

MADRID

Castellana, 216
28046 Madrid
Tel.: (34) 91 582 91 00

BARCELONA

Diagonal, 640 bis
08017 Barcelona
Tel.: (34) 93 415 74 00

BILBAO

Alameda Recalde, 36
48009 Bilbao
Tel.: (34) 94 415 70 15

MÁLAGA

Marqués de Larios, 3
29015 Málaga
Tel.: (34) 952 12 00 51

VALENCIA

Gran Vía Marqués
del Turia, 49
46005 Valencia
Tel.: (34) 96 351 38 35

VIGO

Colón, 36
36201 Vigo
Tel.: (34) 986 44 33 80

BRUSELAS

Avenue Louise, 267
1050 Bruselas
Tel.: (32) 231 12 20

LONDRES

Five Kings House
1 Queen Street Place
EC 4R 1QS Londres
Tel.: +44 (0) 20 7329 5407

LISBOA

Avenida da Liberdade, 131
1250-140 Lisboa
Tel.: (351) 213 408 600

LOS ERE ´S TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012: EXPERIENCIAS PRÁCTICAS

Rodrigo Martín Jiménez

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Universidad Rey Juan Carlos
Consejero Académico de Gómez-Acebo y Pombo*

El régimen jurídico de los despidos colectivos presentaba, antes del RD-Ley 3/2012, algunos signos de rigidez que fueron identificados sin ambages por la norma de urgencia y posteriormente reiterados por la Ley 3/2012, de Reforma del Mercado Laboral:

- Lentitud del procedimiento.
- Negociación/consultas desnaturalizadas, al dirigirse más al aumento de las indemnizaciones que la efectiva búsqueda de medidas alternativas a los despidos o tendentes a reducir su número.
- Criterios judiciales refractarios a la aceptación de que los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas son también "cauce para ajustar el volumen de empleo a los cambios técnico-organizativos operados en las empresas".

Consciente de los inconvenientes indicados, el legislador reformista:

- Aceleró el procedimiento, eliminando la autorización administrativa y, con ello, el control de la concurrencia de la causa en caso de no alcanzarse un acuerdo con los representantes y, en última instancia, la posibilidad de la Administración de bloquear la decisión empresarial por razones estrictamente técnicas o por criterios extrajurídicos vinculados a la conveniencia y oportunidad.

- Reforzó la negociación estableciendo una nueva causa de nulidad para el caso de que se incumpliera el procedimiento establecido o las consultas quedasen desnaturalizadas: imposición por la empresa de decisiones al margen de toda negociación con los representantes de los trabajadores; negativa empresarial a la apertura y desarrollo del trámite de consultas; vaciamiento de contenido o de efectividad por mala fe negocial; ausencia, insuficiencia o parcialidad de la documentación aportada; negativa injustificada al planteamiento o a la aceptación de la reducción del número de trabajadores despedidos o de medidas alternativas menos gravosas, etc.
- Redefinió las causas en una línea más acorde con la sensibilidad de las empresas, tratando de ofrecer una mayor seguridad y de reducir al mismo tiempo el margen de discrecionalidad en la apreciación de la concurrencia o ausencia de la causa: eliminación de las referencias a la "necesidad" o a la (inevitable) "razonabilidad" de la medida; introducción de criterios objetivos (referencia a los tres trimestres...).

Las ventajas de esta nueva regulación parecían tan evidentes que alguna empresa trató de beneficiarse inmediatamente de su aplicación pese a haberse iniciado ya el procedimiento de regulación de empleo bajo el amparo normativo del "viejo" art. 51 del ET. La Audiencia Nacional declaró nula por

fraudulenta (sentencia de 25 de junio de 2012) la decisión por la que la empresa desistió de seguir tramitando el ERE conforme a la legislación que entendía menos ventajosa para (re) iniciarlo poco tiempo más tarde bajo el manto normativo que entendía era más favorable de la nueva legislación.

- **¿Celeridad del procedimiento?**

La eliminación de la autorización administrativa podría haber desembocado en un repliegue total de los poderes públicos en el procedimiento. Sin embargo, la Autoridad laboral sigue bien presente: aparentemente queda relegada a una posición subalterna –como mera receptora de la comunicación de la apertura del período de consultas (art. 51.2.2º ET) y transmisora de esa información al Servicio Público de Empleo y a la Inspección de Trabajo- pero en la práctica puede adoptar una posición más activa y directora, como lo prueba el hecho de que deba velar “por la efectividad del periodo de consultas pudiendo remitir, en su caso, advertencias y recomendaciones a las partes” o incluso pueda “realizar durante el periodo de consultas, a petición conjunta de las partes, las actuaciones de mediación que resulten convenientes con el fin de buscar soluciones a los problemas planteados por el despido colectivo”. No hay duda de las ventajas de reconocer a la Autoridad laboral un papel moderador o arbitral, que puede resultar relevante en muchos casos, pero también debe alertarse de los posibles excesos o usos desviados de estas nuevas funciones que deben ejercerse con mesura y prudencia habida cuenta que la intención declarada del legislador es propiciar un rol menos intervencionista de la Administración y agilizar el procedimiento.

Al margen de las facultades de mera gestión (recepción del acuerdo, si se alcanza, y de “la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del

mismo”), la Ley 3/2012 reconoce a la Autoridad laboral la posibilidad de “realizar funciones de asistencia a petición de cualquiera de las partes o por propia iniciativa”. Nuevamente se advierte que estas funciones de asistencia no deberían suponer una injerencia excesiva o una imposición de criterios distintos de los queridos por cualquiera de las partes.

- **¿Se refuerza la negociación?**

Aunque la negociación colectiva, antes de la reforma, era importante –para ello basta con leer el art. 51.2 ET, el Convenio nº 158 de la OIT (art. 13), la Directiva 98/59/CE (art. 2) o el RD 801/2011 (art. 11)- hoy son el auténtico eje y la clave de los ERE´s. La amenaza de nulidad ante la falta de negociación es un hecho. Las SSTSJ de Cataluña de 23 de mayo y 13 de junio de 2012 y Madrid de 30 de junio de 2012 constituyen buenos ejemplos que permiten observar los riesgos derivados de la falta de apertura de procesos reales de negociación, ya sea por ausencia o insuficiencia de la documentación presentada por la empresa y puesta a disposición de los representantes de los trabajadores (no hay auténtica negociación sin información veraz podría ser la conclusión) o ya sea por iniciarse las negociaciones “con la decisión tomada” y no mostrar la empresa signo alguno de flexibilidad ni conciliación de intereses.

Por otro lado, no puede olvidarse que la negociación debe entablarse con el órgano legitimado para ello. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2012 ha recordado que las negociaciones paralelas con quienes carecen de legitimación (con representantes de los centros, no de la empresa, con los trabajadores afectados directamente) constituyen un fraude de ley que vacía de contenido el proceso negociador y liquida la fuerza de la negociación colectiva. Y ello con independencia de que sean los propios trabajadores quienes

propician la negociación con vistas a alcanzar un acuerdo extintivo, “ya que durante el período de consultas no cabe más negociación legítima que la que se mantiene con los representantes de los trabajadores, a tenor con lo dispuesto en el art. 51.2 ET”.

En fin, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de julio de 2012 disuade de la huída de la negociación y, más ampliamente del procedimiento del ERE, al declarar abiertamente, con apoyo en varias sentencias de los Tribunales Superiores, que los despidos por causas objetivas y los disciplinarios reconocidos como improcedentes computan a los efectos de la aplicación del art. 51 ET y que es fraudulento (y, por tanto, nulo) acudir a medidas extintivas alternativas al ERE cuando la realidad exigiría someterse al procedimiento de regulación de empleo.

- **¿Se ofrece mayor seguridad a las empresas?**

La eliminación de la autorización administrativa y las múltiples vías de impugnación judicial están conduciendo a una judicialización (quizá excesiva) de los ERES, quedando en manos de Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional el control tanto de la regularidad del procedimiento cuanto de las causas invocadas y acreditadas por la empresa.

La judicialización de los conflictos exige a las empresas negociar de buena fe y de

manera amplia en los términos ya indicados que no está de más recordar: la negociación ha de ser real; la empresa ha de aportar en la negociación la documentación preceptiva y aquella otra que sirva para demostrar la concurrencia de la causa invocada; las consultas han de estar encaminadas a una solución conjunta que probablemente exija que la empresa ceda en sus pretensiones iniciales; han de plantearse (y eventualmente aceptarse por la empresa) reducciones del número de trabajadores despedidos y medidas alternativas (recolocaciones, traslados, modificaciones sustanciales, etc.).

Incluso en supuestos de acuerdo con los representantes de los trabajadores, alguna experiencia reciente (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 26 de septiembre de 2012) muestra la importancia/conveniencia de que la empresa someta al criterio de los Tribunales el ERE, cerrando *ad futurum* el debate de las causas y del procedimiento, ganando seguridad y certeza en la toma de la decisión.

En fin, y sin ánimo de desvelar otros temas o apuntar horizontes aún por explorar, no puede ocultarse que van apareciendo sentencias –como la del TSJ de Galicia de 6 de julio de 2012– que acogen positivamente el espíritu de la reforma y admiten sin complejos la viabilidad de la decisión empresarial cuando se sigue correctamente el procedimiento, se negocia de buena fe con miras a alcanzar un acuerdo y existe causa suficiente que justifique la decisión.