

# Examen del RDL 11/2013, de 2 de agosto: trabajo a tiempo parcial; empleo y desempleo; reestructuraciones empresariales

**Antonio V. Sempere Navarro**  
Director de la Revista

## I. Introducción: una nueva norma de excepción

CONSTITUCIONALIDAD FORMAL.- El Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, contiene una cuarentena de páginas nuevamente amparadas en la extraordinaria y urgente necesidad de contribuir a la recuperación del crecimiento económico y a la creación de empleo.

La norma (publicada en el BOE del 3 y vigente desde el domingo 4) genera las mismas dudas de constitucionalidad que la mayoría de sus predecesoras; da la impresión de que se abusa de una posibilidad excepcional, en detrimento de la elaboración de Leyes por parte del órgano legislativo.

De hecho, buena parte de las nueve páginas (y pico) de la exposición de motivos se dirigen a justificar la concurrencia del presupuesto de extraordinaria y urgente necesidad. La censura que el Tribunal Constitucional ha realizado en diversas ocasiones a este tipo de norma se encuentra, sin duda, en la base de esa actitud, sin duda conocedora de la jurisprudencia constitucional sobre el tema:

- La utilización del Real Decreto-Ley es constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que la gobernación del país requiera de una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exijan una rápida respuesta<sup>1</sup>.
- No es arbitraria o abusiva la utilización del Decreto-ley como respuesta rápida y necesaria ante la persistencia de una coyuntura económica de crisis industrial<sup>2</sup>.
- Para constatar si un Decreto-Ley se dictó en un caso de extraordinaria necesidad, se deben valorar todos aquellos factores que hayan aconsejado al Gobierno a dictarlo<sup>3</sup>.
- El juicio político sobre la concurrencia del presupuesto habilitante para la utilización de Decretos-leyes corresponde al Gobierno, sin perjuicio de su posible control jurídico en caso de ausencia de toda justificación<sup>4</sup>.
- A los efectos del control jurídico sobre la extraordinaria y urgente necesidad, en la apreciación de lo que haya de considerarse como tal es forzoso conceder el peso al juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección política del Estado<sup>5</sup>.

A la vista de todo ello puede aventurarse que la mayoría de las innovaciones aparece adecuadamente justificadas; que alguna de ellas guarda menos conexión con el supuesto de hecho reseñado y puede cuestionarse, como se apuntará después. En todo caso, destáquese lo principal: estamos ante una norma con rango de Ley y solo por decisión del Tribunal Constitucional puede inaplicarse, con

---

<sup>1</sup> SSTC 29/1986, de 20 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Gómez-Ferrer Morant); 177/1999, de 15 noviembre, FJ nº 3.

<sup>2</sup> STC 29/1986, de 20 febrero, FJ nº 2 (Ponente, Sr. Gómez-Ferrer Morant).

<sup>3</sup> STC 29/1982, de 31 mayo, FJ nº 4 (Ponente, Sr. Velasco Vallejo).

<sup>4</sup> SSTC 29/1986, de 20 de febrero FJ nº 2 (Ponente, Sr. Gómez-Ferrer Morant); 177/1999, de 15 noviembre, FJ nº 3.

<sup>5</sup> STC 29/1986, de 20 febrero,.

independencia de que su entero contenido, como el de cualquier otra norma, haya de interpretarse siempre del modo más acorde con los preceptos constitucionales.

**HETEROGENEIDAD TEMÁTICA.-** Desoyendo las buenas prácticas acerca de la homogeneidad de contenidos y prescindiendo de eventuales exigencias de seguridad jurídica, el RDL alberga toda una serie de medidas heterogéneas (Seguridad Aérea, Sector Ferroviario, ayudas de los planes de vivienda estatales, régimen fiscal para determinados arrendamientos financieros, Fondo para la Financiación del Pago a Proveedores, etc.). La propia referencia del título a "otras medidas urgentes en el orden económico y social" ya indica a las claras el acudimiento a esa censurable técnica de *escoba*.

En las páginas que siguen, desde luego, se atiende solo a la dimensión sociolaboral de la norma. Respecto de ellos, las innovaciones se condensan alrededor de varios temas:

- Períodos de cotización y cuantías en prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial.
- Funcionalidad de la inscripción como demandante de empleo para prestaciones por desempleo.
- Obligación de comunicar previamente a la entidad gestora el inicio de la realización de trabajos incompatibles con el percibo de prestación o subsidio por desempleo.
- Deliberación por centros de trabajo en los procedimientos de adopción de medidas colectivas.
- Documentación preceptiva en los procedimientos de despido colectivo.
- Subcontratación a otras agencias de colocación en el ámbito de la intermediación laboral.

**NORMAS AFECTADAS.-** Desde una perspectiva formal o externa al contenido de los cambios también posee interés realizar el listado de las disposiciones que se modifican:

- Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, en su artículo 28.
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, aprobando el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) en sus artículos 207, 209, 212, 213, 215, 231 y 233 así como DA 7ª.
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, aprobando el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), en sus artículos 40, 41, 47, 51 y 82.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, aprobando el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, en sus artículos 22, 24, 25, 47 y 48.
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Ley Concursal, en su artículo 64.
- Ley 56/2003, de 16 de diciembre, Ley de Empleo, en su artículo 27.
- Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, regulando las agencias de colocación, en su artículo 5º.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) en sus artículos 124 y 127.
- Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y de reducción de jornada (RDPDC) en sus artículos 3, 4, 6, 17, 19, 26, 27 y 28.

Buscando una exposición lo más sistemática posible, y que permita al lector la fácil detección de los cambios introducidos, se ha optado por nuclear la redacción en torno a los tres campos que el título avanza:

- ✓ Incidencia del trabajo a tiempo parcial en el ámbito de la Seguridad Social.
- ✓ Acceso al empleo y protección por desempleo.
- ✓ Medidas para la reestructuración laboral de las empresas.

## **II. Cotizaciones a tiempo parcial y prestaciones de Seguridad Social**

Ahora se analizan las innovaciones relativas a la Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial, albergadas en el Capítulo II del RDL y dirigidas a modificar la DA Séptima de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Para entenderlas mejor interesa realizar un breve recordatorio de antecedentes puesto que bien puede afirmarse que estamos ante una regulación *reactiva* al resultado práctico derivado de la censura que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Constitucional español hicieron en los meses anteriores respecto de la regulación estampada en aquella DA Séptima.

### **1. Antecedentes y contexto**

#### **A) La STJUE 22 noviembre 2012 (C-385/11, Elbal Moreno)**

Esta sentencia resuelve la cuestión suscitada por un Juzgado de lo Social español respecto de supuesto muy sencillo:

- a) La Sra. Elbal trabajó durante 18 años, pero desarrollando una jornada semanal de solo 4 horas.
- b) Al cumplir la edad de jubilación, solicita su pensión; la Entidad gestora se la deniega por no haber cotizado el tiempo mínimo exigido.
- c) La Ley española (DA 7ª LGSS) exige una cotización mínima de 15 años para acceder a la pensión de jubilación.
- d) La LGSS obliga a convertir los períodos cotizados a tiempo parcial en magnitudes teóricas de tiempo completo, mediante una fórmula matemática (horas trabajadas, dividido por 5 y multiplicado por 1,5).
- e) De este modo, las cotizaciones de 18 años equivalen a un periodo de menos de 3; habría que trabajar 100 años para acreditar los 15 años.
- f) La cuantía de la pensión se calcula sobre el importe de las bases de cotización, que dependen del salario mensual percibido.
- g) Más de 2/3 de las personas que trabajan a tiempo parcial son mujeres.

De forma tajante y lacónica, el Tribunal Comunitario considera que se ha producido una discriminación indirecta y que la norma española colisiona con la Directiva 79/7, de 19 diciembre 1978, sobre igualdad de trato en materia de Seguridad Social. Los principales razonamientos son los siguientes:

- a) La pensión pública de jubilación (adscrita al régimen legal, no al convencional) está excluida del concepto de retribución (art. 157 TFUE).
- b) La Directiva 79/7 garantiza el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, incluyendo la discriminación indirecta.
- c) Con la regulación de la LGSS los trabajadores a tiempo parcial sufren una doble repercusión de su menor actividad: en la cuantía y en la conversión de lo cotizado a días teóricos.
- d) No se ha demostrado que la medida (indiciariamente discriminatoria) sea imprescindible para garantizar la solvencia del sistema.
- e) El Derecho Comunitario se opone a una Ley que exige a los trabajadores a tiempo parcial, la mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación

contributiva, que se reduce proporcionalmente a la parcialidad de su jornada.

La Directiva 1997/81/CE, de 15 diciembre, sobre trabajo a tiempo parcial impide que a estos trabajadores se les trate de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables, salvo que haya una justificación objetiva y razonable; pero se trata de norma que deja al margen las cuestiones de Seguridad Social. Por eso la sentencia comentada tiene que basarse en normas antidiscriminatorias por razón de género; eso significa que si el número de hombres y mujeres con jornada parcial estuviera equilibrado, la Ley española no podría censurarse desde la perspectiva comunitaria.

#### **B) La STC 61/2013, de 14 de marzo**

En total sintonía con los argumentos del Tribunal de Luxemburgo, y superándolos claramente, la STC de 14 marzo 2013 declaró inconstitucional una parte de la DA Séptima LGSS, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia<sup>6</sup>. Los hechos litigiosos eran como sigue:

- a) La Sra. Soneira Fraga desempeño actividad laboral desde mayo de 1981 hasta octubre de 1999, pero a partir de noviembre de 1988 lo hizo en régimen de jornada parcial (jornada del 18,4% de la habitual).
- b) Aplicando las conocidas reglas de la LGSS la Sra. Soneira acreditaba 3.850 días de cotización efectiva, que con las partes proporcionales de pagas extras se elevaban a 4.422 días cotizados, lejos de la carencia de 15 años.
- c) Tanto el INSS cuanto el Juzgado de lo Social desestimaron la pretensión de computar como enteros cada día trabajado en régimen parcial.

Sobre la base de la sentencia *Elbal Moreno*, la sentencia considera que concurre una discriminación indirecta por razón de sexo y esa discriminación no está justificada objetivamente y no es proporcionada al objetivo perseguido. Asimismo, se enlaza con la vieja censura a una pretérita regulación que también contenía reglas diversas para el trabajo a tiempo parcial<sup>7</sup>, para concluir que la redacción conferida por el RDL 15/1998 no cumplen las exigencias de nuestra Ley Fundamental:

- ✓ Atender a los días teóricos de cotización (dividir las horas trabajadas entre cinco) perpetúa una diferencia de trato basada en una proporcionalidad que va más allá de las bases reguladoras de las prestaciones, afectando al periodo de carencia, lo que no se justificada por necesaria contributividad del Sistema.
- ✓ Multiplicar por 1,5 el número de días teóricos de cotización, atenúa los efectos derivados de la estricta proporcionalidad pero de forma limitada.

La doctrina afecta al cálculo de los periodos de cotización para acceder a las correspondientes prestaciones económicas, respecto de los periodos acreditados con contrato de trabajo a tiempo parcial, incluidos los contratos de trabajo fijo-discontinuo a tiempo parcial o completo, con independencia de que la reducción de jornada se realice en cómputo diario, semanal, mensual o anual.

---

<sup>6</sup> En el mismo sentido, también, SSTC 71/2013 y 72/2013, de 8 de abril; 116/2013 y 117/2013, de 20 de mayo.

<sup>7</sup> Se invoca la doctrina de la STC 253/2004, que declaró inconstitucional el artículo 12.4 LET (redacción conforme al Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) porque establecía para los trabajadores a tiempo parcial un sistema de cómputo de los periodos exigidos para causar derecho a las prestaciones del sistema en función de las horas trabajadas, en vez de considerar, como en los trabajadores a tiempo completo, cada día trabajado como día cotizado.

En suma, el Tribunal entiende que la regulación reseñada vulnera el art. 14 CE tanto por lesionar el derecho a la igualdad, como por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo<sup>8</sup>. Como es lógico, la sentencia advierte que corresponde a los órganos judiciales integrar, por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, la laguna que la anulación del precepto puede producir en orden al cómputo de los periodos de carencia.

### **C) El Acuerdo Tripartito de 31 de julio de 2013**

El pasado 31 de julio los agentes sociales más representativos (CCOO y UGT; CEOE y CEPYME) y el Gobierno suscribieron un acuerdo para la protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos-discontinuos. Queriendo asumir los principios de la expuesta jurisprudencia, se postula una nueva regulación que facilite el reconocimiento de derechos a este colectivo. En concreto:

- Bastarán con 15 años en alta, con independencia del porcentaje de jornada que se tenga, para reunir el periodo de carencia que da derecho a la pensión de jubilación.
- Para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente se mantiene el coeficiente multiplicador del 1,5 por cada día cotizado a tiempo parcial o como fijo discontinuo.
- El acceso a los complementos a mínimos en sus pensiones se garantiza en los mismos términos que a los trabajadores a tiempo completo.

## **2. Examen de los cambios introducidos**

El desconcierto generado<sup>9</sup> por la reseñada jurisprudencia comunitaria y constitucional llevó a que se haya entendido necesario “dictar una norma de rango legal con la finalidad de integrar la laguna” producida<sup>10</sup>. No cabe duda de que tanto la aprobación de los cambios cuanto su inclusión en norma de urgencia obedecen a los problemas derivados de la jurisprudencia recordada<sup>11</sup>.

La finalidad de la nueva regulación estriba en equiparar a los trabajadores con independencia de su régimen de jornada, pero no de modo implícito, sino mediante el establecimiento de “una fórmula para exigir el mismo esfuerzo a un trabajador a jornada completa y a un trabajador a jornada parcial”. De manera algo enrevesada, se va a reformar el modo de computar el tiempo cotizado, pero también la dimensión del período de carencia exigido y la forma de hallar la cuantía de la prestación.

Es decir, el legislador de urgencia desea evitar que la equiparación *por arriba* genere ventajas (discriminatorias, a su vez) para los trabajadores a tiempo parcial; desea equipararlos, pero también eliminar privilegios y evitar que los empleados a tiempo completo pasen a estar peor tratados que los primeros. Por ello, a fin de evitar la ruptura de la proporción, se aprueba una nueva regulación que se fija diversos objetivos:

- Dar cobertura adecuada a todas las personas.
- Mantener los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad.
- Mantener la equidad para los trabajadores a tiempo completo.

---

<sup>8</sup> Se considera que no hay una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida.

<sup>9</sup> El Preámbulo reconoce que el vacío legal producido por la declaración de inconstitucionalidad y nulidad “viene impidiendo resolver determinados procedimientos en materia de prestaciones solicitadas por estos trabajadores”.

<sup>10</sup> Esta manifestación del propio RDL ya pone de relieve el rechazo de la consecuencia aparentemente más clara de las sentencias en cuestión: aplicar las mismas reglas de cómputo con independencia del tiempo efectivamente trabajado cada día.

<sup>11</sup> El Preámbulo considera que las innovaciones “revisten un carácter necesario y urgente, ante el vacío legal producido por la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de una parte de la disposición adicional séptima de aquella, lo que a día de hoy viene impidiendo resolver determinados procedimientos en materia de prestaciones solicitadas por estos trabajadores”.

- Evitar situaciones fraudulentas o irregulares.
- Evitar la desincentivación de la cotización al Sistema.

#### **A) Período de carencia**

A la hora de abordar el tema crucial que provocó las sentencias mencionadas, el RDL rehúye abiertamente la proclamación de una regla igualitaria ("día trabajado, día cotizado") y acaba buscando caminos para legitimar una fórmula similar a la declarada inconstitucional. Separándose aparentemente de lo manifestado en el Acuerdo de 31 de julio, aparece un nuevo modo de computar el tiempo cotizado<sup>12</sup> cuando existan contratos a tiempo parcial:

- Se calculará un coeficiente de parcialidad, determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable<sup>13</sup>.
- Dicho coeficiente se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, obteniendo así el número de días (teóricos) que se considerarán efectivamente cotizados en cada período, al que se sumarán en su caso los días cotizados a tiempo completo.
- Para conocer el período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para acceder a determinadas prestaciones económicas, se tendrá que aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad, calculado como el porcentaje que representa el número de días efectivamente cotizados sobre el total de días en alta del trabajador<sup>14</sup>.

En suma: el periodo de carencia se reduce en la misma proporción en que haya habido trabajo a tiempo parcial, pero surgen dudas que hacen imprescindible el desarrollo reglamentario y que nos alejan de la pura regla de equiparación.

#### **B) Pensiones de jubilación y de IP común**

**CARENCIA.-** Para cuantificar las pensiones de jubilación o de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días teóricos cotizados (obtenido dividiendo por cinco las horas trabajadas) se multiplica por 1,5 (sin que el resultado pueda superar al período de alta a tiempo parcial).

**PORCENTAJE APLICABLE.-** El porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora se determinará conforme a la escala general, aunque si se acredita un período de cotización inferior a quince años (tras aplicar el 1,5) se utiliza el resultante de aplicar a 50 el porcentaje que represente el período de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años

#### **C) Vigencia temporal**

Las novedades en cuestión se aplican a las solicitudes de prestaciones posteriores al 4 de agosto<sup>15</sup>, pero también a las denegadas por no acreditar el período mínimo de cotización exigido<sup>16</sup> y a las que se encuentren en trámite<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> En concreto, para acreditar los períodos de cotización necesarios a fin de causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad.

<sup>13</sup> En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente global de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral.

<sup>14</sup> En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el período de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación

<sup>15</sup> La DF Décima del RDL prescribe su entrada en vigor "el día siguiente al de su publicación".

<sup>16</sup> En el supuesto de cumplirse el período mínimo exigido con arreglo a la nueva regulación, el hecho causante se entenderá producido en la fecha originaria, sin perjuicio de que los efectos

Respecto de su pervivencia en el tiempo, inicialmente no se acota un período especial de caducidad, aunque sí se apunta a su evaluación y posible revisión si no se alcanzan los objetivos perseguidos<sup>18</sup>.

### 3. Anotaciones prácticas y críticas

PRIMERA.- Debe quedar claro que no se trata de una norma para promover el trabajo a tiempo parcial, actualizar o modificar sus parámetros laborales; se trata solamente de ajustar su repercusión en el terreno de la protección de Seguridad Social.

Las variaciones se refieren solo al acceso a prestaciones de Seguridad Social, en modo alguno al régimen jurídico del contrato de trabajo a tiempo parcial o a la cotización<sup>19</sup>.

SEGUNDA.- La norma ha incidido exclusivamente sobre el tenor de la LGSS, siendo claro que precisa de cierto desarrollo reglamentario para su correcta aplicación<sup>20</sup>. En algunos pasajes incluso es ambivalente el tenor de lo prescrito y ya se conocen explicaciones más o menos oficiosas que no parecen indiscutibles.

TERCERA.- Bajo una aparente (y proclamada) equiparación de derechos, lo que se hace es dar una nueva formulación a la regla tradicional: convertir en días teóricos de cotización a tiempo completo los trabajados a tiempo parcial. La gran novedad está en que el período de carencia exigido para acceder a las prestaciones queda minorado con la aplicación de un porcentaje de discutible lógica.

Al final se minora el período de carencia exigido para poder seguir haciendo lo propio con el de cotización a tiempo parcial. Hay que preguntarse si no hubiera sido mejor dejar las cosas sin esa doble operación.

CUARTA.- La complejidad del cálculo no debe oscurecer el principio de proporcionalidad asumido y su posible censura de futuro, en la medida en que no se consiga el resultado previsto.

Un generoso régimen transitorio parte de la idea de que es más favorable la nueva regulación que la anterior. Se trata de premisa del todo cierta, pero la verdadera clave del tema radica en si es más beneficioso que el resultado de aplicar los criterios acogidos por el Tribunal Constitucional.

QUINTA.- Da la impresión de que tanto el Acuerdo de 31 de julio de 2013 y el propio Preámbulo de la norma apuntan unas consecuencias algo discordantes con el articulado.

---

económicos del reconocimiento tengan una retroactividad máxima de tres meses desde la nueva solicitud, con el límite en todo caso de la fecha de entrada en vigor (cf. DTr Primera.1).

<sup>17</sup> Conforme al número 2 de la DTr Primera, las prestaciones en trámite se regirán por lo dispuesto en el RDL y su reconocimiento tendrá efectos desde el hecho causante de la respectiva prestación.

<sup>18</sup> La DA Cuarta prevé la elaboración de un informe, un vez transcurrido un año de vigencia, para evaluar el impacto de las medidas sobre el conjunto de los trabajadores a tiempo parcial; se contempla la formulación de propuestas para un posible perfeccionamiento tanto de la cotización como de la acción protectora de dicho colectivo.

<sup>19</sup> La citada DA Cuarta solo apunta “un posible perfeccionamiento” de la cotización si así lo aconseja la evaluación del impacto que posean los cambios introducidos.

<sup>20</sup> La DF Novena habilita al Gobierno para dictar las disposiciones y adoptar las medidas necesarias para el desarrollo y ejecución de la norma.



SEXTA.- Ninguna referencia existe respecto de pensiones no contributivas, complemento a mínimos o incompatibilidades, por lo que se aplicarán las reglas generales.

SÉPTIMA.- Las reglas nuevas omiten por completo las diferencias entre trabajos a tiempo parcial regulares o irregulares, continuos o discontinuos, concentrados o dispersos.

OCTAVA.- Fuera por completo de la atención normativa quedan aspectos relacionados con el desempleo a tiempo parcial, la reducción de jornada por vía de la modificación sustancial del art. 41 ET o la revitalización del "trabajo a llamada", por mencionar algunos ejemplos.

### **III. Empleo y protección por desempleo**

Como se expuso, el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, alberga diversas medidas de tipo sociolaboral que pueden ordenarse alrededor de tres grandes tópicos: (i) protección social del trabajo a tiempo parcial, (ii) empleo y protección por desempleo, (iii) reestructuraciones empresariales. Ahora se examina el segundo de los bloques reseñados, básicamente integrado en el Capítulo III de la norma<sup>21</sup>.

Dicho Capítulo ("Modificaciones en materia de empleo y protección por desempleo") contiene innovaciones que persiguen "otorgar una mayor seguridad jurídica a los perceptores de las prestaciones y subsidios por desempleo estableciendo que, para percibir y conservar la prestación y el subsidio por desempleo, los beneficiarios deben estar inscritos y mantener dicha inscripción a través de la renovación de la demanda de empleo". Los presupuestos habilitantes de todo Real Decreto-Ley no parecen concurrir cuando se abordan temas de este calado, retocados a través de pequeños cambios y cuya necesidad de regulación no ha aparecido súbitamente.

#### **1. Agencias de empleo**

La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, comportó una serie de cambios muy relevantes en el "mercado de trabajo" y entendió que para contribuir a la reducción del desempleo e incrementar la productividad debía elevarse las oportunidades de las personas desempleadas mejorando los mecanismos de intermediación laboral. En ese contexto admitió la posibilidad de que operasen agencias de colocación (públicas o privadas), incluso si tuvieran fines lucrativos; se les permite tanto la intermediación laboral cuanto el desarrollo de actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo (orientación e información profesional, selección de personal, etc.); la autorización para operar depende del correspondiente servicio público de empleo y se regula el silencio administrativo negativo. En ese escenario, la admisión de agencias de colocación con ánimo de lucro constituyó una novedad muy relevante, más tarde respaldada y ampliada por la Ley 3/2012.

---

<sup>21</sup> Este Capítulo ("Modificaciones en materia de empleo y protección por desempleo") posee un contenido ordenado de forma muy cartesiana:

El artículo 6º se centra en la Modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS).

El artículo 7º está dedicado a la modificación de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo (LEm).

El artículo 8º contempla la modificación del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS).



En la (polémica) línea de facilitar la colaboración público-privada en el ámbito de la intermediación laboral a través de las agencias de colocación lo que el RDL 11/2013 hace es permitir la subcontratación en el ámbito de la intermediación laboral, aunque respetando el límite de que la subcontratación sólo pueda realizarse con terceros autorizados para actuar como agencias de colocación<sup>22</sup>.

Esta posibilidad de descentralizar la propia actividad nuclear, por más que no se diga, enlaza con los presupuestos que en su día explicitó la Ley 32/2006, de Subcontratación en el Sector de la Construcción<sup>23</sup>. De igual modo que respecto tal actividad, se reproduce aquí la discusión doctrinal acerca de si la restricción del derecho (a la libertad de empresa) que comporta la limitación (antes, prohibición absoluta, ahora condicionada) se acomoda a los parámetros que la doctrina constitucional ha marcado. ¿Puede considerarse proporcional respecto de los fines perseguidos? ¿Se trata de una limitación idónea? ¿Era necesario acudir a tal procedimiento para la salvaguarda de los derechos que se quiere preservar? ¿Hay una justificación objetiva y razonable que pueda legitimar la nueva construcción? ¿Es un Real Decreto el instrumento normativo adecuado para regular estas cuestiones?

Tampoco debe ignorarse que la novedad guarda relación con la DA 32ª de la Ley de Contratos del Sector Público, permitiendo la formalización conjunta de acuerdos marco para la contratación de servicios que faciliten la intermediación laboral, cuyo éxito puede pasar por permitir la subcontratación en el ámbito de la intermediación laboral<sup>24</sup>.

En todo caso, no se pierda de vista lo ocurrido: hasta ahora se prohibía todo tipo de subcontratación en la intermediación laboral. El RDL 11/2013 permite una excepción: el recurso a terceros que estén también autorizados a actuar como agencias de colocación.

## 2. La demanda de empleo como requisito

La norma establece de forma expresa que para percibir o conservar tanto la prestación cuanto el subsidio por desempleo, los beneficiarios deben estar inscritos y mantener dicha inscripción a través de la renovación de la demanda de empleo. Son dos las razones por las que se realiza esta modificación: 1ª) otorgar mayor seguridad jurídica; 2ª) reforzar la vinculación entre la protección por desempleo y la inserción laboral de las personas desempleadas. Conviene desglosar con detenimiento este cambio, más aparente que real.

### A) Surgimiento del hecho causante

\*El art. 207 LGSS ("*Requisitos para el nacimiento del derecho a las prestaciones*") venía conteniendo cuatro elementos imprescindibles para que surja la prestación contributiva por desempleo (alta, carencia, empleabilidad, edad) y ahora incorpora un quinto: estar inscrito como demandante de empleo en el servicio público de empleo competente.

En realidad, la innovación no altera las cosas pues la tercera de las exigencias preexistentes (inalteradas, por lo demás) habla de acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar colocación adecuada

---

<sup>22</sup> A tal fin, el artículo 5.f) del Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación, cambia su original e incondicionada prohibición ("No subcontratar con terceros la realización de la actividad objeto de la autorización concedida") por otra en la que se abre la salvedad reseñada ("que se trate de otras agencias de colocación autorizadas").

<sup>23</sup> Conforme a su Exposición de Motivos "hay que tener en cuenta que la contratación y subcontratación de obras o servicios es una expresión de la libertad de empresa que reconoce la Constitución Española en su artículo 38 y que, en el marco de una economía de mercado, cualquier forma de organización empresarial es lícita, siempre que no contraría el ordenamiento jurídico".

<sup>24</sup> Si bien su texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la DA 32ª procede de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo.

a través de la suscripción del compromiso de actividad; la interpretación sistemática del precepto conducía al resultado que ahora se ha explicitado: no puede nacer la prestación sin que el solicitante se inscriba como demandante de empleo<sup>25</sup>. Y a similar resultado se accede a partir de las previsiones de la Ley de Empleo<sup>26</sup>.

\*Desde que se modificara por Ley 45/2002, el apartado 1 del artículo 209 LGSS establece que la solicitud de la prestación contributiva requiere la inscripción como demandante de empleo; lo que se hace ahora es eliminar la condición supletoria que ese mandato tenía ("si la misma no se hubiera efectuado previamente").

\*Por su lado, el art. 215 LGSS establece los requisitos para ser beneficiario del subsidio por desempleo, habiéndose optado por incorporar un nuevo apartado que especifique la exigencia de la inscripción como demandante de empleo<sup>27</sup>.

### **B) Conservación de las prestaciones**

\*La rúbrica del art. 209 LGSS ("Solicitud y nacimiento del derecho a las prestaciones") se amplía para dar expresa cabida a la *conservación* de las prestaciones por desempleo y anudarla al requisito en estudio.

De este modo, la inscripción como demandante de empleo deberá mantenerse durante todo el período de duración de la prestación como requisito necesario para la conservación de su percepción, suspendiéndose el abono, en caso de incumplirse dicho requisito. Dicho queda que otras previsiones legales conducían a igual resultado que el ahora explicitado en esta sede; la novedad vuelve a ser meramente formal, por tanto.

\*Por su lado, el art. 215 LGSS establece los requisitos para seguir siendo beneficiario del subsidio por desempleo, habiéndose optado por incorporar un nuevo apartado que especifique la exigencia de la inscripción como demandante de empleo<sup>28</sup>.

\*Así como el Libro III LGSS disciplina la "Protección por desempleo", su Capítulo VI (arts. 230 a 233) atiende al "Régimen de obligaciones, infracciones y sanciones", común al nivel contributivo (prestación) y al asistencial (subsidio). El artículo 231 disciplina las "Obligaciones de los trabajadores" y venía contemplando como deber de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo el inscribirse como demandantes de empleo y cumplir las exigencias del compromiso de actividad.

Pues bien, el RDL 11/2013 mantiene los términos de la precedente redacción y añade, en el mismo plano de generalidad, la obligación de "mantener la inscripción" como demandante de empleo, en plena concordancia con lo previsto tanto para la prestación cuanto para el subsidio.

### **C) Suspensión paralela**

Se añade un párrafo al art. 212.3 LGSS para que haya correspondencia entre la percepción de las prestaciones y la condición de demandante de empleo. Puesto que la segunda constituye un presupuesto para la obtención de las primeras, es lógico que si deja de concurrir también desaparezca la primera. De este modo:

---

<sup>25</sup> El art. 231.1.h) LGSS ya establecía la obligación de "inscribirse como demandantes de empleo" para los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo.

<sup>26</sup> El art. 27 LEm dispone que los solicitantes y beneficiarios de prestaciones y subsidios por desempleo "deberán inscribirse y mantener la inscripción como demandantes de empleo en el servicio público de empleo, lo que implicará la suscripción ante el mismo del compromiso de actividad".

<sup>27</sup> El nuevo número 4 de dicho artículo prescribe que en todas las modalidades de subsidio se exigirá el requisito de estar inscrito y mantener la inscripción como demandante de empleo en los mismos términos previstos el artículo 207 e); es decir: el régimen aplicable a la prestación se traslada al subsidio.

<sup>28</sup> El nuevo número 4 de dicho artículo prescribe que en todas las modalidades de subsidio se exigirá el requisito de estar inscrito y mantener la inscripción como demandante de empleo en los mismos términos previstos el artículo 209.1 LGSS; es decir: el régimen aplicable a la prestación se traslada al subsidio.

- La entidad gestora suspenderá el abono de las prestaciones durante los períodos en los que los beneficiarios no figuren inscritos como demandantes de empleo en el servicio público de empleo.
- Dicho abono, en su caso, se reanudará a partir de la fecha de la nueva inscripción previa comparecencia ante la entidad gestora acreditando dicha inscripción.
- La reanudación de referencia no impide que proceda el mantenimiento de la suspensión de la prestación o su extinción por alguna de las causas legalmente previstas.

#### **D) Vinculación entre desempleo e inserción laboral**

El artículo 7 del RDL 11/2013 modifica el artículo 27.4 de la Ley de Empleo para adaptar su contenido a las variaciones introducidas en la LGSS y recién expuestas; se persigue reforzar la vinculación entre la protección por desempleo y la inserción laboral de las personas desempleadas. El artículo en cuestión regula la inscripción de los beneficiarios de prestaciones como demandantes de empleo y su participación en las políticas activas de empleo; la coordinación entre Servicios de Empleo autonómicos y SPEE constituye tanto un presupuesto cuanto un desafío de la arquitectura diseñada; su redacción consolidada posee el siguiente alcance:

**OBLIGACIÓN GENERAL DE PROACTIVIDAD:** los beneficiarios (de prestaciones o subsidios) inscritos en los servicios públicos de empleo, una vez hayan suscrito el compromiso de actividad, deberán participar en las políticas activas de empleo que se determinen en el itinerario de inserción<sup>29</sup>.

**FISCALIZACIÓN GENERAL:** los servicios públicos de empleo competentes verificarán el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la suscripción del compromiso de actividad. Cuando los servicios competentes impongan alguna sanción lo comunicarán al SPEE “para su ejecución por éste”.

**FISCALIZACIÓN ESPECÍFICA:** los servicios públicos de empleo competentes verificarán el cumplimiento de la obligación de permanecer como demandantes de empleo. Cuando detecten incumplimientos lo comunicarán (incluso por medios electrónicos) al SPEE, que con ese documento ya podrá iniciar el procedimiento sancionador que corresponda.

#### **E) Sanciones administrativas**

El artículo 8º del RDL 11/2013 modifica la LISOS para concordarla con la obligatoriedad de la inscripción como demandante de empleo y su mantenimiento. En concreto, actualiza la regulación de las infracciones en materia de Seguridad Social, reordenándolas y clarificando el tenor de las infracciones; por tanto, se trata más bien de mejoras técnicas que de verdaderas innovaciones.

Del mismo modo que se ha exigido clara y específicamente que quien venga percibiendo la prestación o el subsidio permanezca inscrito como demandante de empleo<sup>30</sup>, ahora se contempla como una específica infracción administrativa (de carácter leve) la conducta consistente en incumplir tal requisito. Tanto por el paralelismo con lo que sucede en materia de incomparecencia al requerimiento de la entidad gestora cuanto por encontrarnos ante sanciones administrativas, la norma integra en su tipo un elemento de culpabilidad, de modo que la infracción deja de existir cuando haya “causa justificada”<sup>31</sup>.

### **3. Exportación de las prestaciones**

Uno de los temas más polémicos cuando se examina la coordinación de los sistemas de Seguridad Social o la exportación de prestaciones viene dado por la

<sup>29</sup> Ello no obstante, con arreglo al art. 231.1 LGSS, sin perjuicio de acreditar la búsqueda activa de empleo, la participación en las acciones de mejora de la ocupabilidad que se correspondan con su profesión habitual o sus aptitudes formativas según lo determinado en el itinerario de inserción será voluntaria para los beneficiarios de prestaciones contributivas durante los treinta primeros días de percepción, y la no participación en las mismas no conllevará efectos sancionadores.

<sup>30</sup> Véase el tenor de los artículos 209.1 y 215.4 LGSS, más arriba expuestos.

<sup>31</sup> Así lo establece el nuevo artículo 24.4.b) LISOS.

posibilidad de percibir prestaciones por desempleo y situarse fuera del territorio del Estado que las abona.

La multiplicidad de causas del desplazamiento, su mayor o menor duración o la puesta en conocimiento de la Entidad gestora son factores que contribuyen a generar una rica tipología de supuestos y que inclinan a ponderar las circunstancias de cada caso. Tras una prolongada etapa de incertidumbre y protagonismo judicial, el RDL ha optado por disciplinar el tema de forma expresa; conviene recordar que las referencias al "extranjero" ponen de relieve que dentro del espacio europeo no juegan estas reglas; asimismo, hay que salvar la eventual previsión de Convenios Bilaterales o Multilaterales que contengan reglas más beneficiosas para los afectados.

#### A) Antecedentes jurisprudenciales

Interpretando las previsiones reglamentarias, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo consideró que pierde el derecho a la prestación por desempleo el beneficiario que viaja al extranjero, por motivos familiares, por tiempo superior a quince días, sin comunicarlo al SPEE<sup>32</sup>.

Posteriormente sostuvo que el desplazamiento al extranjero por un tiempo inferior a 90 días no supone un traslado de residencia y no determina la extinción de la prestación por desempleo, sino la suspensión de la misma<sup>33</sup>.

Al momento de promulgarse el RDL 11/2013, la jurisprudencia sobre la materia llevaba a diferenciar las siguientes variantes de la prestación por desempleo:

- Prestación "*mantenida*" en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno;
- Prestación "*extinguida*", con la salvedad que se indica a continuación, en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte "traslado de residencia", es decir, por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal;
- Prestación "*suspendida*" en el supuesto particular de "*búsqueda o realización de trabajo*" o "*perfeccionamiento profesional*" en el extranjero por tiempo inferior a "*doce meses*";
- Prestación "*suspendida*", en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo.

#### B) Regulación aprobada

Con la finalidad de garantizar una mayor seguridad jurídica, se modifica la LGSS para clarificar los siguientes supuestos<sup>34</sup>:

- Salida ocasional al extranjero por un período máximo de 15 días naturales dentro de un año natural.
- Estancia en el extranjero hasta un período de 90 días.

---

<sup>32</sup> SSTs de 22 noviembre 2011 (RJ 2012, 765)(Ponente, Sra. Segoviano Astaburuaga) y 17 enero 2012 (RJ 2012, 3511)(Ponente, Sr. Desdentado Bonete).

<sup>33</sup> STS de 18 octubre 2012 (RJ 2012, 10707)(Ponente, Sr. Martín Valverde, con Voto Particular de la Magistrada Calvo Ibarlucea); 23 octubre 2012 (RJ 2013, 1561)(Ponente, Sr. Gilolmo López); 24 octubre 2012 (RJ 2013, 1564)(Ponente, Sra. Calvo Ibarlucea); 30 octubre 2012 (RJ 2013, 1570)(Ponente, Sr. Martín Valverde).

<sup>34</sup> Formalmente, la modificación se realiza sobre el art. 212 LGSS, dedicado a la suspensión del derecho a percibir la prestación contributiva; sin embargo, el art. 219.2 LGSS extiende al subsidio asistencial el régimen del citado artículo.

- Traslado de residencia al extranjero por un período inferior a 12 meses para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional.

**VIAJES USUALES.-** No tendrá consideración de estancia ni de traslado de residencia la salida al extranjero por tiempo no superior a 15 días naturales por una sola vez cada año. Las múltiples dudas acerca de la aplicación práctica de esta importantísima regla (¿cómo controlar la duración del período?, ¿de qué modo puede saberse que estamos ante el primer viaje al extranjero?, ¿qué sucede si se realizan varios viajes de inferior duración?) se despachan con una remisión a la necesidad de cumplir con las obligaciones impuestas en el art. 231 LGSS.

**SUSPENSIÓN GENÉRICA.-** Muy relevante es la previsión conforme a la cual el disfrute de las prestaciones por desempleo se suspende en supuestos en que se ha superado el umbral de los quince días pero no lo bastante como para que se considere que ya se ha roto el vínculo entre el Estado competente y el beneficiario de las prestaciones:

- La persona en cuestión debe encontrarse en la situación de "estancia en el extranjero".
- El tiempo que da lugar a la suspensión de las prestaciones se define por dos parámetros: el año natural (es decir, el período que media entre 1 de enero y 31 de diciembre)<sup>35</sup> y la duración máxima (90 días). De forma específica se advierte que no importa si la salida se realiza en uno o varios tramos.
- La salida al extranjero debe estar previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora<sup>36</sup>.

**SUSPENSIÓN FORMATIVA.-** El caso más singular de los tres contemplados por la regulación persigue conciliar la promoción profesional internacional con la conservación de los derechos en materia de desempleo. Su perfil es el siguiente:

- El beneficiario de las prestaciones traslada su residencia al extranjero<sup>37</sup>.
- La finalidad de la salida al exterior resulta imprescindible (aunque en la Ley da por buena la mera declaración del beneficiario) y se formula en términos muy amplios: búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional
- La duración quiere abarcar lo que suele considerarse un curso académico: un período continuado inferior a doce meses.
- Exigencia formal: la salida al extranjero debe estar previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora,

**REANUDACIÓN DE LAS PRESTACIONES.-** Una modificación sistemática del art. 212.4 LGSS sirve para permitir que quienes han dejado de percibir las prestaciones como consecuencia de su salida al extranjero reanuden su disfrute. Así ha de suceder previa solicitud del interesado y "siempre que se acredite que ha finalizado la causa de suspensión".

**EXTINCIÓN DEL DERECHO.-** Otra innovación de concordancia lleva al artículo 213.1 LGSS una nueva causa de extinción del derecho a las prestaciones de

<sup>35</sup> La norma prescinde de otras muchas posibilidades, como atender al momento de inicio de las prestaciones, o de la situación legal de desempleo, o al tiempo transcurrido desde el regreso del último desplazamiento.

<sup>36</sup> Nótese lo relevante que resulta el segundo calificativo; la redacción da a entender que antes de abandonar España no solo es preciso haberlo comunicado, sino también haber obtenido el permiso. ¿Significa es que carecería de validez la autorización otorgada cuando el beneficiario de las prestaciones ya se ha desplazado?

<sup>37</sup> Por eso la regulación se aplica sin perjuicio de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea.

desempleo: el traslado de residencia o estancia en el extranjero cuando no opere como causa suspensiva.

## 4. Aspectos jurisdiccionales y administrativos

### a. Impugnación de sanciones impuestas por la Entidad Gestora

\* El art. 233 LGSS ("Recursos") enumera determinadas resoluciones de la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo y aclara que son recurribles ante los órganos jurisdiccionales del orden social, previa reclamación ante la Entidad Gestora competente.

La apertura c) de dicho artículo venía aludiendo a la imposición de sanciones a los trabajadores por infracciones leves y graves conforme a lo establecido en el artículo 47 LISOS<sup>38</sup>. Recuérdese que en materia de desempleo la suspensión o extinción de la prestación o del subsidio por haber variado las circunstancias que determinaron su concesión puede ser decidida de oficio por la Entidad Gestora, sin tener que acudir a la jurisdicción social instando la revisión de los propios actos<sup>39</sup>.

Sobre esa premisa, sin alterar su configuración básica<sup>40</sup>, el RDL 13/2011 lleva a cabo una doble operación:

- Por un lado, generaliza la posibilidad de recurrir en vía jurisdiccional las sanciones impuestas por la Entidad Gestora pues ya no se circunscribe el supuesto a las leves y graves, sino que se omite cualquier especificación<sup>41</sup>. En consecuencia (*ubi lex non distinguit*) lo que se ha querido es generalizar el supuesto y, sobre todo, mantener una correspondencia entre la vía de impugnación y las previsiones sobre imposición de tales sanciones.
- Por otra parte se troca la referencia al art. 47 LISOS (donde aparece el elenco de sanciones para cada una de las infracciones) por otra al artículo 48.5 LISOS (conforme al cual la imposición de sanciones a los trabajadores, en materia de desempleo, corresponde, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a la entidad gestora).

### b. Fiscalización de incompatibilidades

El Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, con múltiples modificaciones y desfases, sigue siendo la norma reglamentaria en materia de desempleo. En este plano, su artículo 28 recoge las "Obligaciones de los trabajadores" y viene aludiendo a la necesidad de que el trabajador entregue a la Entidad Gestora "la documentación acreditativa" de cualquier causa de suspensión o extinción de la prestación o subsidio.

Ahora, el RDL 13/2011 quiere evitar la compatibilización indebida entre prestación o subsidio y trabajo por cuenta propia o ajena, en los supuestos en los

---

<sup>38</sup> El art. 48.4 LISOS, a su vez, dispone que la imposición de las sanciones por infracciones leves y graves a los trabajadores en materia de empleo, formación profesional y ayudas para el fomento del empleo, corresponde al servicio público de empleo competente, y la de las muy graves a la autoridad competente, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>39</sup> SSTs 21 marzo 1995 (RJ 1995, 2177) (Ponente, Sr. De las Cuevas González); 28 junio 1995 (RJ 1995, 5371); 6 y 30 noviembre 1995 (RJ 1995, 8672 y 8773); 11 diciembre 1995 (RJ 1995, 9084); 12 junio 1996 (RJ 1996, 5060); 10 febrero 2000 (RJ 2000, 1753); **13 junio 2001 (RJ 2001, rec. 22/2001) (Ponente, Sr. Fuentes López).**

Las SSTs 28 febrero 2000 (RJ 2000, 2248) (Ponente, Sr. Bris Montes) y 20 marzo 2001 (RJ 2001, 3395) consideran falto de contenido casacional el recurso que ignora este consolidado criterio.

<sup>40</sup> Especialmente llamativo parece que el RDL ni siquiera haya querido actualizar las desfasadas referencias que el propio art. 233 LGSS contiene a preceptos de la LPL-1995.

<sup>41</sup> La cuestión es relevante, porque en materia de desempleo la competencia de la Entidad Gestora se extiende a todo tipo de infracciones; sin embargo, en temas de empleo, los Servicios Públicos solo retienen competencia sobre infracciones leves y graves; v. el art. 48.5 LISOS.



que el empresario o el propio trabajador solicitan el alta en Seguridad Social fuera de plazo como consecuencia de la actuación inspectora y prescribe también que cuando la causa de suspensión correspondiese a la realización de trabajos incompatibles con el derecho, tal circunstancia “deberá comunicarse con carácter previo al inicio de la prestación de servicios”<sup>42</sup>. Fácil es comprender que la previsión se enmarca también en un conjunto de reglas tendentes a combatir la economía sumergida o el empleo irregular y a llenar una laguna detectada en la práctica<sup>43</sup>.

#### **c. Obligaciones empresariales en EREs y ERTes**

El RDL modifica la LISOS para mantener la proporcionalidad del sistema vigente de infracciones y sanciones en relación con la obligación del empresario de efectuar una comunicación inicial al SPEE de las medidas de despido colectivo o de suspensión de contratos y de reducción de jornada.

Su estudio pormenorizado debe realizarse al hilo, precisamente, del examen de los cambios introducidos en tales instituciones.

### **5. Infracciones y sanciones administrativas**

Los artículos 24 ss LISOS integran una Sección dedicada a recoger las infracciones de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones.

Además de los aspectos ya examinados en páginas anteriores, el artículo 8º del RDL 11/2013 retoca algunos aspectos atinentes al régimen de infracciones y sanciones en el orden social:

- refuerza la validez de las citaciones y comunicaciones efectuadas por medios electrónicos siempre que los beneficiarios de las prestaciones por desempleo hayan expresado previamente su consentimiento.
- refuerza la proporcionalidad en relación con la obligación del empresario de efectuar una comunicación inicial al SPEE de las medidas de despido colectivo, suspensión de contratos o reducción de jornada.

#### **a. Reordenación de las infracciones leves**

**\*INCOMPARECENCIA.-** La primera de las conductas tipificadas como infracción leve se describe como no comparecer, previo requerimiento, ante los servicios públicos de empleo o las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquellos, salvo causa justificada<sup>44</sup>. Esta previsión del artículo 24.3.a) ha sido objeto de diversas modificaciones, pero siempre ha mantenido la cautela final sobre la posible justificación de la incomparecencia, lo que remite a un inevitable casuismo a la hora de resolver cada discusión<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> La Exposición de motivos explica que con la exigencia de que la realización de trabajos, como causa de suspensión de la prestación, sea comunicada con carácter previo, se equipara el procedimiento con la obligación que existe en materia de afiliación/alta.

<sup>43</sup> La exposición de motivos lo explica del siguiente modo: se trata de evitar que en los supuestos de altas comunicadas fuera de plazo, se argumente que no se está compatibilizando la percepción y el trabajo puesto que no se cobrará la parte de la prestación correspondiente a ese día, situación que favorece el fraude en las prestaciones, con las consecuencias negativas para la equidad en el trato a los solicitantes o beneficiarios de prestaciones y hacer ineficaz la lucha contra el fraude en las prestaciones por desempleo.

<sup>44</sup> Se simplifica la redacción, eliminando la segunda infracción hasta ahora albergada en el inciso (“o no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda”), aunque luego se recupera en otro apartado.

<sup>45</sup> No cabe sancionar la incomparecencia por razón de enfermedad acreditada (STSJ Andalucía, Málaga, de 27 de marzo de 1998, AS 5516, Cataluña de 16 de enero de 1998, AS 547), siempre que la acreditación se aporte tempestivamente (STSJ Andalucía, Málaga, de 12 de diciembre de 1997, AS 4966).



Cuestión decisiva para saber si existe incomparecencia (al margen de que pueda estar injustificada) es la relativa al modo de hacer llegar al sujeto en cuestión la citación. Esta cuestión, precisamente, va a recibir tratamiento autónomo tras las modificaciones introducidas por el RDL 11/2013.

**\*LOCALIZACIÓN PARA SERVICIOS DE EMPLEO.-** Para que pueda pensarse en infracción de deberes de comparecencia o similares debe haber existido conocimiento fehaciente<sup>46</sup>. De ahí que se configure como incumplimiento autónomo el de no facilitar a los servicios públicos de empleo, la información necesaria para garantizar la recepción de sus notificaciones y comunicaciones<sup>47</sup>.

**\*LOCALIZACIÓN PARA ENTIDAD GESTORA.-** El nuevo apartado 4.a) del artículo 24 LISOS se contempla de manera específica el caso de solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial y se insiste en tipificar la infracción consistente en su falta de localización, bien que ahora respecto de la Entidad Gestora.

De este modo, es conducta sancionable la de no facilitar la información necesaria para garantizar la recepción de sus notificaciones y comunicaciones<sup>48</sup>.

#### **b. Remodelación de las infracciones graves**

El artículo 25.3 LISOS viene contemplando como infracción grave de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones la conducta consistente en no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación<sup>49</sup>. Examinando su tenor puede comentarse lo siguiente:

- Presupuesto para que exista la infracción grave es que se perciba indebidamente una prestación, de modo que faltando esa condición resulta imposible que llegue a surgir el tipo sancionador<sup>50</sup>.
- La infracción se comete sin necesidad de apreciar la concurrencia de elemento subjetivo alguno<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> En relación con los avisos de correos no atendidos a veces se ha entendido que equivalen a la notificación (SSTSJ de Cataluña de 3 de enero de 1997, AS 344, y Extremadura de 27 de octubre de 1998, AS 4029), mientras que en otras ocasiones se sostiene posición contraria (SSTSJ Galicia de 19 de mayo de 1997, AS 1668, y Castilla León, Burgos, de 11 de febrero de 1997, AS 525).

<sup>47</sup> En paralelo, se dispone que las citaciones o comunicaciones efectuadas por medios electrónicos se entenderán válidas a efectos de notificaciones siempre que los trabajadores hayan expresado previamente su consentimiento.

La regla ya estaba incluida en el artículo 24 LISOS, aunque en diferente ubicación.

<sup>48</sup> De igual modo que se hace con los servicios públicos de empleo, se advierte que las citaciones o comunicaciones efectuadas por la Entidad gestora a través de medios electrónicos se entenderán válidas a efectos de notificaciones siempre que los trabajadores hayan expresado previamente su consentimiento.

<sup>49</sup> Como el propio Consejo Económico y Social advirtió en su momento, la norma presupone un completo conocimiento de cuáles sean esas situaciones que ha de comunicar, cosa discutible por cuanto que la complejidad de la normativa de Seguridad Social y Desempleo hacen en numerosas ocasiones problemática y compleja su determinación. De ahí que en el momento de conceder la prestación sea razonable informar sobre las circunstancias que generan la imposibilidad de seguir percibiendo la prestación.

<sup>50</sup> Así lo puso de relieve la STSJ Andalucía, Sevilla, 9 de enero de 1997, AS 2746).

<sup>51</sup> Esa es una diferencia con la infracción muy grave contemplada en el art. 26.1 LISOS, donde se habla de actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos; la simulación de la relación laboral; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas.

- El trabajador no deja de ser infractor como consecuencia de que la empresa para la que desempeñe actividad haya comunicado a la Entidad Gestora esa circunstancia.
- Tampoco impide la concurrencia de la infracción el que las "situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho" sean conocidas por otras Administraciones.

Conservando esa consolidada construcción, el RDL 11/2013 añade una salvedad: que la conducta no esté tipificada como infracción leve en cuanto incumplimiento del requisito, exigido para la conservación de la percepción de la prestación, de estar inscrito como demandante de empleo<sup>52</sup>.

#### **c. Reordenación de sanciones leves**

El art. 47.1.a) LISOS relaciona las sanciones que puede imponerse a los trabajadores, solicitantes o beneficiarios de prestaciones; el RDL 11/2013 se limita a indicar que el artículo 24 LISOS (donde se incluyen las correspondientes infracciones) tiene ahora un número 4, de modo que su infracción puede ser igualmente castigada.

#### **d. Reordenación de sanciones muy graves**

Son dos los detalles actualizados por el RDL 11/2013 cuando la LISOS aborda la determinación de las sanciones muy graves imponibles a los beneficiarios de prestaciones por desempleo (art. 47.1.c):

- Se modifica la redacción, para aligerarla y concordar el número de la pensión y de la prestación;
- Lo mismo, para agrupar la referencia a prestación o subsidio por desempleo y prestación por cese de actividad del trabajador autónomo.

#### **e. Cooperación administrativa**

Conforme al artículo 47.4 LISOS, la imposición de sanciones a los trabajadores, solicitantes y beneficiarios en materia de empleo y de Seguridad Social se llevará a efecto respetando la competencia respectiva del órgano sancionador y estableciendo la cooperación necesaria para la ejecución de la sanción impuesta, cuando la misma corresponda a la competencia de otro órgano.

El RDL aprovecha su *visita* a esta zona de la LISOS para subsanar un olvido de anteriores normas y advertir que esa eventual imposición de sanciones ha de realizarse no sólo a la a la vista del art. 48.4 (relativo a empleo, formación profesional y ayudas para el fomento del empleo) sino también del apartado 5 del mismo artículo (atinente a Seguridad Social, incluyendo desempleo).

#### **f. Órgano competente**

La atribución de competencias sancionadoras (art. 48 LISOS) se mantiene en los términos clásicos respecto de las infracciones cometidas en materia de Seguridad Social (la Inspección propone y la entidad gestora decide). Y lo mismo sucede con el desempleo, si bien el RDL 11/2013 lleva a cabo una adaptación para concordar la regulación con las pequeñas innovaciones a que se ha venido aludiendo y encauzar las consecuencias de la doctrina constitucional de la STC 104/2013, de 25 abril<sup>53</sup>.

- Regla general: La imposición de sanciones a los solicitantes o beneficiarios compete a la entidad gestora.

<sup>52</sup> Se trata del art. 24.4.b) LISOS, anteriormente examinado.

<sup>53</sup> En ella se puso de relieve que era inconstitucional atribuir al Estado la imposición de sanciones en esos dos supuestos; las conductas tipificadas en ambos preceptos no recaen directamente sobre la actividad económica de la Seguridad Social, en la medida en que no están relacionadas con la percepción de la prestación por desempleo, sino que se refieren a facultades de supervisión de competencia autonómica en tanto que relativas al cumplimiento de obligaciones que pesan sobre los beneficiarios de la prestación pero no se relacionan directamente con su percepción.

- Supuesto particular: ciertas infracciones leves<sup>54</sup> o graves<sup>55</sup> que se pueden cometer en materia de desempleo son sancionables por el servicio público de empleo competente, puesto que carecen de conexión directa con la percepción de las prestaciones.
- Comunicación interadministrativa: en el caso anterior, el Servicio de empleo comunicará la sanción, en el momento en que se imponga, a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo para su ejecución.

## IV. Reestructuración laboral de empresas

El Capítulo IV del RDL se presenta abiertamente como dedicado a la introducción de “Modificaciones en materia laboral” y viene a sumarse a la sucesión de ajustes de la “Reforma Laboral de 2012”, sin perder por ello un ápice de carácter polémico por más que se presente como un conjunto de ajustes técnicos básicamente dedicados a reforzar la seguridad jurídica.

Los cambios afectan tanto a preceptos sustantivos como procesales o administrativos; en ocasiones explicitan lo que tácitamente estaba contenido en la anterior redacción legal, mientras que otras veces se enmienda la plana a ciertas interpretaciones judiciales o se aborda alguno de los problemas de descoordinación que había evidenciado el RDPDC. El común denominador es que se revisan cuestiones atinentes al procedimiento de gestación o implementación de las medidas de reestructuración empresarial, inclusive su revisión jurisdiccional, sin remodelar los temas sustantivos (causas, requisitos, interacción).

### 1. Panorámica general

Desde que se aprobara la Reforma Laboral de 2012 (tanto en su versión provisional cuanto en la posterior) se ha venido llamando la atención acerca de la disfuncionalidad que muchas de sus previsiones provocaban a la hora de ponerlas en práctica, especialmente por cuanto se refiere a las medidas colectivas para la reestructuración de empresas en crisis. No se alude ahora a las múltiples cuestiones polémicas (una decena de ellas sometidas al Tribunal Constitucional) sino a otras relacionadas con las propias contradicciones, ambigüedades o imperfecciones de la regulación. El RDL 11/2013 dedica su Capítulo IV a la remodelación de algunas de ellas, acogiendo una sencilla estructura interna:

- El artículo 9º se centra en la modificación del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y a lo largo de más de ocho páginas de BOE altera la redacción de los artículos 40, 41, 47, 51 y 82 del mismo.
- El artículo 10º reordena levemente el tenor del artículo 64 de la Ley Concursal (LC).
- El artículo 11 altera las previsiones de los artículos 124 y 247 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Al margen de diversas reglas de Derecho intertemporal, la DF Cuarta del RDL contiene una serie de modificaciones del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (RDPDC), para adaptar su contenido a los cambios incorporados a los artículos 47 y 51 del ET,

---

<sup>54</sup> El artículo 24.3 LISOS se refiere a incomparecencia injustificada ante servicios públicos de empleo, agencias de colocación; omitir los datos para facilitar la recepción de notificaciones y comunicaciones; no entregar el justificante de haber comparecido a ofertas de empleo; incumplir el compromiso de actividad.

<sup>55</sup> El art. 25.4 LISOS se refiere a rechazar injustificadamente una oferta de empleo adecuada; o negarse injustificadamente a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo y acciones similares.

fundamentalmente con respecto a la comisión negociadora de los procedimientos y al contenido de la comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral<sup>56</sup>.

Es una lástima que no se haya aprovechado la ocasión para reordenar, numerar o agrupar contenidos en alguno de los muy extensos apartados que varios de los artículos reseñados poseen. Los cambios también ponen de relieve el fracaso de nuestro ordenamiento a la hora de ordenar los contenidos normativos de manera sistemática; la promesa de la Disposición Adicional Octava del estatuto de los Trabajadores parece una quimera; la revisión a fondo del propio ET, sin embargo, se ha convertido en una necesidad de la que nadie habla....

## 2. Cambios de aplicación común

Evidenciando la conveniencia de que el ET contuviese un pequeño capítulo de previsiones comunes a los diversos procesos de reestructuración empresarial, el RDL realiza un par de alteraciones que reitera en cada uno de los preceptos que contemplan la comisión negociadora y los sujetos legitimados para actuar, en representación de los trabajadores, como interlocutores ante la dirección de la empresa durante el periodo de consultas previo a la adopción de las prototípicas medidas colectivas para empresas en crisis. Se trata de la movilidad geográfica (artículo 40), la modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41), la suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 47), el despido colectivo (artículo 51.2) y la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos (artículo 82.3).

### A) Comisión negociadora única

La práctica reciente conoce supuestos muy complejos de empresas policéntricas, sin secciones sindicales organizadas y con centros de trabajo muy heterogéneos desde la perspectiva de la identidad de sus representantes laborales; por eso se había venido especulando sobre la posibilidad o, incluso, las ventajas de parcelar el proceso de adopción de medidas y abordarlo desde la óptica de cada centro de trabajo. Para acabar de complicar las cosas, la posibilidad abierta por el RD 1483/2012 de que se negociara por centros de trabajo era considerada en ocasiones contraria al tenor del ET y, por tanto, aprobada *ultra vires*<sup>57</sup>.

Acogiendo lo sustancial de la construcción patrocinada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, el RDL 11/2013 impone la existencia de una única comisión negociadora en cada proceso, de modo "desaparece la opción de que la consulta se realice separadamente por centros de trabajo". En los cinco tipos de procedimientos regulados se establece que la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien en el caso de ser varios los centros de trabajo afectados, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento<sup>58</sup>. Esta capital innovación puede encontrarse en los siguientes pasajes del articulado del Estatuto de los Trabajadores:

- Art. 40.2 ET, segundo párrafo, pasaje intermedio, para movilidad geográfica.

---

<sup>56</sup> Como viene sucediendo en estos casos en que una norma de rango superior modifica el tenor de otra de inferior jerarquía, para evitar la perpetuación de esa anomalía, el RDL 11/2013 prescribe que las determinaciones incluidas en normas reglamentarias que son objeto de modificación por este real decreto-ley podrán ser modificadas en el futuro por normas de rango reglamentario correspondiente a la norma en que figuran (DF Séptima).

<sup>57</sup> Por ejemplo, la SAN 17/2013 de 1 abril censuró la posibilidad de negociar de forma diferenciada para cada centro de trabajo en un ERE y la adopción de decisiones en cada uno de ellos; el ET regula un solo procedimiento negociador que debe abarcar toda la empresa, con independencia del número de centros de trabajo que tenga y de cuáles hayan sido o no afectados por el ERE.

<sup>58</sup> Con esta modificación, desaparece la posibilidad de que la consulta se realice separadamente por centros de trabajo, opción prevista en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

- Art. 41.4 ET, pasaje final del primer párrafo, para restantes modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.
- Art. 47.1 ET, pasaje inicial del quinto párrafo, para suspensiones contractuales o reducciones de jornada.
- Art. 51.2 ET, pasaje penúltimo del primer párrafo, para despidos colectivos.
- Art. 83.2 ET, segundo párrafo, que remite al art. 41.4 ET sobre los términos en que ha de actuarse para las inaplicaciones de convenio colectivo<sup>59</sup>.

Con independencia de las críticas de algunos sindicatos minoritarios<sup>60</sup> hay que recordar que las secciones sindicales siempre tienen prioridad para negociar, pero que ello está supeditado a su mayoritaria implantación en el ámbito del conflicto; de algún modo, si los trabajadores no se han movilizado (afiliándose, organizando las secciones) también están adoptando una postura de la que es lógico que se sigan ciertas consecuencias. Ello, al margen de que no sea tan indiscutible que la negociación siempre deba realizarse de modo unitario; tanto la libertad sindical cuanto la de empresa vienen propiciando que se desarrollen convenios colectivos en muy diversos ámbitos y a nadie se le escapa que mediante ellos se adoptan compromisos de empleo o decisiones que tienen mucho que ver con el abordaje de problemas de la empresa.

Es en el terreno de la conveniencia donde la decisión legislativa parece más subsumible; el tenor de las Directivas Comunitarias no parece lo bastante claro como para impedir que, habiendo un planteamiento completo del problema, las deliberaciones discurran en planos múltiples si así lo aceptan quienes poseen legitimación y representatividad. En todo caso, no parece existir obstáculo alguno para que la Ley adopte la novedad noticiada.

En todo caso, la dicción reiterada de la norma debe quedar nítida: la consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento.

#### B) Composición de la Comisión negociadora

\* NÚMERO.- Uno de los silencios más estremecedores de la precedente regulación era el referido a la composición de la comisión negociadora de las medidas de reestructuración laboral. Mientras se topaba el número de personas por cada *banco* a la hora de negociar un convenio colectivo, una suspensión contractual o un despido colectivo podía requerir la presencia de docenas de representantes de los trabajadores.

Tras el RDL 11/2013 se prevé que la comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes intervinientes en el periodo de consultas, en coherencia con el número de miembros que puede intervenir por cada una de las dos partes en la comisión negociadora del convenio colectivo de empresa. Son varios los pasajes donde se dispone literalmente que *la comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes*:

- Art. 40.2 ET, párrafo segundo, pasaje final, para movilidad geográfica.
- Art. 41.4 ET, pasaje final del primer párrafo, para modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.
- Art. 47.1 ET, pasaje final del quinto párrafo, para suspensiones contractuales o reducciones de jornada.
- Art. 51.2 ET, pasaje último del primer párrafo, para despidos colectivos.

<sup>59</sup> Sin aparente razón, mientras en las otras cuatro materias se reitera íntegramente la necesidad de que se negocie en el seno de una sola comisión, aquí la norma se ha limitado a la remisión íntegra al artículo 41.4 ET.

<sup>60</sup> Muy conocida es la de ELA-STV: con esta innovación se pretende “hurtar la intervención sindical en aquellos ámbitos (por ejemplo, Euskal Herria) donde los sindicatos podamos ser hostiles a los planes de destrucción de empleo”.

- Art. 83.2 ET, segundo párrafo, que remite al art. 41.4 ET sobre los términos en que ha de actuarse para las inaplicaciones de convenio colectivo<sup>61</sup>.

**\*IDENTIDAD.-** Una cosa es limitar el número de personas que pueden integrarse en la comisión negociadora y otra su propia determinación individualizada. ¿Quién las designa y con arreglo a qué criterios?

También en este punto el RDL 11 introduce una significativa pauta: los miembros de la representación de los trabajadores han de nombrarse en proporción al número de trabajadores de los centros afectados que representen. Lo que prescribe el ET, literalmente, es que si como resultado de la aplicación de los criterios que luego se verá el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, *en proporción al número de trabajadores que representen*. Hay que llamar la atención sobre alguna cuestión concreta:

- Estamos ante elección de carácter indirecto, porque son las personas que han obtenido la condición de representantes quienes, a su vez, eligen a los negociadores.
- La norma obvia el patrón representativo asumido en materia de negociación colectiva (atender, siempre, a la identidad de los miembros de comités de empresa o delegados de personal).
- La designación es sumamente trascendente porque para la adopción del acuerdo se requiere (como primero de los dos elementos exigidos) "la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores".
- En empresas de muchos centros de trabajo se plantearán dudas acerca del modo de entender tanto el modo de medir la representación cuanto la manera de designar los miembros negociadores.
- La norma simplifica en exceso, porque presupone que siempre se va a saber a cuántos trabajadores representa cada negociador, lo que en absoluto es cierto.
- Art. 83.2 ET, segundo párrafo, que remite al art. 41.4 ET sobre los términos en que ha de actuarse para las inaplicaciones de convenio colectivo<sup>62</sup>.

### C) Momento de constitución de la Comisión negociadora

La dificultad de articular una delegación realmente representativa del conjunto de los trabajadores afectados por las medidas de reestructuración vino llevando a que parte del tiempo que debía dedicarse a información y consulta sobre la pretendida decisión patronal se dedicase a resolver los obstáculos derivados de aquélla. Eso condujo a que se considerase *buena práctica* entablar contactos informales antes de abrir legalmente las negociaciones (en especial, así lo postuló la Audiencia Nacional). Ahora el RDL 11/2013 ha dispuesto que la comisión representativa de los trabajadores debe quedar constituida antes del inicio del periodo de consultas, aunque la falta de constitución de tal comisión no impide la apertura ni el transcurso del periodo de consultas. La regulación detallada es la siguiente:

- **REGLA PRINCIPAL:** la comisión representativa de los trabajadores debe quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas.
- **INICIATIVA PATRONAL:** para conseguir el objetivo perseguido, la dirección de la empresa debe comunicar de manera fehaciente a los

<sup>61</sup> Sin aparente razón, mientras en las otras cuatro materias se reitera que la comisión no puede superar los trece miembros por cada parte, aquí la norma se ha limitado a la remisión íntegra al artículo 41.4 ET.

<sup>62</sup> Sin aparente razón, mientras en las otras cuatro materias se reitera que la comisión no puede superar los trece miembros por cada parte, aquí la norma se ha limitado a la remisión íntegra al artículo 41.4 ET.



trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento.

- INTERLOCUCIÓN: sobre el empleador recae la carga de identificar si ha de dirigirse al conjunto de los trabajadores (por carecer de estructuras representativas), a sus delegados de personal o comités, al Comité Intercentros, a las secciones sindicales, o si procede una mezcla de esas opciones<sup>63</sup>.
- PLAZO CONSTITUTIVO: se fija el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa en siete días desde la fecha de la comunicación de la intención de iniciar el período de consultas o en quince cuando alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores<sup>64</sup>.
- CUMPLIMIENTO DEL TRÁMITE: la falta de constitución de tal comisión no impide el inicio ni el transcurso del periodo de consultas<sup>65</sup>, no comportando su constitución posterior la ampliación de su duración; por tanto, la dirección de la empresa, una vez transcurrido el plazo máximo para su constitución, podrá comunicar el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores.

Esta novedosa regulación sobre constitución de la comisión negociadora aparece reflejada en los diversos lugares en que se regulan las cinco medidas de reestructuración a que viene aludiéndose:

- Art. 40.2 ET cuarto párrafo, para movilidad geográfica.
- Art. 41.4 ET, cuarto párrafo, para modificaciones sustanciales.
- Art. 47.1 ET, séptimo párrafo (que habla de "apertura", que no inicio de las consultas), para reducción de jornada o suspensión del contrato.
- Art. 51.2 ET, tercer párrafo (que habla de "apertura", que no inicio de las consultas) para despidos colectivos.
- Art. 83.2 ET, segundo párrafo, que remite al art. 41.4 ET sobre los términos en que ha de actuarse para las inaplicaciones de convenio colectivo<sup>66</sup>, aunque advirtiendo que la interlocución debe ser con "los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1"<sup>67</sup>.

#### D) Interlocución de los trabajadores

METODOLOGÍA LEGAL.- En este punto, antes aludido, sobre titularidad de la interlocución por parte de los trabajadores la norma ha querido hilar especialmente fino, habida cuenta de los múltiples casos en que se ha discutido, precisamente, sobre la idoneidad de los negociadores. Evidenciando, una vez más, la escasa sistemática con que están contempladas las instituciones laborales de carácter colectivo que comportan reestructuraciones, la técnica normativa es muy curiosa: en el artículo 41.4 ET se aborda la cuestión (al hilo de cómo introducir modificaciones sustanciales) y en el resto de lugares se realiza una remisión (parcial) perfecta, de modo que *"la intervención como interlocutores ante la*

---

<sup>63</sup> No se trata de que el empleador elige interlocutores, sino de que es él quien asume el riesgo de tomar por tales a quienes realmente no lo sean.

<sup>64</sup> Huelga precisar que nos encontramos en relaciones de Derecho Privado y que el cómputo ha de realizarse por fechas naturales, sin exclusión alguna.

<sup>65</sup> Esta previsión debe ponerse en conexión con la obligación empresarial de poner en marcha el trámite para la designación de los miembros de la comisión.

<sup>66</sup> Sin aparente razón, mientras en las otras cuatro materias se reitera que la comisión no puede superar los trece miembros por cada parte, aquí la norma se ha limitado a la remisión íntegra al artículo 41.4 ET.

<sup>67</sup> Se aprecia una clara contradicción en esta figura del descuelgue, porque por un lado se remite a la negociación del convenio (que solo contempla la realizada teniendo como interlocutores a los órganos de representación unitaria o secciones sindicales implantadas) y por otro al procedimiento del artículo 41.4 ET (abierto a designaciones ad hoc y fórmulas mixtas).



*dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo".* Esto es lo que puede verse en:

- Art. 40.2 ET tercer párrafo, respecto de movilidad geográfica.
- Art. 47.1 ET, sexto párrafo, para reducciones de jornada o suspensiones del contrato de trabajo.
- Art. 51.2 ET, segundo párrafo, para despidos colectivos.
- Art. 82.3 ET, quinto párrafo, para inaplicaciones de convenio.

La reiterada fórmula legal ha comportado la importante derogación del polémico contenido del art. 26 del Reglamento aprobado por RD 1483/2012 sobre interlocución en el período de consultas<sup>68</sup>, ahora sustituido por una remisión a lo dispuesto en el artículo 41.4 ET. De este modo desaparece la preferencia del Comité Intercentros creado mediante la negociación colectiva (lo que colisiona con la primacía de las secciones sindicales cuando así lo decidan).

Lo mismo sucede respecto de la posibilidad que el Reglamento venía contemplando de constituir varias comisiones negociadoras a fin de deliberar sobre un procedimiento de reestructuración o la indefinición sobre su composición, pues el art. 27 del Reglamento también se ha visto alterado como consecuencia de los cambios en examen<sup>69</sup>. Asimismo, se altera lo previsto respecto de la adopción de acuerdos en el periodo de consultas pues se simplifican las reglas contenidas en el art. 28 del Reglamento.

En todo caso, lo que importa seguidamente es examinar con detalle el tenor de ese artículo 41.4 ET en la parte concerniente a sujetos negociadores, orden de preferencia y condiciones.

**PRIORIDAD DE LAS SECCIONES SINDICALES.**- En coherencia con lo previsto en el art. 28 CE, concordando con el art. 8º LOLS y replicando la regla del art. 87.1 ET, se establece la primacía sindical en la interlocución con la empresa, aunque supeditándola a su representatividad general. De este modo, la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales siempre que se cumplan dos siguientes requisitos:

- Que así lo acuerden las propias secciones sindicales<sup>70</sup>.
- Que las secciones sindicales tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados<sup>71</sup>.

Dándose esas dos notas, la norma dispone que las secciones sindicales "representarán a todos los trabajadores de los centros afectados", locución que se ha venido interpretando como que abarca también el supuesto en que en alguno de ellos no existan representantes unitarios. El matiz es sumamente relevante, porque atribuye a los sindicatos un poder expansivo notable y a la empresa una interlocución simplificada<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> El precepto se integra en un Capítulo dedicado a las "Disposiciones comunes a los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada".

<sup>69</sup> La DF Cuarta.Siete confiere nueva redacción a tal precepto, que se resume del siguiente modo:

La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora.

Tendrá un máximo de trece miembros por cada una de las partes.

En su acta de constitución debe constar que es colegiado en cuanto a la formación de su voluntad y el carácter vinculante de sus decisiones.

<sup>70</sup> Ello presupone que el sistema de adopción de acuerdos de cada sección se remite a la propia regulación (sin perjuicio de que respete el principio democrático consagrada en la CE y la LOLS).

No se aprecia obstáculo alguno, sino todo lo contrario, para que sea la empresa quien incite a tales secciones para que adopten la decisión de mérito.

<sup>71</sup> Se sobreentiende el significado de la exigencia: que las secciones sindicales concurrentes a la constitución de la comisión negociadora posean ese requisito, sumando su respectiva implantación.

<sup>72</sup> Dicho abiertamente: basta con que en alguno de los muchos centros de trabajo de una empresa exista órgano de representación y con que se haya constituido una o varias secciones sindicales para que la interlocución resulta posible, sin necesidad de poner en práctica mecanismos complementarios de designación (asamblearia, virtual, dirigida, etc.).

La regla sobre prioridad negociadora de las secciones sindicales comporta la entrada en juego del resto de previsiones solo de manera supletoria, es decir "en defecto de lo previsto" para aquéllas.

**REESTRUCTURACIÓN MONOCÉNTRICA.**- dicho queda que lo relevante para determinar la interlocución no era tanto si la empresa contaba con varios centros de trabajo sino si la medida en cuestión afectaba a varios de ellos. En el caso de que el procedimiento puesto en marcha por la empresa afecte a un único centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponde al comité de empresa o a los delegados de personal<sup>73</sup>.

¿Qué sucede si en el único centro de trabajo afectado por la medida que desea implantar la empresa no existen delegados de personal o comité de empresa? La respuesta no ha variado respecto de la situación previa:

- Los trabajadores pueden atribuir su representación a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por empleados "de la propia empresa"<sup>74</sup> y elegida democráticamente.
- Los trabajadores, por el contrario, pueden optar por una comisión (con un máximo de tres miembros) designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma<sup>75</sup>.

El simplismo de las previsiones normativas (que no surgen con el RDL 11/2013 es evidente pues solo contempla dos hipótesis y:

- a) Los trabajadores podrían optar por no atribuir representación alguna.
- b) Limita a tres el número de miembros de la comisión, presuponiendo que estamos ante centros de trabajo de escasa dimensión, cuando la realidad puede ser muy otra.
- c) Silencia el modo en que haya de procederse a la designación.

**REESTRUCTURACIÓN POLICÉNTRICA.**- Mayor complejidad, como es lógico, surge cuando el procedimiento puesto en marcha por la empresa afecta a más de un centro de trabajo<sup>76</sup>, en cuyo caso se abre el siguiente cuadro de posibilidades.

#### 1º) Comité Intercentros

Siempre que exista un Comité intercentros y que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación, es claro que le corresponde a él la interlocución<sup>77</sup>.

<sup>73</sup> Se trata de previsión inequívoca, ya que estamos ante órganos que representan, por definición, al conjunto de los trabajadores; véase el art. 63.1 ET.

<sup>74</sup> La locución entrecomillada parece abrir las puertas a la elección de personas que no estén adscritas al centro de trabajo afectado por el procedimiento, lo que carece de lógica.

<sup>75</sup> En este supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

<sup>76</sup> La complejidad derivada de la tipología de supuestos que puede darse se acrecienta con la decisión normativa de adjudicar mayor o menor presencia en función del número de trabajadores existente en cada uno de los centros afectados. Parece exagerado hablar de inconstitucionalidad (la norma busca soluciones, precisamente por la ausencia de representación unitaria y la mayor representatividad sindical, a su vez, se ha construido en nuestro Derecho sobre la base de la audiencia electoral).

Otra cosa es que el enfoque adoptado no esté exento de problemas interpretativos; como en todo problema de Derecho colectivo, la solución idónea pasa por un acuerdo de tal tipo que se asiente en criterios objetivos y razonables.

A su vez, conferir la representación en estos casos a los sindicatos, sin haber acreditado previamente la audiencia o presencia relevante no parece que pueda ampararse en su representatividad universal; la libertad sindical negativa también juega como límite.

<sup>77</sup> En realidad, la norma se limita a concordar con las previsiones del artículo 64.3 del propio ET, conforme al cual sólo por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un comité intercentros (con un máximo de 13 miembros, designados de entre los componentes de los

De este modo, para que el Comité Intercentros asuma la interlocución bien pudiera decirse que deben concurrir cumulativamente los siguientes presupuestos: a) Que la empresa esté organizada en varios centros de trabajo. b) Que exista un Comité Intercentros, creado y apoderado por convenio colectivo, tal y como la Ley exige. c) Que la empresa impulse una medida inicialmente referida a varios de sus centros de trabajo. d) Que las secciones sindicales no activen su prioridad para actuar como representantes de los trabajadores<sup>78</sup>.

## 2º) Comisión representativa

Como es lógico, la complejidad regulatoria surge cuando la empresa promueve mediadas que afectan a varios centros de trabajo y no se cuenta con un Comité Intercentros, en cuyo caso forzosamente hay que atender a los propios delegados de personal o comités de empresa, con la evidente posibilidad de que no todos los centros de trabajos cuenten con este tipo de representación unitaria<sup>79</sup>.

**Primera hipótesis:** todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores. En tal caso, la comisión estará integrada por todos ellos, debiendo recordarse aquí la necesidad de respetar las reglas ya examinadas sobre número máximo (trece) o necesidad de correspondencia con el tamaño del centro que los eligió (los miembros de la comisión han de elegirse *en proporción al número de trabajadores que representen*).

**Segunda hipótesis:** alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no. En tal supuesto la complejidad es mayor, puesto que pueden plantearse varias hipótesis:

- Si en ningún centro ayuno de representación se promueve la designación de la comisión *ad hoc*, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes<sup>80</sup>.
- Si los trabajadores de los centros sin representantes legales designan lo delegados *ad hoc*, la comisión representativa se integra por los representantes legales y por tales delegados, en proporción al número de trabajadores que representen.
- Cuando algún centro de trabajo sin RLT no designa delegados, su representación acrece la de los representantes legales, en proporción al número de trabajadores que representen.

**Tercera Hipótesis:** ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores. En este caso la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los delegados *ad hoc*, en proporción al número de trabajadores que representen.

---

distintos comités de centro), cuyas funciones son "las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerde su creación".

<sup>78</sup> En términos parecidos puede verse la SAN 85/2013, de 26 de abril.

<sup>79</sup> En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

<sup>80</sup> Se produce así una especie de irradiación representativa que puede resultar anómala pero que deriva de la doble pasividad de los trabajadores *ignorados* (ni promovieron elecciones, ni propician designación *ad hoc*).

### E) Inicio de las consultas

Como antes se vio, existe un tiempo (7 o 15 días) para que se constituya la "comisión representativa", que comienza a discurrir desde que la empresa comunica el propósito de inicio del período de consultas. Consciente de que ha introducido un trámite previo adicional, el legislador adopta medidas que pongan de relieve la necesidad de resolver el tema en un plazo concorde con las dificultades por las que atraviesa la empresa (al menos en estimación patronal). Para ello acuña un par de reglas:

- Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar *formalmente*<sup>81</sup> el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores<sup>82</sup>.
- La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas<sup>83</sup>, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

Estas previsiones aparecen replicadas en cada una de las medidas de reestructuración a que se viene aludiendo:

- Art. 40.2 ET, párrafo quinto, para la movilidad geográfica.
- Art. 41.4 ET, párrafo quinto, para la modificación sustancial.
- Art. 47.1 ET, párrafo octavo, para la suspensión o reducción de jornada<sup>84</sup>.
- Art. 51.2 ET, cuarto párrafo, para despidos colectivos.
- Art. 83.2 ET, segundo párrafo, que remite al art. 41.4 ET sobre los términos en que ha de actuarse para las inaplicaciones de convenio colectivo<sup>85</sup>.

### F) Mayorías internas para acuerdos

La adopción de decisiones por el lado de los trabajadores se complica cuando no estamos en presencia de un único sujeto colectivo; de ahí que las mayorías *internas* deban ser también objeto de atención una vez designadas las concretas personas que van a representar a los trabajadores<sup>86</sup>. ¿Cada una de ellas tiene el peso decisor de su organización, del número de representantes que hay en su centro de trabajo? ¿Hay que estar al número de empleados? ¿Opera el *ius adcrescendi* a que se hizo referencia más arriba? ¿O acaso cada persona física cuenta como un voto y solo a ello ha de estarse?

Queriendo resolver esos complejos temas (cuya dificultad, a su vez, en buena medida deriva de las fórmulas legalmente adoptadas para encauzar la

---

<sup>81</sup> El adverbio "formalmente" muestra que la norma es consciente de introducir un trámite informal de consultas, no solo una fase previa para identificar a los interlocutores.

Esta locución, por cierto, aparece omitida respecto de la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo

<sup>82</sup> ¿Qué sucede si la empresa pospone la comunicación del inicio del período de consultas? Lo más razonable es que siga siendo válido el trámite previo, aunque tampoco pueda pensarse que no existe un tope máximo, porque ello equivaldría a legitimar la constitución *preventiva* de comisiones representativas. No queda más remedio que remitir a conceptos abiertos (razonable inmediatez) y estar a las circunstancias del caso.

<sup>83</sup> Se trata de un trámite virtual, porque discurre sin que cumpla su cometido esencial. Pero disponer lo contrario podría fomentar el obstruccionismo o premiar la pasividad y eso acaba perjudicando a la empresa (es decir, en la filosofía legislativa, al empleo de los propios trabajadores).

<sup>84</sup> Puesto que en este caso interviene la Administración Laboral, la fórmula legislativa varía de manera significativa: la empresa "podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del periodo de consultas".

<sup>85</sup> Sin aparente razón, mientras en las otras cuatro materias se reproduce íntegramente lo expuesto, aquí la norma se ha limitado a la remisión íntegra al artículo 41.4 ET.

<sup>86</sup> Adaptando la fórmula originaria, la nueva redacción del art. 28.1 RPDC dispone que sólo se considerará acuerdo colectivo en el periodo de consultas aquel que haya sido adoptado por los sujetos a quienes se reconoce la interlocución.

interlocución de los trabajadores) se adopta la regla de la *doble mayoría* como presupuesto para la validez de lo que decidan los trabajadores. Por lo tanto, el acuerdo solo se produce si otorga su conformidad:

- La mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores.
- Una mayoría (de representantes o negociadores) que, a su vez, represente a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados<sup>87</sup>.

La doble y cumulativa exigencia se encuentra en los preceptos que regulan las diversas posibles medidas de reestructuración<sup>88</sup>:

- Art. 40.2 ET, párrafo séptimo, para movilidad geográfica.
- Art. 41.4 ET, párrafo sexto, para modificaciones sustanciales.
- Art. 47.1 ET, párrafo decimoprimer *in fine*, para suspensiones o reducciones de jornada.
- Art. 51.2 ET, párrafo noveno, para los despidos colectivos.
- Art. 83.2 ET, segundo párrafo, que remite al art. 41.4 ET sobre los términos en que ha de actuarse para las inaplicaciones de convenio colectivo<sup>89</sup>.

La nueva redacción del artículo 28 del RD 1483/2012 (RDPDC) comienza reproduciendo la redacción del ET respecto de la mayoría interna de la parte asalariada (idéntica a la preexistente) y añade una precisión acerca del modo de obtenerla: se considerará el porcentaje de representación que tenga, en cada caso, cada uno de sus integrantes<sup>90</sup>. La sustitución del criterio de la representatividad sindical por el del número de trabajadores de los centros afectados, propicia problemas (ante apuntados) y genera dudas sobre cómo contabilizar la representatividad cuando no se habla de sindicatos con determinado número de representantes, sino de delegados ad hoc designados por un conjunto de trabajadores.

### G) Previsiones intertemporales

La Disposición transitoria segunda del RDL ("Régimen aplicable a procedimientos y expedientes en tramitación") reitera el criterio clásico conforme al cual los negocios jurídicos que estén *in fieri* no se ven afectados por los cambios:

- Los procedimientos de reestructuración<sup>91</sup> que estuvieran en tramitación el domingo 4 de agosto de 2013<sup>92</sup> siguen regulándose por la normativa vigente en el momento de su inicio.
- La misma idea se traslada al ámbito concursal: las innovaciones afectan solo a las medidas que se soliciten desde entonces y supongan la extinción, suspensión o modificación colectiva de los contratos de trabajo<sup>93</sup>.

---

<sup>87</sup> No se alude a la mayoría de los afectados por la medida propuesta, sino a la mayoría de los trabajadores de los centros de trabajo afectados. La diferencia entre ambas opciones es enorme.

<sup>88</sup> La LC asume similar exigencia, como luego se verá.

<sup>89</sup> Sin aparente razón, mientras en las otras cuatro materias se explicita el requisito de la doble mayoría, aquí la norma se ha limitado a la remisión íntegra al artículo 41.4 ET.

<sup>90</sup> La sustitución del periodo de consultas por los procedimientos de mediación o de arbitraje aplicables sigue siendo posible en cualquier momento pero "dentro del plazo máximo de duración establecido para la consulta".

<sup>91</sup> La previsión lista los cinco supuestos en cuestión: de movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable así como los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

<sup>92</sup> Fecha de entrada en vigor del RDL 13/2011, conforme a su DF Décima.

<sup>93</sup> Aquí lo relevante no es que se inicie el procedimiento concursal antes o después, sino que se inste la adopción de medidas laborales a partir del 4 de agosto.

- En el caso de expedientes de los artículos 47 o 51 ET resueltos por la Autoridad Laboral que estuvieren vigentes el 4 de agosto de 2013 se estará a la normativa en vigor cuando se dictó la resolución del expediente.

### 3. Reducciones de jornada y suspensiones contractuales

Las modificaciones de común aplicación a las diversas medidas de reestructuración laboral (comisión negociadora única, identidad de los negociadores, dinámica temporal, interlocución, mayorías internas, transitoriedades) no agotan los cambios introducidos respecto del procedimiento contemplado en el artículo 47 ET para suspensiones contractuales o reducciones de jornada.

#### A) Indicación normativa

El escueto texto anteriormente vigente, donde la Ley se circunscribía a indicar que el empresario podrá suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se enriquece con una advertencia acerca de que ello ha de hacerse “con arreglo a lo previsto en este artículo y al procedimiento que se determine reglamentariamente”. El cambio no es tanto real (pues ya las cosas eran así)<sup>94</sup> cuanto simbólico, para dejar bien claro el papel complementario que el desarrollo de la ley posee en la propia configuración de la causa suspensiva.

#### B) Contenido de la comunicación inicial

En paralelo con los cambios respecto de la documentación exigida para despidos colectivos, se altera el contenido de la comunicación formal de apertura del periodo de consultas que debe dirigirse a los representantes de los trabajadores, y sus documentos acompañatorios. El RDPDC incluye ahora también las referencias a la interlocución por el lado de los trabajadores entre los “extremos” que debe contener la comunicación<sup>95</sup>; en concreto, lo que debe incluir la empresa es:

- Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de suspensión de contratos o de reducción de jornada.
- Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

#### C) Comunicación a la autoridad laboral

La DF Cuarta.Cinco del RDL 11/2013 modifica el artículo 19 del Reglamento aprobado por RD 1483/2012 (“comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral”) en sus dos primeros apartados:

- El apartado 1 alberga la obligación *paralela* a la principal (comunicar el propósito reestructurador a los representantes de los trabajadores): hacer llegar a la autoridad laboral “simultáneamente” copia de los escritos y documentos utilizados para cumplir aquélla. Seguramente por olvido la

<sup>94</sup> Tanto la Ley 3/2012 (DF 19ª) cuanto el ET (DF Quinta) poseen cláusulas de habilitación para el desarrollo normativo. Más específicamente, el número 2 de la DF 19ª de la Ley 3/2012 ordenaba la aprobación de un Real Decreto sobre el reglamento de procedimiento de despidos colectivos “y de suspensión de contratos y reducción de jornada que desarrolle lo establecido en ella, con especial atención a los aspectos relativos al periodo de consultas, la información a facilitar a los representantes de los trabajadores en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para velar por su efectividad...”.

<sup>95</sup> La DF Cuarta, número Cuatro, da nueva redacción al art. 17.2 del Reglamento aprobado mediante RD 1483/2012.

norma omite la preferencia por el soporte informático que se ha formulado en materia de despidos colectivos<sup>96</sup>.

- El papel que la Autoridad Laboral desempeña en estos casos requiere una específica revisión sobre las cuestiones antes aludidas. El modo de introducirla lleva a la modificación del apartado 2, exigiendo al empleador que remita a la Autoridad Laboral información sobre la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión negociadora del procedimiento<sup>97</sup>.

#### **D) Negociación de buena fe**

Aunque la existencia de una fase interna de interlocución implica, de manera esencial, que “durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo” esa expresión era omitida por el tenor del artículo 47.1 ET, mientras que el RDL 13/2011 la lleva expresamente al párrafo decimoprimer del mismo<sup>98</sup>.

#### **E) Vigencia de la suspensión**

La Ley venía disponiendo que una vez finalizado el período de consultas, siempre que todas las actuaciones fuesen ajustadas a Derecho, se desencadenaba la siguiente secuencia fáctica: 1º) el empresario notifica a los trabajadores y a la Autoridad Laboral su decisión; 2º) la Autoridad Laboral traslada la decisión empresarial al SPEE; 3º) la decisión empresarial surte sus efectos a partir de la fecha de la comunicación efectuada por la Autoridad Laboral “salvo que en ella se contemple una posterior”.

Ahora el RDL 11/2013 altera el momento en que despliega sus efectos la suspensión, eliminando su dependencia de las actuaciones desarrolladas por la AL; la decisión empresarial surtirá efectos a partir *de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral*, salvo que en ella se contemple una posterior.

El cambio es coherente con el deseo de eliminar incertidumbres (la empresa conoce de manera fehaciente y directa el día en que ha trasladado su decisión a la Autoridad Laboral) pero en modo alguno puede llevar a pensar que se está concediendo eficacia irrevisable a la decisión patronal.

#### **F) Caducidad del procedimiento**

La actual configuración de las medidas colectivas de reestructuración, lógicamente, es tributaria de la etapa precedente; el papel decisivo de la Autoridad Laboral (con sus ventajas e inconvenientes) y el carácter administrativo del procedimiento seguido siguen pesando en muchos enfoques.

En esa tesitura, el RDL ha decidido acudir en apoyo de una regla que había incorporado pese a que carecía de cobertura legal y no era muy coherente con el nuevo diseño. Ahora es la propia Ley (nuevo párrafo 14º del artículo 47.1 ET) la que prescribe que si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la

---

<sup>96</sup> El texto publicado en BOE del 3 de agosto de 2013 prescribió que el art. 17.1 del RD 1483 quedaba redactado en unos términos que venían a ser coincidentes con los previos, por lo que quedaba clara que su intención era la de haber introducido ese vehículo de comunicación como prioritario, lo que si se había hecho respecto del despido colectivo. La posterior corrección de errores, por lo tanto, era lógica.

<sup>97</sup> Nueva redacción al art. 19.2 del RD 1483/2012 operada por DF Cuarta, apartado Cinco del RDL 11/2013.

<sup>98</sup> Se produce así la equiparación con lo que venía y viene prescribiendo el ET respecto de traslados (art. 40.2), modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41.4), consecuencias de la transmisión empresarial (art. 44.9) y despido colectivo (art. 51.2).



suspensión de contratos, se producirá la caducidad del procedimiento en los términos que reglamentariamente se establezcan. Una anotación mínima muestra lo siguiente:

- La innecesaria alusión a los términos que establezca el Reglamento, cuando estamos hablando de un plazo de caducidad y solo una norma con rango de Ley puede definir el alcance de los derechos.
- La imprecisa referencia a “la última reunión” como *dies a quo* cuando es posible que haya transcurrido el plazo sin reunión alguna (por falta de interlocutores, por boicot de los negociadores, etc.) o que ese evento no coincida con el final del plazo de deliberaciones, momento que debiera ser el término inicial de cómputo.

#### G) Infracción administrativa reforzada

\* La Ley 13/2012, de 26 de diciembre, sobre Lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, introdujo una nueva infracción grave en el artículo 22.13 LISOS con el fin de tipificar, en aquellos supuestos de suspensión o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el incumplimiento de la obligación de comunicar a la entidad gestora las variaciones sobre el calendario inicial de los días de suspensión o de reducción de jornada<sup>99</sup>.

\* A partir de tal previsión se aprobó la Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo, por la que se regula el contenido y el procedimiento de remisión de la comunicación que deben efectuar los empleadores a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo en los procedimientos de despido colectivo, y de suspensión de contratos y reducción de jornada (BOE 4 de junio)<sup>100</sup>.

\* A su vez, el RDL 11/2013 revisa la tipificación realizada, para acabar con la paradoja que suponía haber tipificado como infracción grave no comunicar a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo los cambios respecto del calendario inicialmente previsto y omitir el silencio respecto de las propias medidas iniciales<sup>101</sup>. Con ello se ha pretendido evitar la situación de que sea más favorable para el infractor no realizar ninguna comunicación, incumpliendo sus obligaciones de forma absoluta, que incumplir parcialmente al no comunicar las variaciones”

El Preámbulo explica que de ese modo se atendería al “principio de proporcionalidad” y “al derecho de los trabajadores, al sistema de protección social y a la libre competencia entre las empresas”<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> En el mismo sentido, se establece como infracción muy grave, en el artículo 23.1.j), la ocupación de los trabajadores afectados en el período de aplicación de las medidas de suspensión de los contratos o en el horario de reducción de las jornadas autorizadas.

<sup>100</sup> La Orden prescribe que la comunicación de los empleadores a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, se realizará a través de los medios electrónicos.

Conforme a la misma, en los casos del art. 47 ET, la comunicación deberá consignar, por cada trabajador, las fechas de inicio y de fin de los efectos entre las que se extenderá su vigencia, y determinará el calendario con los días concretos de suspensión de contrato o reducción de jornada individualizados por cada uno de los trabajadores afectados. En el supuesto de reducción de la jornada, se determinará el porcentaje de disminución temporal, computada sobre la base diaria, semanal, mensual o anual, los periodos concretos en los que se va a producir la reducción así como el horario de trabajo diario afectado por la misma, durante todo el periodo que se extienda su vigencia.

Cuando se decidan variaciones en los datos comunicados previamente sobre la aplicación de las referidas medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada, la empresa deberá comunicar dichas variaciones con carácter previo a que se produzcan.

<sup>101</sup> Quede constancia de la aparente confusión en que se mueven las normas acerca de si la decisión sobre las medidas en cuestión ha de comunicarse a la Autoridad Laboral (y ella se los traslada al SPEE) o a la Entidad Gestora de la prestación por desempleo.

La conclusión más lógica es que la empresa viene obligada a una doble comunicación, por más que ello deje sin sentido la coordinación entre Autoridad Laboral y SPEE.

<sup>102</sup> Es discutible el punto de partida. Si bien silencio inicial no podía sancionarse (por ausencia de tipicidad), las variaciones sobre el calendario inicial (presentado a la Autoridad Laboral) bien podrían haber seguido suerte contraria.

## 4. Despidos colectivos

La Reforma de 2012 introdujo relevantes cambios en materia de despido colectivo, tanto en sus causas cuanto al procedimiento (papel de la Autoridad Laboral, documentación a entregar) o a la revisión jurisdiccional de todo ello.

Se trata de materia sumamente sensible y respecto de la cual se ha sobredimensionado tanto la conflictividad (la mayoría de ellos han finalizado sin revisión) cuanto la censura judicial (tras una primera etapa de exageración formalista se ha abierto otra más ponderada). Para evitar incurrir en errores propios de valoraciones apresuradas, los retoques ahora introducidos (e inmediatamente cuestionados, tanto en su acierto cuanto en su propia constitucionalidad) no deben sobrevalorarse ni menospreciarse. Veamos cuáles han sido.

### A) Comunicación inicial

Cualquiera que sea la causa alegada para los despidos colectivos, la comunicación de inicio del período de consultas que la empresa ha de trasladar tanto a los representantes de los trabajadores cuanto a la Autoridad Laboral tiene un contenido mínimo.

#### a. Acreditación de la interlocución

Se añaden dos nuevas aperturas al listado de “extremos” a consignar en el escrito mediante el que la empresa comunica la apertura del período de consultas<sup>103</sup>. La redacción de los apartados se reproduce de forma literal en el artículo 51.2 ET y en el art. 3.1 del Reglamento de desarrollo<sup>104</sup>:

En paralelo con los cambios introducidos respecto de las suspensiones de contrato o reducción de jornada, el ET y el RDPDC<sup>105</sup> incluyen ahora también las referencias a la interlocución por el lado de los trabajadores como contenido mínimo, de modo que se debe especificar:

- Copia de la comunicación dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de despido colectivo.
- Representantes de los trabajadores que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.

\*El al art. 6.2 del Reglamento viene especificando la información que la empresa debe trasladar a la Autoridad Laboral respecto de sus interlocutores. En concordancia con los cambios analizados (de común aplicación a todos los procedimientos), ahora se generaliza y simplifica el alcance de tal deber, referido a la composición de las diferentes representaciones de los trabajadores, sobre los centros de trabajo sin representación unitaria y, en su caso, las actas relativas a la atribución de la representación a la comisión negociadora.

#### b. Mayor concreción documental

Para entender el significado de este cambio, así como las reacciones que ha suscitado, conviene recordar que un número significativo de sentencias declaró la

---

<sup>103</sup> Recuérdese que el mismo se dirige a los representantes legales de los trabajadores, y que una copia debe entregarse a la autoridad laboral.

<sup>104</sup> El artículo 3º regula la documentación común a todos los procedimientos de despido colectivo, ahora actualizado mediante la DF Cuarta del RDL 11/2013.

<sup>105</sup> El Preámbulo de la norma explica que, en lo relativo al RD 1483/2012 se trata de “adaptar la regulación reglamentaria de estos procedimientos a los cambios introducidos por este real decreto-ley en los artículos 47 y 51 del Estatuto de los Trabajadores, fundamentalmente con respecto a la comisión negociadora de los procedimientos y al contenido de la comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral”.

nulidad de los despidos colectivos por insuficiente soporte documental de la iniciativa empresarial.

Es verdad que la Audiencia Nacional, en cuanto órgano máximamente especializado en estos temas, acabó centrando las cosas: ni todo documento es imprescindible (de modo que la nulidad no puede surgir por cualquier ausencia) ni tiene sentido que quien ha estado presente en la negociación callando sobre el particular invoque posteriormente la nulidad por ausencia de alguno de ellos.

Por comparación entre la redacción legal del actual art. 51.2.sexto párrafo ET y su predecesor, puede anotarse lo siguiente:

- Se parte de la obligación de entregar ciertos documentos tanto a “los representantes legales de los trabajadores” cuanto a “la autoridad laboral”.
- Con abierta locución, la norma vieja pedía que se acompañara “toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo”. Sin embargo, ahora se concreta mucho más: “una memoria explicativa de las causas del despido” y de sus datos relevantes; también, en particular, “la documentación contable y fiscal y los informes técnicos”.
- En ambos casos aparece un condicionante o remisión muy importante: la documentación adicional ha de prepararse “en los términos que reglamentariamente se determinen” (viejo) o “en los términos que reglamentariamente se establezcan” (nuevo).

\*El RPDC también deja claro que la memoria explicativa debe acompañarse en la comunicación dirigida a la autoridad laboral, lo que antes quedaba un poco confuso. Conforme al precepto ahora vigente, el empresario hará llegar a la autoridad laboral simultáneamente a su entrega a los representantes legales de los trabajadores, copia de la comunicación entregada a ellos y “la documentación señalada en el artículo 18”<sup>106</sup>.

### *c. Grupos de empresas*

Son muchas las dudas que ha venido suscitando el despido colectivo en supuestos en que existe un grupo de empresas, a lo que sin duda ha contribuido la propia ambigüedad con que a veces se utiliza este concepto. La STS 27 mayo 2013, al hilo de la documentación que el empresario ha de poner a disposición de la representación social en caso de despido colectivo, ha sentado unos principios que conviene recordar y que vienen a clarificar algunas cuestiones relevantes:

- El grupo de empresas existe cuando así lo proclama la legislación mercantil.
- La declaración del grupo de empresas a efectos laborales conlleva la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del grupo.
- Los grupos de empresas a efectos laborales son una creación judicial que requiere la concurrencia de ciertos elementos de confusión entre las empresas: (i) funcionamiento unitario o unidad de dirección; (ii) confusión de plantilla; (iii) confusión de patrimonios o caja única; o (iv) apariencia externa de unidad empresarial.
- Las obligaciones en la aportación de determinada documental en grupos de empresas no conlleva una alteración del régimen de responsabilidad entre las compañías, y mucho menos, la responsabilidad solidaria entre éstas; pues dicha previsión se habría introducido expresamente por el legislador.

---

<sup>106</sup> Sin embargo, el art. 6.1 viejo pedía que el empresario hiciera llegar a la Autoridad Laboral “copia del escrito a que se refiere el artículo 2, así como la documentación señalada en el artículo 3 y en los artículos 4 y 5, según las causas del despido” y la memoria en cuestión aparecía nominalmente mencionada, ni como contenido de los escritos iniciales, ni como documentación propiamente dicha. En la práctica se vino acompañando de modo pacífico, de acuerdo con la clara finalidad de los preceptos en cuestión.

- Esa aportación documental tiene una finalidad informativa al objeto de comprobar, en términos del Alto Tribunal, “la limpieza de relaciones” entre las empresas integrantes del grupo mercantil así como la observación de posibles elementos adicionales propios del grupo de empresas a efectos laborales y que conllevarían la responsabilidad solidaria de las mercantiles.

Sobre esas bases (inalteradas) se introduce un cambio respecto de la documentación a entregar en los despidos colectivos por causas económicas (art. 4.4 del RDPDC) en empresas multinacionales. El resultado es el que sigue

- Si la empresa está obligada a formular cuentas consolidadas deben acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Lo que ahora se hace es precisar que esta obligación solo juega cuando la sociedad dominante tenga su domicilio en España, restringiendo así el ámbito operativo de la obligación<sup>107</sup>; la existencia de saldos acreedores o deudores entre las sociedades constituye requisito mantenido en sus propios términos.
- Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, deberán acompañarse las de las demás empresas del grupo (en su caso, debidamente auditadas) cuando concurren tres requisitos: que dichas empresas tengan su domicilio social en España; que las empresas tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad; que las empresas tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.

En suma: el cambio introducido se refiere solo a la documentación a aportar, no a la causa del despido o al ámbito en que haya de enjuiciarse el mismo, lo que debe seguir enjuiciándose por los criterios anteriores, compendiado en la sentencia del Supremo de mayo pasado.

#### *d. Medios telemáticos*

Ya se apuntó, al hilo del procedimiento del art. 47 ET, que las modificaciones introducidas han aprovechado para apostar por la gestión informática de los despidos colectivos, en el aspecto procedimental.

De este modo, el artículo 6 del Reglamento dispone ahora que cuanto el empleador que promueve el despido colectivo debe hacer llegar a la Autoridad Laboral (escritos, documentación, memoria) puede hacerlo *preferiblemente en soporte informático*, lo que sin duda requiere la habilitación de los cauces adecuados por parte de la Administración.

### **B) Caducidad del procedimiento**

Conforme al nuevo párrafo 13º del artículo 51.2 ET, si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el periodo de consultas, el empresario no hubiera comunicado a los representantes de los trabajadores y a la

---

<sup>107</sup> Para CCO y UGT se trata de innovación que comporta “un claro perjuicio para los trabajadores de las empresas domiciliadas en España pertenecientes a grupos multinacionales”, entendiéndose que “esta previsión incurre en serias dudas de constitucionalidad al establecer un diferente trato ante la ley, lo que está expresamente prohibido por el art. 14 de nuestra Constitución”.

El juicio de constitucionalidad, seguramente, pasa por precisar si se puede comparar una realidad (empresa domiciliada en España y sujeta a tal ordenamiento) con otra diversa (empresa domiciliada en España y sujeta a otro ordenamiento); si prevalece la perspectiva del empleador o la del trabajador.

autoridad laboral su decisión sobre el despido colectivo, se producirá la caducidad del procedimiento en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Hay que dar por reproducidas todas las reflexiones realizadas al hilo de los procedimientos del artículo 47 ET.

### C) Comunicación individualizada de los despidos

El artículo 51 ET parecía reservar el término *decisión* (de despedir) para la adoptada por la empresa en ausencia de acuerdo durante la fase de deliberaciones, por lo que cuando su apartado 4 venía exigiendo que las formalidades de los despidos se observen en los términos previstos por el art. 53.1 ET para las extinciones por causas objetivas surgía la duda sobre si aplicaban de tales requisitos en caso de que el despido colectivo hubiera desembocado en un acuerdo.

El RDL 11/2013 ha finalizado con cualquier tipo de discusión sobre el tema, al aclarar que la notificación individual de los despidos ha de llevarse a cabo en esos términos "alcanzado el acuerdo o comunicada la decisión a los representantes de los trabajadores"<sup>108</sup>.

### D) Modalidad procesal específica

En el Libro II de la Ley 36/2011, de 10 octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social ("Del proceso ordinario"), tras los cambios introducidos por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el Capítulo ("De la extinción del contrato por causas objetivas, por despido colectivo y otras causas de extinción") aparece una segunda sección cuyo contenido está constituido por un único precepto, el artículo 124, de rúbrica coincidente con la misma: *Despidos colectivos por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción o derivadas de fuerza mayor*.

Por estricta referencia a los despidos colectivos puros (por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción), una consecuencia de la eliminación de la autorización administrativa es la judicialización del conflicto ante las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia [7 a) 2º LRJS] y de la Audiencia Nacional (art. 8.1.2º LRJS)<sup>109</sup>. La pretensión se canaliza, justamente, por los trámites del nuevo art. 124 LRJS y que ahora resultan parcialmente retocados; el artículo 11 del RDL 11/2013 modifica la LRJS en tres cuestiones principales:

- "Para que la impugnación colectiva asuma un mayor espacio" se potencia el efecto de la resolución judicial dictada en el pleito colectivo, de modo que la discusión individual se condicionará al resultado de la que posea tal dimensión.
- Se aclaran las causas de nulidad del despido colectivo "para dotarlo de mayor seguridad jurídica".
- Se permite que las sentencias que declaren nulo un despido colectivo sean directamente ejecutables, sin necesidad de acudir a procedimientos individuales.

Conviene resaltar que, al justificar la extraordinaria y urgente necesidad de estos cambios se apunta hacia la necesidad de evitar la litigiosidad y la saturación de los órganos jurisdiccionales del orden social, cumplir con el principio de celeridad consagrado legalmente y propiciar una mayor seguridad jurídica. El lector puede casar fácilmente estas tres finalidades con las variaciones mencionadas.

---

<sup>108</sup> Se mantiene la regla conforme a la cual en todo caso, deberán haber transcurrido como mínimo treinta días entre la fecha de la comunicación de la apertura del periodo de consultas a la autoridad laboral y la fecha de efectos del despido.

<sup>109</sup> Nótese que la atribución competencial se hace al margen de la LOPJ, contraviniendo seguramente el art. 75 de la citada Ley. Véase A. Palomar Olmeda, "La posición de la Autoridad laboral en el ámbito de los despidos colectivos", AS nº 1/2012 (BIB 2012\514).

#### *a. Suspensión de la caducidad*

ACCIÓN DE JACTANCIA.- Una de las innovaciones más desconcertantes de la LRJS respecto de la impugnación de los despidos colectivos viene dada por la posibilidad de que sea la propia empresa la que residencie el despido colectivo ante el correspondiente tribunal. En concreto, eso cabe cuando concurran las siguientes circunstancias:

- Transcurre el plazo de caducidad de veinte días desde que se pactó o decidió el despido colectivo;
- Los representantes legales y sindicales de los trabajadores permanecen pasivos respecto del referido despido, sin accionar conforme a lo previsto en el art. 124.1 LRJS.
- La Autoridad Laboral competente tampoco acciona frente al despido con arreglo al art. 148.b) LRJS
- La empresa presenta demanda, en el plazo de veinte días desde la finalización del plazo anterior, interesando que se declare ajustada a Derecho su decisión extintiva.

El RDL 11/2013 añade ahora que la presentación de la demanda por el empresario suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual del despido, lo que constituye una consecuencia lógica y a la que antes se accedía a partir de una interpretación sistemática de lo previsto en el apartado 6 del mismo art. 124 LRJS.

IMPUGNACIÓN POR LOS TRABAJADORES.- Prescribe el art. 124.6 LRJS que la demanda debe presentarse en el plazo de caducidad de veinte días desde la fecha del acuerdo alcanzado en el período de consultas o de la notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo.

Por su lado, el RDL efectúa una importante modificación omisiva en este punto, al eliminar de la Ley la previsión acerca de los efectos que la presentación de este tipo de demanda posee sobre el plazo de caducidad de las acciones individuales<sup>110</sup>, pues opta por una regulación bien diversa:

- Si el despido colectivo no se impugna por los representantes de los trabajadores, el plazo para la impugnación individual dará comienzo una vez transcurrido el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción por los representantes de los trabajadores<sup>111</sup>.
- Si el despido se impugna a través de un cauce colectivo (desencadenado por los trabajadores o la propia empresa) el plazo de caducidad para la impugnación individual comenzará a computar desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo, o, en su caso, desde la conciliación judicial<sup>112</sup>.

De este modo, no es que el plazo de caducidad para la demanda individual quede suspendido por la interposición de una demanda colectiva, sino que ni siquiera comienza a discurrir (hasta que haya conciliación o sentencia firme)<sup>113</sup>. Asimismo, bien puede afirmarse (a efectos prácticos) que el plazo mínimo de caducidad para que un trabajador reclame frente a su despido es de cuarenta días hábiles, en lugar de los veinte tradicionales, puesto que solo empezará a computar una vez que haya transcurrido (sin ejercer acción alguna) el tiempo a disposición de los sujetos colectivos.

---

<sup>110</sup> La única variación que el número del art. 124 LRJS experimenta consiste en la omisión de la regla conforme a la cual "La presentación de la demanda por los representantes de los trabajadores o por el empresario suspenderá el plazo de caducidad de la acción individual del despido".

<sup>111</sup> Así lo dispone ahora el art. 124.13.a).1ª LRJS.

<sup>112</sup> Tal es el tenor del nuevo art. 124.3.b).1ª LRJS.

<sup>113</sup> Los cambios parecen muy relevantes, pero son complejos; de hecho las primeras interpretaciones o explicaciones conocidas no coinciden con la versión que aquí se asume.



### *b. Causas de nulidad*

El despido colectivo puede merecer las tres calificaciones tradicionales (procedencia, improcedencia, nulidad) y el art. 124.11 LRJS se ocupa de indicar cuando procede cada una de ellas, aunque variando la terminología (decisión ajustada a Derecho; no ajustada a Derecho; nula). El RDL 13/2011 incide sobre este crucial tema de un modo concretísimo: incluye una nueva palabra en la identificación de los supuestos de nulidad, de modo que la sentencia declarará nula la decisión extintiva *únicamente* en alguno de los cinco supuestos que ya se reflejaban en la norma<sup>114</sup>:

- cuando el empresario no haya realizado el período de consultas
- cuando el empresario no haya entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 ET
- cuando el empresario no haya respetado el procedimiento establecido en el artículo 51.7 ET
- cuando el empresario no haya obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista,
- cuando la medida empresarial se haya efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas

De forma literal, esos cinco supuestos son reproducidos como constitutivos de nulidad (incluyendo la advertencia de que “únicamente” en estos casos cabe tal calificación) para aplicarlos al caso de trabajador individual que impugna su despido sin que hubiera mediado demanda colectiva (art. 124.13.a.3ª LRJS).

Permanece la calificación como nulo del despido individual acordado por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes, los convenios colectivos o en el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas; la regla vale tanto si ha mediado previa demanda colectiva frente al despido<sup>115</sup> como en caso contrario<sup>116</sup>.

### *c. Efectos de la sentencia colectiva*

El art. 124.13.b) LRJS venía reconociendo eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual a la sentencia dictada por el cauce de la modalidad colectiva de impugnación<sup>117</sup>, pero estaba redactada en términos confusos (concluyendo la referencia inicial a que eso surgía si se presentaba demanda colectiva “una vez iniciado el proceso individual”).

El RDL 11/2013 ha conferido nueva redacción al precepto, dejando claro que la sentencia firme o el acuerdo de conciliación judicial tendrán eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales, por lo que el objeto de dichos procesos quedará limitado a aquellas cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada a través del proceso colectivo.

La innovación está siendo también muy cuestionada, por entender que cercena el derecho a la tutela judicial efectiva pero la verdad es que se trata de trasladar al despido colectivo lo que es propio de los conflictos colectivos. La cosa juzgada también forma parte de la tutela judicial de unos u otros; generalmente se protesta desde la óptica de los derechos del trabajador, pero la reflexión es bilateralizable: a la empresa que ha perdido en el pleito colectivo le interesaría replantear la cuestión en litigios individuales.....

---

<sup>114</sup> Imposible dejar de apuntar que la limitación de supuestos en modo alguno elimina la necesidad de una interpretación (complicada, polémica) sobre si ha concurrido o no alguno de los supuestos. Por ejemplo, suele entenderse que realizar un período de consultas sin que la empresa negocie de buena fe equivale a no haberlo realizado.

<sup>115</sup> En tal sentido, art. 124.13.b.3ª LRJS.

<sup>116</sup> Regla contenida en el art. 124.13.a.4ª LRJS.

<sup>117</sup> La norma remitía a los términos del artículo 160.5 LRJS, conforme al cual la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo.



#### d. Ejecución de las sentencias

SITUACIÓN DE PARTIDA.- Nada se indica respecto de la ejecución de la sentencia, lo que contrasta con las vistas especificaciones acerca de su contenido y, desde luego, con lo que sucede en la modalidad procesal de conflicto colectivo, pues el artículo 160 LRJS sí que se ocupa de su ejecutividad ("la sentencia será ejecutiva desde el momento en que se dicte, no obstante el recurso que contra la misma pueda interponerse") y de fijar los requisitos precisos para la ejecución individualizada ("la concreción de los datos, características y requisitos precisos para una posterior individualización de los afectados por el objeto del conflicto y beneficiados por la condena y especificar la repercusión directa sobre los mismos del pronunciamiento dictado").

El artículo 124 LRJS regula una modalidad procesal de despido, pero su naturaleza se asemeja más a un pleito de conflicto colectivo que a otro individual de despido, por lo que conviene realizar un recordatorio de lo que sucede en esa clase de litigios:

Las sentencias recaídas en procesos de conflicto colectivo generalmente poseen naturaleza declarativa y escapan a la posibilidad de su directa ejecución<sup>118</sup>. Dicho abiertamente: si no se cumplen de forma voluntaria, los interesados en que se lleven a la práctica habrán de accionar a tal fin, con independencia de que la resolución colectiva posea dos importantísimos efectos: habrá interrumpido la prescripción y posee valor de cosa juzgada.

Las cosas son de otro modo cuando, como se ha adelantado, la sentencia establece obligaciones *susceptibles de determinación individual*, en sintonía con la jurisprudencia constitucional (SSTC 92/1988, de 23 de mayo y 178/1996, de 12 de noviembre)<sup>119</sup>. En tales casos sí se contempla el modo de llevar a cabo su "ejecución definitiva" (art. 247.1 LRJS).

Sin embargo, hay un poderoso argumento para descartar que la ejecución de la sentencia recaída en procedimiento de despido colectivo se ejecute siguiendo los preceptos que disciplinan la de sentencias dictas en pleitos de conflictos colectivos. El artículo 247.3 LRJS dispone que la modalidad de ejecución de sentencias firmes de conflicto colectivo será aplicable a la ejecución de sentencias firmes sobre diversas materias (movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión del contrato o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de carácter colectivo) entre las cuales no aparece la que ahora interesa.

CAMBIO INTRODUCIDO.- Tras su modificación por el RDL 11/2013, el art. 247.2 LRJS ha pasado a disponer que la modalidad de ejecución de sentencias firmes y de carácter colectivo es aplicable también a "los supuestos de despido colectivo en los que la decisión empresarial colectiva haya sido declarada nula".

ÓRGANO EJECUTOR.- En los múltiples artículos que contemplan la ejecución (definitiva o provisional) de sentencias el orden social no aparece alusión expresa a quién deba ejecutar las sentencias recaídas en la modalidad procesal de despido colectivo, lo que mmmmmviene a incrementar las reservas sobre la viabilidad de su ejecución.

<sup>118</sup> El artículo 521.1 LEC lo admite sin reserva alguna: "No se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas".

<sup>119</sup> El Preámbulo de la propia LRJS explica que se regula «por primera vez» (...) la posibilidad de ejecución de las sentencias recaídas en conflictos colectivos, «cuando puedan determinarse los afectados y la posibilidad de transacción en la ejecución, con las necesarias cautelas para asegurar la efectividad de lo juzgado».

Por lo tanto, no queda más remedio que acudir a las previsiones generales. Conforme al artículo 237.2 LRJS la ejecución (definitiva) se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia; y el mismo criterio acoge el artículo 304.1 LRJS: la ejecución provisional de resoluciones judiciales se despachará y llevará a cabo por el juzgado o tribunal que haya dictado, en su caso, la resolución a ejecutar y las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ejecución definitiva<sup>120</sup>.

Ante la carencia de regla especial sobre la ejecución de la sentencia dictada por el tribunal de instancia (en sus propios términos o en los derivados del recurso de casación) solo puede concluirse una cosa: la Sala de lo Social que ha conocido originariamente el despido (Audiencia Nacional, Tribunal Superior de Justicia) es la única que puede pronunciarse sobre el modo y alcance de la ejecución que se inste. Parece condenada al fracaso la atribución de competencia ejecutiva al órgano *ad quem* (la Sala de lo Social del Tribunal Supremo) o al Juzgado de lo Social (por completo al margen del pleito en cuestión). Otra cosa es que la resolución judicial aproveche a sujetos individuales (normalmente trabajadores) para llevar a cabo reclamaciones, invocando su eficacia de cosa juzgada; en estos litigios *de segunda generación* puede acabar ejecutándose lo que la sentencia de despido colectivo prescribe, pero de modo interpuesto o reflejo, no directo.

## 5. Empresas en concurso

De las varias medidas de reestructuración que una empresa en crisis puede adoptar, el art. 64 LC selecciona cuatro de ellas (traslados, modificaciones sustanciales de carácter colectivo, suspensiones contractuales, despidos colectivos) y las somete a un régimen singular, caracterizado por la intervención decisora del Juez de lo Mercantil, a quien se faculta para que pueda adoptar su adopción.

Pues bien, los cambios introducidos por el RDL 11/2013 y que afectan a la comisión negociadora se han tenido en cuenta para dar una nueva redacción al artículo 64 LC, aunque se mantiene la posibilidad de que el Juez del Concurso acuerde la intervención de una comisión máxima de tres miembros. Pueden darse por reproducidos, en consecuencia, los comentarios vertidos al examinar estos cambios con carácter general.

### A) Comisión negociadora

El RDL 11/2013 actúa sobre las previsiones del art. 64 LC a fin de acompasar el régimen de interlocución por el lado de los trabajadores, realizando una remisión pura a lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores. De este modo "la representación de los trabajadores en la tramitación del procedimiento corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, en el orden y condiciones señalados en el mismo"<sup>121</sup>.

Un segundo cambio, de menor calado, se refiere a la competencia judicial para nombrar una comisión representativa si los trabajadores no designan representantes; antes se decía que el Juez podría acordar su intervención una vez transcurrido el plazo de cinco días y ahora el RDL prefiere remitir a "los plazos

---

<sup>120</sup> El artículo 61 LEC dispone que salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare.

<sup>121</sup> Esta fórmula es mucho más completa que la reemplazada, según la cual en el caso de no existir representación legal de los trabajadores, éstos podrán atribuir su representación en la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

indicados en el referido artículo [41 ET] sin que los trabajadores hayan designado representantes”<sup>122</sup>.

#### **B) Adopción de acuerdos**

Igual que en las empresas de régimen común, el período de información y consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores persigue idealmente la consecución de un acuerdo respecto de las medidas a adoptar.

Lo que hace en este punto el RDL 11/2013 es traer a la LC el régimen de mayorías internas que el ET exige para la adopción de acuerdos por parte de la representación de los trabajadores: se requiere el concurso de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

---

<sup>122</sup> Hay que preguntarse si tiene sentido esta competencia judicial una vez que la LC remite a los procedimientos del ET.