica la media europea, que es del 8,3%<sup>2</sup>, lo que pone de manifiesto que España sigue siendo el país europeo en el que la crisis está haciendo más daño al empleo.

La identificación de los problemas del mercado de trabajo en España no requiere esfuerzo: la excesiva temporalidad que permite flexibilizar las plantillas de las empresas con un coste bajo, la debilidad de las políticas de formación ocupacional, continua y profesional reglada, el mejorable funcionamiento de los servicios públicos de empleo, la configuración de los expedientes de regulación de empleo, la problemática de los trabajadores de más de cincuenta años, la dinámica de los jóvenes que no logran entrar en el mercado de trabajo, que apenas tienen formación y que abandonaron prematuramente sus estudios, la debilidad de las políticas de protección a los trabajadores autónomos y de apoyo a los emprendedores, así como la excesiva carga en el sector productivo del modelo de urbanismo especulativo, han jugado un papel más que destacado en la velocidad vertiginosa alcanzada por la destrucción de empleo<sup>3</sup>. Esta situación genera que las empresas y los trabajadores tengan que hacer frente a adaptaciones cada vez más rápidas de la organización del trabajo y de la producción. La adaptación al cambio es un fenómeno permanente en la vida de las empresas y los trabajadores. La mayor parte de esta adaptación no entraña pérdidas de empleo, sin embargo, la grave situación actual está generando reestructuraciones empresariales<sup>4</sup> más profundas, con importantes consecuencias sociales negativas.

## 2. LA PÉRDIDA DE EMPLEO COMO CONSECUENCIA DE LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

La expresión Expediente de Regulación de Empleo suele llevar asociada la idea de despido masivo de trabajadores, que provoca un fuerte impacto negativo

---

<sup>1</sup> Según la Encuesta de Población Activa (EPA). Primer trimestre de 2009. ([www.ine.es/prensa/epa\\_prensa.htm](http://www.ine.es/prensa/epa_prensa.htm)).

<sup>2</sup> Según datos de Eurostat, la oficina de estadística comunitaria. ([epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/statistics/themes](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/statistics/themes)).

<sup>3</sup> Cardenal Carro, M. y Hierro Hierro F.J.: "Medidas laborales para tiempos de crisis: propuestas a medio y largo plazo", *Revista Aranzadi Social*, Junio 2009, pág. 15.

<sup>4</sup> Para un análisis detallado de la reestructuraciones empresariales, véase Monereo Pérez, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Comares, Granada, 2006.

sobre un ámbito territorial determinado, llevando aparejadas indemnizaciones de 20 días de salario por año trabajado para los trabajadores afectados (o la cuantía superior que se pacte). Esta idea es incompleta, ya que la vía del ERE está prevista también para la suspensión de contratos de trabajo y para la reducción de la jornada laboral<sup>5</sup>, que si bien suponen la reducción de la actividad laboral, se caracterizan porque la misma es coyuntural y por tanto el empleo no se destruye definitivamente. Esta es al menos la idea que inspira la regulación de estos ERES temporales, el servir de vía de recuperación a la empresa, evitando el recurso sin más a las vías siempre más traumáticas, de los despidos.

Cada empresa deberá analizar en primer lugar si estas medidas pueden ser suficientes para paliar los efectos de la crisis, y decidir qué vía tomar. En la práctica es muy superior la aceptación por los representantes de los trabajadores de los ERES que conllevan la suspensión de contrato, ya que la reducción de jornada (que debe ser superior a 1/3 de la misma) plantea problemas para el trabajador, puesto que cada día de reducción computa como un día de desempleo consumido, con la pérdida económica que ello puede suponer en el caso de que finalmente se extinga la relación laboral.

Por este motivo, el ERE de suspensión de contratos de trabajo se está revelando como una fórmula que en la medida de lo posible, y siempre dentro del marco de crisis económica, concilia mejor los intereses de las partes. Así lo muestran los siguientes datos.

Los ERE autorizados en el primer semestre de 2009 fueron 10.382, que afectaron a 325.456 personas, de los que el 22,05% del total fueron de extinción de contrato; el 67,34% de suspensión temporal de contratos y el 10,59% de reducción de jornada. De los ERE autorizados fueron pactados con las organizaciones sindicales o la RLT, el 91% del total, mientras que los no pactados fueron el 9%. Entre los ERE pactados fueron mayoría los que conllevaron suspensión temporal de contratos, 6.272 frente a los 2.149 de extinción de contratos y los 1.038 de reducción de jornada. Igualmente en los ERE no pactados, la suspensión temporal de contratos fue la modalidad más utilizada, con 720 expedientes, frente a 141 de extinción y 61 de reducción de jornada. En el mismo periodo de 2008 hubo 1.770 expedientes y 27.288 afectados. Ello supone un incremento de un 486% en cuanto al número de procesos y un 1.093% con respecto al volumen de afectados<sup>6</sup>.

De la información se desprende que se mantiene la constante de que la destrucción de empleo no se está canalizando prioritariamente a través de los ERE

---

<sup>5</sup> Ministerio de Trabajo e Inmigración. Guía Laboral 2009. VI. Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo - La regulación de empleo ([empleo.mtin.es/es/Guia/texto/guia\\_6.htm](http://empleo.mtin.es/es/Guia/texto/guia_6.htm)).

<sup>6</sup> Secretaría confederal de Acción Sindical de CCOO ([www.comfia.info/noticias/51843.html](http://www.comfia.info/noticias/51843.html)) (17 de septiembre de 2009).

(sólo un 3% del total), sino que se sustenta en los despidos individuales y plurales, y que al mismo tiempo, la no renovación de contratos temporales es la que tiene mayor incidencia en esta realidad (1.300.000 trabajadores menos que hace un año)<sup>7</sup>.

Hay que añadir además, como adelantábamos que se han comenzado a producir algunos signos que pueden suponer el inicio de un negativo cambio de tendencia consistente en que, grandes empresas (automoción, transporte...) y sectores con un mayor nivel de estabilidad laboral, que en periodo reciente han registrado un ERE de suspensión, ahora los transforman en expedientes de extinción, y por tanto, esto se traduzca en una importante destrucción de empleo<sup>8</sup>. Esta tendencia pone de manifiesto que en numerosas ocasiones el recurrir a los Expedientes de Regulación de Empleo de suspensión de contratos sólo está sirviendo en la práctica para dilatar en el tiempo la extinción de los mismos y no para salvar la situación de crisis de la empresa. Además esta circunstancia produce un fortísimo impacto en los trabajadores, que en principio se ven afectados por una suspensión de contrato, que supuestamente va a paliar la “difícil situación” por la que atraviesa su empresa, pero finalmente terminan perdiendo su puesto de trabajo, con las consecuencias sociales y económicas que este hecho conlleva.

Junto a ello, supone en última instancia defraudar el espíritu de la norma que no está pensando en EREs suspensivos como antesala de extinciones de contratos de trabajo, sino como vía de flexibilidad que ayude a la empresa a remontar la difícil situación económica por la que atraviesa.

La autoridad laboral debe ejercer una labor de tutela y control de las pretensiones empresariales en los Expedientes de Regulación de Empleo, rechazando planteamientos que carezcan de legalidad o contengan elementos de carácter fraudulento. Por otro lado, debe utilizarse la negociación de los Expedientes de Regulación de Empleo para plantear propuestas y alternativas que posibiliten minimizar los efectos negativos sobre los afectados a través del Plan Social de Acompañamiento<sup>9</sup>.

### 3. PÉRDIDAS DE EMPLEO INDIVIDUALES. COMPARATIVA DE DATOS

Lamentablemente el desempleo real, así como la “amenaza” de estarlo en breve (desempleo potencial), están hoy en la calle, no ya sólo como una experiencia per-

---

<sup>7</sup> Secretaría confederal de Acción Sindical de CCOO ([www.comfia.info/noticias/51843.html](http://www.comfia.info/noticias/51843.html)) (17 de septiembre de 2009).

<sup>8</sup> Secretaría confederal de Acción Sindical de CCOO ([www.comfia.info/noticias/52360.html](http://www.comfia.info/noticias/52360.html)) (8 de octubre de 2009).

<sup>9</sup> Para un análisis detallado de los Expedientes de Regulación de Empleo así como de los Planes Sociales, véase Blasco Pellicer, A.: *Los procedimientos de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

sonal dramática, sino como un hecho social crucial. Los múltiples barómetros de opinión pública europea así lo atestiguan. A menudo, esta intensa crisis de empleo que vivimos en el mundo, pero que golpea con una especial virulencia a España, lleva a enfatizar el enfoque cuantitativo, esto es, la existencia de malísimos datos estadísticos<sup>10</sup>.

A los despidos colectivos motivados por los Expedientes de Regulación de Empleo, hay que añadir los individuales, menos pregonados pero mucho más numerosos y con peores efectos para quienes los padecen, que suele ser la primera medida que adoptan las pequeñas y medianas empresas. Y no solamente nos referimos a la pérdida de empleo que supone una ruptura contractual, ya que, como es sabido, en España uno de cada tres trabajadores asalariados tiene un contrato temporal y, por lo tanto, la primera medida de ajuste suele ser la no renovación de contratos temporales<sup>11</sup>.

<b>TOTAL DE TRABAJADORES DESPEDIDOS POR EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO</b>						
<b>AÑO</b>	<b>Enero</b>	<b>Febrero</b>	<b>Marzo</b>	<b>Abril</b>	<b>Mayo</b>	<b>Junio</b>
<b>2008</b>	3920	2379	1663	2874	2000	2291
<b>2009</b>	5072	6516	6603	6140	5785	5954

**Tabla 1.** Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración ([www.mtin.es](http://www.mtin.es)).

<b>PARO TOTAL REGISTRADO</b>						
<b>AÑO</b>	<b>Enero</b>	<b>Febrero</b>	<b>Marzo</b>	<b>Abril</b>	<b>Mayo</b>	<b>Junio</b>
<b>2008</b>	2261925	2315331	2300975	2338517	2353575	2390424
<b>2009</b>	3327801	3481859	3605402	3644880	3620139	3564889

**Tabla 2.** Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración ([www.mtin.es](http://www.mtin.es)).

<sup>10</sup> Boletín del Observatorio Permanente de Riesgos Psicosociales UGT-CEC, nº 3, 2009: Del “estrés del trabajo” al “estrés del desempleo”: regulación de empleo y gestión psicosocial.

<sup>11</sup> Instituto Sindical de Trabajo Ambiente y Salud ([www.istas.net](http://www.istas.net)). “ERE: Enferman los que se van y los que se quedan”, Enero 2009, nº 43.

<b>PORCENTAJE DE DESPIDOS POR REGULACIÓN DE EMPLEO EN RELACIÓN CON EL PARO TOTAL REGISTRADO</b>						
<b>AÑO</b>	<b>Enero</b>	<b>Febrero</b>	<b>Marzo</b>	<b>Abril</b>	<b>Mayo</b>	<b>Junio</b>
<b>2008</b>	0,17%	0,10%	0,07%	0,12%	0,08%	0,09%
<b>2009</b>	0,15%	0,19%	0,18%	0,17%	0,15%	0,16%

**Tabla 3.** Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de las tablas anteriores.

Los datos anteriores ponen claramente de manifiesto:

Por un lado, el fuerte aumento del desempleo producido del año 2008 al año 2009, tanto en el total del paro nacional registrado como en los despidos producidos como consecuencia de los Expedientes de Regulación de Empleo.

Por otro lado, que la masiva destrucción de empleo no se genera a través de los Expedientes de Regulación de Empleo, sino que son los despidos individuales y las no renovaciones del empleo temporal los que están provocando este espectacular aumento del desempleo en España.

Los despidos colectivos tienen un fuerte impacto territorial, ya que concentran una elevada destrucción de empleo en una zona determinada que puede ser la explicación de la mayor atención mediática y política que reciben estos EREs. Esta pérdida de empleo local tiene graves repercusiones sobre el conjunto de una región o de un territorio, ya que en muchos casos, la empresa afectada por estos EREs concentra a la mayor parte de los trabajadores de la zona, que al verse afectados por un ERE extintivo, encontrarán pocas posibilidades de encontrar otro empleo en ese mismo territorio. Por tanto, estas situaciones que tanto deterioran el desarrollo económico y social de un territorio ponen de manifiesto la necesidad de reforzar las iniciativas locales en la creación de empleo, reforzando en definitiva el desarrollo local, mediante acciones conjuntas tanto de empresarios, sindicatos y poderes públicos locales.

Sin embargo, el perfil básico del trabajador que ha perdido su empleo en el último año se corresponde con el de un asalariado temporal, que trabaja en la empresa privada, fundamentalmente en construcción e industria, y cuya salida del mercado laboral se ha producido a través de un despido individual tramitado en los servicios de Mediación, Arbitraje y Conciliación<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Según UGT, los despidos individuales gestionados mediante estos servicios sumaron 15.830 en enero de 2009, un 41,7% más que en enero de 2008. Además constata un repunte del 70,4% en los despidos sobre los que no hubo acuerdo.

A pesar de estos datos, muchos ven en la flexibilización del mercado laboral una salida a la crisis para solucionar la actual situación de paro en España, una reforma que creen necesaria desde la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), Cámaras de Comercio, hasta el Banco de España. Lo que se pretende es facilitar al empresario el uso de la fuerza de trabajo, en perjuicio de los titulares de la misma que son los trabajadores, volviendo a resucitar esquemas ya superados hace tiempo que consideraban el trabajo como una simple mercancía.

Obviamente el mercado laboral sí necesita una reforma, pero no precisamente el abaratamiento del despido va a suponer una solución a la situación del desempleo, ya que la flexibilidad en el despido es ya una realidad, y así lo pone de manifiesto la cada vez más engrosada lista de desempleados. Los que apuestan por esta flexibilización hacen referencia a otros países europeos donde el despido es más barato, pero en este caso deberíamos de igualarnos a dichos países en todos los aspectos, tales como introducir los contratos por beneficios cuando las empresas han obtenido altos niveles de ingresos o equiparar los salarios al nivel de los europeos.

El tan traído y llevado discurso, y sus prácticas, sobre la “flexibilidad laboral”, que de nuevo emerge al primer plano en las “recetas” propuestas de empresarios y autoridades monetarias para salir de una crisis que nada tiene que ver con la pretendida rigidez del mercado o con la menor productividad imputada a nuestras empresas, se ha revelado como una estrategia de regulación que, sin duda determinada por los cambios continuos y por las incertidumbres del sistema productivo, ha conducido a que un significativo número de la población activa se halle en situación de gran precariedad, bien en términos del tipo contractual (empleo temporal) bien de forma de organización (descentralización productiva, o empleo subcontratado). La flexibilidad no ha mejorado sustancialmente la productividad pero sí ha generado una fuerte “dualización del empleo”, de modo que *tampoco tener empleo garantiza estar realmente protegido*<sup>13</sup>.

Ante este panorama, la legislación laboral no debe limitarse sólo a responder impulsando medidas protectoras frente a los aspectos socialmente más negativos de las decisiones reestructuradoras, sino que debe jugar al mismo tiempo un papel más activo en la exigencia del mantenimiento y mejora del capital humano<sup>14</sup>. Es cada vez más necesario poner en marcha medidas de política activa de empleo, que llevan consigo una actuación directa sobre el mercado de trabajo, inspiradas en el propósito de conseguir el incremento y/o mantenimiento de los niveles de em-

---

<sup>13</sup> Molina Navarrete, C.: “Al «rescate» de los desempleados «por un puñado de euros»: «compra de empleo» y tragicomedia del «Cras 2008»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 310, Enero 2009, pág. 16.

<sup>14</sup> Landa Zapirain, J.P.: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución socialmente inteligente de las reestructuraciones de empresas”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, nº1, 2005, pág. 316.

pleo, entendido éste tanto en términos cuantitativos como cualitativos frente a las tradicionales políticas pasivas de empleo, integradas por aquellas medidas que tratan de paliar los efectos del desempleo en las personas que lo sufren, concediéndole prestaciones sustitutivas que vengan a compensar la ausencia de rentas que padece el sujeto durante los periodos en que se encuentra en situación de paro involuntario<sup>15</sup>.

De este modo, en la actual situación de generalizada inseguridad en el empleo y con mercados de trabajo segmentados (unos trabajadores con empleo estable; otros con empleos estables pero «pobres»; otros con empleos en gran medida rotatorios o itinerantes; desempleados...), aunque las políticas de empleo cubran los riesgos clásicos, deben también atender las nuevas situaciones de necesidad que están surgiendo. Por este motivo deben de primar las medidas activas de empleo, tratando de mejorar las oportunidades para acceder al mercado laboral, recolocando o reinsertando a los trabajadores que han perdido su empleo siempre que sea posible y ofreciendo una formación útil y de calidad. En definitiva, sin dejar de atender las necesidades generadas por el desempleo, tratar de aplicar una política preventiva para atender el riesgo de caer en él<sup>16</sup>.

#### **4. ALGUNAS MEDIDAS ADOPTADAS PARA EL MANTENIMIENTO Y EL FOMENTO DEL EMPLEO**

Con fecha 7 de marzo de 2009 se publica en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Según el Apartado I de dicho Decreto “se pretende dar respuestas para hacer frente a la crisis económica ante la gravedad que está adquiriendo la situación del mercado de trabajo, adoptando nuevas medidas, con carácter urgente, para el mantenimiento y la generación de empleo y la protección de las personas desempleadas”<sup>17</sup>.

Las medidas contenidas en el mismo se estructuran en tres bloques cada uno de los cuales corresponde a un objetivo concreto vinculado a la crisis. Así estos

---

<sup>15</sup> Molina Hermosilla, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Mergablum, Sevilla, 2005, pág. 283.

<sup>16</sup> Molina Navarrete, C., op. cit. pág. 18.

<sup>17</sup> Real Decreto Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, apartado I. (BOE nº 57 de 7 de marzo de 2009).

objetivos son mantener el empleo existente, reforzar la protección de las personas desempleadas e impulsar la creación de nuevos puestos de trabajo<sup>18</sup>.

Por su relación con el tema de esta comunicación nos centraremos en los dos primeros bloques de medidas.

### **BLOQUE I: Medidas para el mantenimiento del empleo<sup>19</sup>**

*1ª Medida:* Se incentiva el que los empresarios en dificultades recurran a regulaciones temporales de empleo antes que a la extinción de los contratos, es decir, que en lugar de despedir a trabajadores los empresarios opten por la suspensión temporal de sus contratos garantizando su continuidad. Para ello se establece una bonificación del 50% de la cuota empresarial por contingencias comunes por cada uno de los trabajadores afectados por el ERE temporal.

*2ª Medida:* Modificación de la regulación del convenio especial de Seguridad Social que suscriben los trabajadores de 55 años o más que ven extinguido su contrato como consecuencia de un ERE, previendo que las cotizaciones empresariales correspondientes a una actividad laboral desarrollada durante la vigencia del convenio especial puedan sufragar las cuotas que deben abonar los trabajadores a partir de los 61 años. Se pretende así fomentar la prolongación de la vida activa de los trabajadores de edad avanzada, uno de los colectivos normalmente más perjudicado por los procesos de reestructuración empresarial.

### **BLOQUE II: Medidas para la protección de las personas desempleadas<sup>20</sup>**

*1ª Medida:* Modifica la normativa sobre Expedientes de Regulación de Empleo, concretamente los afectados por un ERE temporal de suspensión contractual o reducción de jornada no sufrirán merma en sus derechos a la prestación por desempleo. Así, cuando con posterioridad esos mismos trabajadores se vean afectados

---

<sup>18</sup> Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 72 de 26 de marzo de 2009. Intervención del Ministro de Trabajo e Inmigración Sr. Celestino Corbacho Chaves, en la Convalidación del Real Decreto Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

<sup>19</sup> Ver ampliamente en BOE núm. 57 de 7 de marzo de 2009, Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, art. 1 y 2.

<sup>20</sup> Ver ampliamente en BOE núm. 57 de 7 de marzo de 2009, Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, art. 3 y 4.

por otro ERE o un procedimiento concursal tendrán derecho íntegro a la prestación por desempleo, pues se repone la prestación que hubiera consumido con ocasión del ERE anterior.

*2ª Medida:* Mejora de la protección de los desempleados beneficiarios del subsidio por desempleo, suprimiéndose el plazo de un mes de espera que hasta ahora se aplicaba para el acceso al citado subsidio. Se elimina de este modo un periodo de desprotección.

De las medidas señaladas podemos concluir lo siguiente:

1. Se trata de una acción de política de empleo meramente coyuntural y extraordinaria, que no nace con vocación de permanencia, sino de vincularse a un determinado período de tiempo<sup>21</sup> y que no contiene medidas originales ni novedosas. Una más del “paquete de medidas anticrisis”, sin que aparentemente vaya a obtener resultados destacados.
2. No supone ninguna reforma estructural por lo tanto no trata de afrontar los cambios cualitativos necesarios.
3. La mayor parte de las mismas van destinadas a los trabajadores afectados por un ERE, habiéndose puesto de manifiesto que no es la principal fuente de destrucción de empleo.
4. Se trata por tanto de medidas que podríamos denominar “paliativas”, pero realmente poco “efectivas” y que van destinadas sólo a “unos cuantos”.

Frente a estas escasas medidas, es necesario buscar alternativas posibles al despido, como la reclasificación interna y externa, la formación continua y ocupacional, la reconversión, el apoyo a la creación de empresas, el fomento del empleo estable y de calidad, incluso incentivar las buenas prácticas corporativas de responsabilidad social por parte de las empresas. De igual manera no pueden dejar de abordarse con urgencia temas como la temporalidad en el empleo, o la ineficacia de los servicios públicos de empleo en cuanto a la recolocación de quienes no tienen trabajo.

## 5. A MODO DE REFLEXIÓN

Los datos mostrados constatan el gravísimo ajuste de empleo que se está produciendo en el mercado laboral. Los despidos colectivos copan, por su volumen y concentración en un territorio determinado, mayor atención mediática y política, sin

---

<sup>21</sup> Mella Méndez, L.: “Comentarios de urgencia a una norma de urgencia: el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas”, *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, nº 13, Julio 2009, pág. 53.

embargo el número de despidos individuales es realmente el que está alcanzando unas cifras escandalosas.

Ambas formas de destrucción de empleo necesitan de una pronta actuación, tanto a corto como a medio y largo plazo, así como un acercamiento de posiciones en el diálogo social. El difícil contexto económico mundial y, singularmente, la destrucción de empleo que se está materializando en España, bien merecería este esfuerzo de acercamiento de posiciones en beneficio de todos, así como la puesta en marcha de políticas de empleo capaces de hacer frente a las nuevas situaciones generadas con un enfoque más activo en la gestión de lo social.

Las empresas, en estos difíciles momentos de coyuntura económica, deben demostrar también su responsabilidad social, en especial realizando los ajustes a que se vean obligadas procurando minimizar el efecto negativo sobre los trabajadores<sup>22</sup>.

Igualmente, cuando los cambios económicos y sociales tienen repercusiones importantes sobre el conjunto de una región o de un territorio, la complementariedad y las sinergias entre las acciones de los diferentes actores (empresarios, sindicatos y poderes públicos territoriales) adquieren una importancia particular<sup>23</sup>. Es necesario este partenariado para favorecer el desarrollo de nuevas actividades económicas generadoras de empleo y mejorar así el funcionamiento del mercado de trabajo. Es necesario también reforzar las iniciativas municipales o locales en la creación de empleo, es decir, reforzar el “desarrollo local”.

No estamos solo ante una crisis coyuntural, sino que es la explosión de un agotado modelo productivo, y también de buena parte de las regulaciones y políticas adoptadas para su ordenación<sup>24</sup>. Está claro que las políticas de empleo y las de Seguridad Social deben modernizarse, renovarse y adaptarse a los cambios producidos, introduciendo medidas innovadoras y abandonando las fórmulas tradicionales, en definitiva, un nuevo modelo de regulación del empleo y de las relaciones de trabajo.

---

<sup>22</sup> Cardenal Carro, M. y Hierro Hierro, F.J.: “Medidas laborales para tiempos de crisis: propuestas a medio y largo plazo”, *Revista Aranzadi Social*, Junio 2009, pág. 21.

<sup>23</sup> Confederación Europea de Sindicatos. Comité Ejecutivo, Bruselas, 16-17 de octubre de 2003. Punto 7 del Orden del Día: Diálogo Social, “Orientaciones de referencia para la gestión del cambio y sus consecuencias sociales”.

<sup>24</sup> Molina Navarrete, C.: “Al «rescate» de los desempleados «por un puñado de euros»: «compra de empleo» y tragicomedia del «Cris 2008»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 310, Enero 2009, pág. 38.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- BLASCO PELLICER, A.: *Los procedimientos de regulación de empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- BOLETÍN DEL OBSERVATORIO PERMANENTE DE RIESGOS PSICOSOCIALES UGT-CEC, 2009, nº 3: Del “estrés del trabajo” al “estrés del desempleo”: regulación de empleo y gestión psicosocial.
- CARDENAL CARRO, M. y HIERRO HIERRO F.J.: “Medidas laborales para tiempos de crisis: propuestas a medio y largo plazo”, *Revista Aranzadi Social*, Junio 2009.
- INSTITUTO SINDICAL DE TRABAJO AMBIENTE Y SALUD ([www.istas.net](http://www.istas.net)). “ERE: Enferman los que se van y los que se quedan”, Enero 2009, nº 43.
- LANDA ZAPIRAIN, J.P.: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución socialmente inteligente de las reestructuraciones de empresas”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2005, nº 1.
- MELLA MÉNDEZ, L.: “Comentarios de urgencia a una norma de urgencia: el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas”, *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, nº 13, Julio 2009.
- MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN: Guía Laboral – La regulación de empleo ([empleo.mtin.es/es/Guia/texto/guia\\_6.htm](http://empleo.mtin.es/es/Guia/texto/guia_6.htm)).
- MOLINA HERMOSILLA, O.: *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, Mergablum, Sevilla, 2005.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Al «rescate» de los desempleados «por un puñado de euros»: «compra de empleo» y tragicomedia del «Cras 2008»”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 310, Enero 2009.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Comares, Granada, 2006.