

EL NUEVO REGLAMENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REGULACIÓN DE EMPLEO*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: EREs, Reforma reglamentaria

Tras la reforma del 2010 en materia de despidos colectivos quedaba pendiente la aprobación del Reglamento de desarrollo de los expedientes de regulación de empleo, lo que se efectúa a través del Real Decreto objeto del presente comentario. Las limitaciones en materia laboral de innovación legislativa a través de las disposiciones reglamentarias impide el establecimiento de cambios significativos, aparte de que la reforma legal era muy precisa y, por tanto, dejaba escasos resquicios a la introducción de cambios en esta materia.

No obstante, el legislador reglamentario opta por la elaboración y aprobación de un texto nuevo, plenamente integrado, en lugar de realizar una reforma del hasta ahora vigente, lo que otorga superior coherencia a la nueva norma. Por lo demás, se aprovecha para reforzar ciertas líneas de actuación que sólo estaban esbozadas en la Ley, entre las que destacan las relativas a la rigurosidad en la exigencia documental a la empresa particularmente por lo que refiere a la fundamentación de la causa justificativa de los despidos colectivos, al reforzamiento de la importancia del plan social de acompañamiento en el marco general de la reestructuración empresarial, así como algunos flecos pendientes en la identificación del interlocutor del empleador en la regulación de empleo en representación de los trabajadores.

ABSTRACT

Key Words: Redundancy, Reform

After Labour Reform of 2010, on collective redundancies was pending approval of regulatory development. In which there are few legal innovations for obvious reasons, and because the Act itself was very accurate.

Nevertheless, the new regulation takes to reinforce certain issues. As those relating to documents to be submitted by the company (particularly on the merits of the cause and the accompanying Social Plan), and to determine the subject has to act on behalf of workers in specific cases.

* El presente trabajo se inserta en las labores del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía P07-SEJ-03023 sobre *Eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo: experiencias comparadas*.

ÍNDICE

1. NOVEDADES REDUCIDAS
2. CAUSAS JUSTIFICATIVAS: ESTRUCTURALES VERSUS COYUNTURALES
3. EXPEDIENTES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
4. NOVEDADES REGLAMENTARIAS DOCUMENTALES
5. PLAN SOCIAL DE ACOMPAÑAMIENTO
6. IDENTIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA COMO INTERLOCUTOR
7. LOS MECANISMOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE
8. EL ALCANCE NUMÉRICO DEL EXPEDIENTE
9. IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

1. NOVEDADES REDUCIDAS

En una primera aproximación cabe afirmar que el Real Decreto sobre expedientes de regulación de empleo recoge novedades de segundo orden frente, cuando menos en su comparación con la enorme trascendencia que tiene la reforma de la negociación colectiva¹; pero, incluso en sí mismo los cambios a comentar son secundarios, en la medida en que la reforma importante en materia de despido se produjo con la Ley de reforma del 2010, primero a través del Decreto Ley² y después de la Ley ordinaria³, en términos tales que le cabía ya hacer a una disposición que por su carácter de reglamento se debe limitar a desarrollar técnicamente lo previsto en la Ley. Aunque se presenta como un reglamento completo, y haciendo el contraste con la extensión y contenidos del Real Decreto precedente⁴ al que deroga (el Real Decreto 43/1996) pudiera parecer que hay notabilísimas innovaciones, en realidad las que poseen mayor calado provienen de lo dispuesto en la Ley y no son resultado directo del nuevo Reglamento.

Ante todo, las novedades necesariamente tenían que ser de tono menor, entre otras razones porque, en nuestro sistema jurídico la disposición reglamentaria tiene una capacidad muy limitada de reforma legislativa, de introducción de novedades, por cuanto que tiene que ser escrupulosamente respetuosa con lo que está dispuesto en la Ley, incluso con muy limitadas posibilidades de ir más allá de lo previsto legalmente, incluso cuando este ir más allá no llegue

¹ Real Decreto 801/2011, de 10 de junio (BOE 14 de junio), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

² Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE 17 de junio), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

³ Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE de 18 de septiembre), de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo

⁴ Real Decreto 43/1996, de 19 de enero (BOE 20 de febrero), por el que se aprueba el procedimiento de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

a contradecir a la Ley. Lo digo de manera particular porque en los medios de comunicación se le había otorgado mucha trascendencia a lo que podría introducir el Gobierno con la aprobación de este reglamento.

2. CAUSAS JUSTIFICATIVAS: ESTRUCTURALES VERSUS COYUNTURALES

Por ejemplo, mucho se ha discutido en cuanto a la definición de las causas justificativas de los despidos colectivos a través del reglamento, cuando por mucho que se intente, la capacidad de innovación a través del reglamento resulta de todo punto imposible; su capacidad de entrar en esta materia resulta nula; baste recordar al efecto lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores respecto del lugar del Reglamento laboral en su relación con la Ley: “Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar” (art. 3.2). De este modo, en la medida en que la causa justificativa de los despidos se encuentra identificada legalmente de forma completa, sin remisión en absoluto a su concreción por parte de la disposición reglamentaria, nada podía hacer el Real Decreto sobre expedientes de regulación de empleo. Más aún, téngase en cuenta que la reforma del 2010 pretende que las causas por despido basado en circunstancias económicas y empresariales sea idéntica tanto para los despidos individuales como para los despidos colectivos; en la medida en que el reglamento de EREs solamente puede incidir sobre el expediente administrativo y, en esa medida, sólo sobre los despidos colectivos, no cabe que introduzca cambios que al final desemboque en que se vuelven a fijar causas diversas según que la reducción de empleo se realice vía ERE o vía despido objetivo individual. En definitiva, podemos afirmar que todas esas llamadas de atención por parte de los medios de comunicación respecto de lo iba a hacer o que ha hecho el Reglamento respecto de las causas de despido, se comprueba que no se encuentran en el texto del reglamento. Después de rastrear mucho, mucho, a lo más es posible encontrar algo en el apartado en el que la disposición reglamentaria enumera la documentación que tiene que presentar la empresa, pero no, en ningún caso, a la causa justificativa que está identificada legalmente; e incluso respecto de lo que se indica para la documentación a presentar es difícil identificar una novedad de cambio respecto de lo previsto legalmente.

Hay otros elementos en el reglamento que pueden ser novedosos, pero en esta materia muy escasamente. Más aún cuando hay que tener presente que la

mayoría de los expedientes de regulación de empleo son el resultado del acuerdo entre las organizaciones sindicales y empresariales que tienen presencia en los comités de empresa y la dirección de la empresa, y sólo un porcentaje muy reducido son objeto de autorización administrativa en la hipótesis del desacuerdo entre las partes. Pues bien, cuando hay acuerdo entre las partes, el acuerdo es lo que prima y pasan a un muy segundo plano las posibilidades de control de la concurrencia o no concurrencia de la causa justificativa, porque el control en esos casos solamente abarca a situaciones bien marginales de dolo, coacción o abuso de derecho en el acuerdo alcanzado entre las partes. Con lo cual digamos que tenemos que relativizar bastante a lo que afecta a las causas y, en general, en lo que refiere a la intervención del reglamento.

Si acaso hacer alguna referencia a este pequeño debate que se ha producido, acerca de si a través del reglamento se daba juego a una causa de carácter temporal o no, que permitiría la reducción de empleo. La verdad es que se trata una discusión que, desde el punto de vista jurídico, requiere algunas aclaraciones técnicas. Cuando menos baste con tener en cuenta que las situaciones en las empresas nunca son irreversibles porque, salvo en situaciones límites en las que la empresa cierra por completo, la generalidad de la regulación sobre los despidos por causas económicas o empresariales está concebida para propiciar el mantenimiento de la empresa, aunque sea con un menor número de empleados, y, por tanto, con voluntad de promover el reflotamiento de la empresa. Al estar diseñada esa regulación para el salvamento de la propia empresa, nunca es descartable que después de una medida de regulación de empleo, la empresa pueda recuperarse, incluso que lo haga con tal intensidad y fuerza que le permita desplegar un nuevo crecimiento que desemboque no sólo en la plena recuperación del empleo destruido en el pasado, sino e incluso superar las cifras de ocupación precedentes al expediente de regulación de empleo.

En consecuencia, nada hay definitivo en el devenir de las empresas, y por ello, también, la causa justificativa del despido no tiene que ser irreversible y de carácter permanente en el sentido estricto del término. Diferente es que legalmente se exija que esta causa deba ser de carácter estructural, entendido lo estructural no en el sentido de permanente sino que responde a causas no coyunturales en el devenir de la empresa. Eso sí, esa exigencia de causa estructural (no definitiva) no deriva del reglamento, sino que ya viene indicado por la Ley. Sobre todo viene perfilado cuando establece el juego de reparto de funciones que tiene el expediente extintivo respecto del expediente suspensivo o de reducción de jornada. El segundo está pensado para medidas coyunturales, y ésta es la expresión que utiliza literalmente el Estatuto de los Trabajadores cuando lo regula: “La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter

coyuntural de la actividad de la empresa” (art. 47 ET). Por contraste, para los expedientes extintivos la Ley está pensando en que las medidas no tienen carácter coyuntural, término que ahora no se utiliza nunca ni tampoco cualquier otro sinónimo (art. 51 ET), pues está pensado para medidas de carácter estructural. En suma, en esta materia no se produce novedad alguna en el texto del reglamento.

3. EXPEDIENTES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Tampoco hay novedades en otra gran discusión que se ha producido, la relativa a la posibilidad de puesta en marcha de expedientes de regulación de empleo en el ámbito de las Administraciones Públicas. Aquí sí que resulta obligado llamar la atención sobre el hecho de que este debate no está zanjado y hay que estar muy atentos a lo que pueda ocurrir respecto de los problemas de intenso déficit público que particularmente tienen en nuestro país algunos Ayuntamientos y, en general, las Administraciones Locales. Al respecto se han expresado criterios contundentes por parte de determinados responsables políticos en el sentido de que la normativa no permite en ningún caso que se produzcan expedientes de regulación de empleo en el seno de las Administraciones Públicas, pues consideran indiscutible que ni la Ley ni el reglamento lo contempla; conclusión que no es ni mucho menos evidente, pues expresamente nada se dice sobre el particular, de modo que es el resultado de una interpretación finalista y contextual que queda al criterio final de los Tribunales de Justicia. Y, en ese ámbito, la interpretación judicial existente hasta el momento presente, aunque con múltiples restricciones, no es otra que la de admitir la posibilidad de efectuar despidos colectivos a través de los correspondientes expedientes de regulación de empleo.

4. NOVEDADES REGLAMENTARIAS DOCUMENTALES

Más allá de su carácter secundario, algunas significativas novedades se pueden identificar en el reglamento. Primera, la relativa a la documentación exigida a la empresa en su presentación del expediente. La documentación exigida pretende que se aporte una información y diagnóstico muy exhaustivos de la situación de la empresa así como del contenido de las medidas que pretende adoptar la empresa. El reglamento resulta preciso y detallado respecto de la documentación que debe presentar la empresa, lo que, a su vez, está trasladando la necesidad de que el periodo de consulta sea riguroso en cuanto a la actuación de las partes, así como que el escenario en el que se discute entre las

representaciones sindicales y empresariales esté fundado en datos objetivos, y exactos; es decir, en sentido negativo, que no se pueda afirmar con vaguedades que la empresa tiene una previsión de pérdida que la aboca a una reducción de empleo, por cuanto se exige concreción en los datos fácticos aportados por la empresa a través de la memoria que ha de presentar. Del mismo modo, que si la causa alegada es de carácter económico, se debe aportar con la suficiente desagregación de datos la contabilidad, informe técnico justificativo de la misma. En particular el reglamento establece un decidido reforzamiento del principio de proporcionalidad, de modo que la empresa no solamente debe demostrar que está discurriendo por una situación de dificultad, si no cuál es la específica intensidad y en qué medida la misma le lleva a un concreto número de empleos a destruir, por cuanto que reglamentariamente se exige que la documentación presentada contenga una precisa y aquilatada identificación, no solamente del número de trabajadores que pierden empleo, sino la concreta justificativa de ese número.

5. PLAN SOCIAL DE ACOMPAÑAMIENTO

Como segunda novedad en ese terreno, el reglamento manifiesta igualmente una clara voluntad de reforzar la importancia del plan social de acompañamiento. Dicho Plan social hasta el presente no se encontraba dentro de nuestra cultura de los expedientes de regulación de empleo: a pesar de que su exigencia legal ya se introdujo a través de la reforma laboral de 1994, prácticamente se presentaba como el mero cumplimiento de una formalidad burocrática dentro del expediente administrativo. Frente a esta tradición, más importada que surgida con naturalidad de las prácticas de nuestras relaciones laborales, en estos momentos parece que se desea intensificar su valor. Ello se materializa no sólo en la identificación vía documental de las medidas que se pretenden adoptar a través de ese plan de acompañamiento, sino que se pretende se efectúe una precisa conexión con la regulación de empleo que se aborda y, en concreto, se busca una precisa concreción del coste económico de ese plan de acompañamiento. Por eso, a mi juicio, el dato más relevante se encuentra cuando el reglamento establece que el plan “deberá contener medidas efectivas adecuadas a su finalidad” (art. 9.5). Dicho con cierta simplicidad, se pretende evitar que el documento que contiene el plan social contenga medidas que quepa calificar como un mero “brindis al sol”.

Eso sí, en paralelo, hay que ser precavido, porque la lectura del reglamento en esta materia puede inducir a error, sobrevalorando el alcance jurídico de lo que se le obliga a la empresa en este terreno. Ello lo señalo primero en el sentido de que, aunque aparece en el texto reglamentario una relación bastante

amplia de las medidas dirigidas que pueden incorporarse al plan de acompañamiento para reducir la intensidad de la destrucción de empleo, para paliar los efectos o para garantizar de futuro la solvencia empresarial, todo ese listado tiene un valor meramente ilustrativo, tiene un carácter puramente pedagógico (art. 9.2 a 4); en sentido negativo, ese listado en ningún caso tiene alcance de obligación jurídica de ningún tipo, de modo que la elaboración, diseño y medidas específicas queda a lo que inicialmente proponga el empresario y, posteriormente, sea objeto de negociación con la representación de los trabajadores durante el periodo de consulta. En concreto, en ningún caso se podrá considerar que la propuesta empresarial es incompleta o insuficiente en términos jurídicos por el hecho de que carezca de algunas de las medidas enumeradas reglamentariamente.

Segunda cautela que conviene tener, la circunstancia, expresamente advertida por la regulación contenida en la Ley, consistente en que el control administrativo en el expediente de regulación de empleo se limita a comprobar si concurre la causa justificativa de los despidos y si esa causa en atención a su intensidad resulta proporcionada para la entidad de la reducción de empleo que se propone por parte de la dirección de la empresa. Siendo éste el único objeto posible del control administrativo en su acto de autorización o denegación de las medidas de reestructuración empresarial, en ningún momento se indica que la autoridad tenga capacidad rechazar un expediente en base a que la solicitud y documentación empresarial no contenga dentro del Plan social medidas efectivas y adecuadas para los fines del mismo. A lo más, la Administración laboral lo que podría efectuar es un control meramente formal, de modo que compruebe si se le presenta un plan social de acompañamiento (cualquiera que sea su contenido, entidad y efectividad), pero sin poder entrar en ningún momento en la valoración de si éste resulta más o menos adecuado, si responde a lo que se requiere para todo lo que se pretende lograr con la ejecución del plan social de acompañamiento.

Es cierto que reglamentariamente se indica que el informe de la Inspección de Trabajo también deberá abordar el alcance y contenido del plan social: “A estos efectos, deberá informar sobre la concurrencia de las causas que motivan la solicitud, sobre las medidas tomadas o previstas por la empresa para evitar o reducir los efectos de la regulación de empleo y sobre las medidas tomadas o previstas para atenuar sus consecuencias en los trabajadores afectados, así como, sobre la relación de las medidas extintivas con la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. En el caso de empresas que deban presentar un plan de acompañamiento social deberá informar sobre su alcance y contenido” (art. 12.2). No obstante, sea cuál sea el contenido de la Inspección de Trabajo al respecto, eso no otorga a la autoridad laboral la más mínima capacidad discrecional de retirar la aprobación de un expediente por carencias en este plan

social, dado que, insisto, la autorización o rechazo del expediente por parte de la Administración laboral se ha de centrar exclusivamente en la concurrencia y proporcionalidad de la causa justificativa determinante de la propuesta de despidos.

Eso sí, una vez que se aprueba el expediente de regulación de empleo, lo que queda patente es que al mismo queda incorporado el plan social y, con ello, el mismo adquiere plena validez jurídica a todos los efectos. En otros términos, el acto administrativo de autorización por imperativo legal le otorga vinculabilidad jurídica al plan social, de modo que a partir de ese instante el plan social deja de ser una mera declaración programática de intenciones o un programa de actuación que después permita al empresario desdecirse porque considere que aquello era una relación de proyectos no obligados a su cumplimiento, aduciendo por ejemplo que carece de fondos económicos para materializarlo. El propio reglamento expresamente deja patente que el plan social es de obligado cumplimiento a partir de la aprobación del expediente: “el empresario deberá cumplir con las medidas incluidas en el plan de acompañamiento social o, en su caso, las medidas consideradas en el artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores o cualesquiera otras que se pudieran contener en su solicitud final” (art. 18.1, párrafo 2º).

6. IDENTIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA COMO INTERLOCUTOR

El siguiente elemento relativamente novedoso en el que me gustaría detenerme es en el de la interlocución, la identificación de la representación legal de los trabajadores que participa en el periodo de consulta y en todo el proceso de negociación que éste conlleva.

Lo ya conocido desde la Ley, pero no de la reforma laboral del 2010, sino de la posterior reforma de la negociación colectiva de 2011⁵, que dentro del doble canal de representación otorga preferencia a la representación sindical, eso sí siempre y cuando el conjunto de las secciones sindicales que sumen mayoría se pongan de acuerdo en que quieren articular el periodo de consulta a través de las secciones sindicales, y no a través del comité de empresa: “La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal” (art. 51.2 ET). De este modo, si se ponen de acuerdo la mayoría será la representación sindical el canal pre-

⁵ Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio (BOE de 11 de junio), de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

ferente de interlocución, mientras que si no hay acuerdo mayoritario entonces se pasa al mecanismo tradicional que es el del comité de empresa. Eso sí, conviene recordar que la Ley Orgánica de Libertad Sindical le atribuye a los delegados sindicales facultades de consultas en estas materias (art. 10.3); algo que a veces se olvida y conviene rescatar esta regla, que puede tener particular trascendencia: aun cuando la interlocución lo sea con el comité de empresa, siempre será necesario consultar estas medidas con el delegado sindical, de modo que éste siempre y en todo caso podrá desplegar algún tipo de protagonismo directo, particularmente relevante cuando el sindicato en cuestión no controle el devenir interno del comité de empresa.

Por otra parte, conviene efectuar una segunda aclaración, superando cierta confusión al respecto. Me refiero al dato de que el reglamento cuando se refiera por primera vez al expediente que afecta al conjunto de la empresa, materia que ha de valorarse positivamente, por cuanto que con ello se entra en un asunto que hasta ahora había pasado bastante inadvertido, como es el caso cada vez más extendido de la empresa con pluralidad de centros de trabajo, de modo que el expediente de regulación de empleo afecta a varios de los centros de trabajo. Lo primero que establece el reglamento es que, cuando esto ocurra, el interlocutor será el comité intercentros o cualquier órgano asimilado que se cree a través de la negociación colectiva: “Cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el expediente intervendrá, de manera preferente, el Comité Intercentros o el órgano de naturaleza similar creado mediante la negociación colectiva, si por esta vía tuvieran atribuida esta función” (art. 4.1).

Conviene hacer varias aclaraciones al respecto, porque el panorama resulta más variado, de modo que el resultado no puede ser literalmente tal cual lo presenta la regla anterior, que debe ser necesariamente matizada, cuando no corregida. Primera consideración, tal como ya hemos descrito, la regla principal en la Ley es la preferencia de las secciones sindicales, de modo que si éstas se ponen de acuerdo serán ellas las que actuarán como interlocutores en el expediente de regulación de empleo. Es decir, incluso si se trata de un expediente de regulación de empleo que afecta a varios centros de trabajo, si las secciones sindicales deciden que ellas quieren ser las que intervengan en el periodo de consulta, éstas priman frente al comité intercentros; por ello, lo que en realidad está estableciendo el reglamento es que si se opta por la vía de la negociación a través de los comités, en el posible contraste entre el comité intercentros y el comité de centro, tiene preferencia el comité intercentros.

Pero incluso esto último también hay que ponerlo en conexión con otra regla que prevé que la anterior no es la única opción, pues en otros pasajes del texto reglamentario se advierte que hay dos posibilidades: una, que en estos casos de expediente de afectación a varios centros de trabajo, el periodo de consultas puede articularse de forma global o bien desarrollarse centro por

centro. De ahí que, cuando se opte porque los expedientes se articulen centro por centro, el interlocutor nunca será el comité intercentros o el órgano asimilado a ese nivel, pues será en todo caso o las secciones sindicales representativas en el correspondiente centro de trabajo o el correlativo comité de centro.

Cierto que la norma deja un importante vacío no menor, que habrá que ver como se resuelve e integra en la práctica, consistente en que el reglamento no precisa cómo se opta y quién opta por la negociación global o por la negociación centro por centro: desde luego, si hay acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación colectiva de la empresa el asunto no se planteará como conflictivo y, por tanto, se podrá dar por decidido el ámbito de la consulta. Pero si no hay acuerdo entre unos y otros, o internamente entre unas organizaciones sindicales y otras, nos podemos encontrar con ciertas dificultades. Desde luego, en estos casos cierta precedencia práctica se le atribuye a la dirección de la empresa, pues siendo ésta quien presenta el expediente, ella es quien toma la iniciativa de proponer en que ámbito desea desplegar el expediente; pero ello no puede ser interpretado como otorgamiento de libertad de elección a la dirección de la empresa, ni ausencia de relevancia del criterio al respecto de los representantes de los trabajadores.

Sí es verdad que la Ley por vías indirectas acaba favoreciendo que el período de consulta se efectúe a nivel global, pero no es seguro que así suceda en todo caso. La regla más decisiva a estos efectos consiste en que el reglamento establece que si el expediente se articula centro por centro, entonces el período de consulta es individualizado en cada uno de los establecimientos: “Si el expediente de regulación de empleo afectase a varios centros de trabajo y se hubieran formado tantas comisiones negociadoras como centros afectados, se requerirá que se hubiera alcanzado el acuerdo en todas ellas” (art. 14.4). En otros términos, para que se apruebe el expediente debe obtenerse la aceptación de todos y cada uno de los representantes de los trabajadores a nivel de centro, basta con que uno de ellos se oponga al acuerdo para que el expediente no pueda ser aprobado por el resto de las representaciones de los trabajadores y se deba pasar a la vía alternativa de la autorización administrativa. Es precisamente ésta la regla que, por vía indirecta acaba favoreciendo la opción a favor del expediente globalizado, donde el acuerdo de conjunto valdrá como aceptación del expediente de regulación de empleo.

Es cierto, también, que aquí habrá que estar atentos a cuáles sean las estrategias empresariales, porque si no le conviene esta fórmula, fácilmente la empresa puede ir dilatando en el tiempo distintos expedientes de regulación de empleo y despedazar un gran expediente a base de, primero plantear y resolver el expediente de un centro aisladamente, después el expediente de un segundo centro y así sucesivamente. Con este procedimiento, le bastaría obtener en cada caso con la aprobación aislada de cada representación de centro, aunque

si se saca a la luz la estrategia de parcelación empresarial no puede descartarse que ello pueda valorarse como una actuación en fraude de ley, en la medida en que impide la previsión legal alternativa de análisis global del expediente. Éste es un asunto que, con seguridad, va a provocar bastante discusión, debiendo estar atentos a cómo se resuelve la aplicación práctica del reglamento en esta materia.

7. LOS MECANISMOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

La siguiente novedad, pero que está más bien en la Ley que en el reglamento, es la posibilidad de que se utilicen los mecanismos de mediación y arbitraje durante el periodo de consulta, de modo que se fomenta que cuando las partes no logran el acuerdo directo en el periodo de consultas puedan optar por la fórmula de la mediación o del arbitraje; incluso, primero de la mediación y posteriormente del arbitraje. En esta ocasión, la posibilidad de acudir a estos instrumentos se presenta siempre con carácter potestativo, y con un muy escaso desarrollo por parte del reglamento. El reglamento podría haber aclarado algunos detalles no menores del mecanismo resolutivo alternativo, si bien es probable que no lo haya efectuado por cuanto que ha preferido ser especialmente respetuoso con los acuerdos interprofesionales que tienen que desarrollar esta materia, aun cuando esa concreción podría haber fomentado en mayor medida los mecanismos de mediación y arbitraje. También es cierto que la Ley por vías indirectas lo dificulta notablemente, porque la lógica que introduce la Ley es que la mediación o el arbitraje en estos casos es alternativo al periodo de consulta, cuando en realidad hubiera sido más razonable concebir al periodo de consulta como una fase previa y sobre todo independiente de la mediación y el arbitraje. En realidad, mediación y arbitraje constituyen fórmulas de salida a un desacuerdo en el periodo de consulta, una vez que éste ha concluido; o bien dicho de otro modo, la mediación o el arbitraje deberían ser la fórmula alternativa a la autorización administrativa y no propiamente al periodo de consultas: una vez constatada la inviabilidad del acuerdo entre las partes, dar la opción a las partes porque elijan si prefieren remitirse a la solución administrativa o bien de forma alternativa abrir paso a la mediación o al arbitraje. Por todo ello, la limitación temporal que se establece, tanto en la Ley como en el reglamento, juega muy en contra de las posibilidades de juego, tanto de la mediación como del arbitraje: el plazo de 30 o 15 días previsto legalmente no sólo se presenta como máximo, sino que por añadidura incluye tanto la consulta con los representantes como el desarrollo de la tramitación del procedimiento de mediación o de arbitraje. Es imposible que la discusión entre las organizaciones sindicales y la dirección de una empresa no deje de restar parte del periodo de consultas

o incluso la totalidad del mismo; de modo que la regulación legal por la vía de los hechos no deja espacio temporal alguno para la mediación o el arbitraje. Aquí, si que de futuro habría que pensar en alguna reforma legislativa, o bien al menos articular fórmulas imaginativas en la práctica que otorguen juego real a la mediación y al arbitraje; por ejemplo, abrir un nuevo expediente si se considera que la mediación y el arbitraje pueden ser un camino; se cierra ese expediente con el periodo de consulta, al tiempo que se abre uno nuevo que arranque inmediatamente con la mediación o el arbitraje, según los casos.

8. EL ALCANCE NUMÉRICO DEL EXPEDIENTE

En cuanto al umbral cuantitativo de separación entre los despidos colectivos y los despidos individuales no hay tampoco mayores novedades en la disposición reglamentaria, ni siquiera en la Ley. Tan sólo apuntar el detalle de indicar que la plantilla sobre la que se ha de calcular el número de afectados que determina si se va a una vía o a otra, es la plantilla existente en el momento del inicio del procedimiento: “A efectos del cómputo de la plantilla de la empresa, se incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la misma en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada” (art. 1.1).

Más allá de ello, lo más preocupante es el mantenimiento de una interpretación jurisprudencial a la que se debería haber puesto coto a través de una reforma legislativa, conforme al cual no se cuentan a efectos de comprobar si se supera o no el umbral cuantitativo, los despidos que judicialmente son declarados como improcedentes de trabajadores temporales falsos, que precisamente se declara improcedente porque materialmente son contratos por tiempo indefinido⁶. La ley lo que establece al respecto es que no se computan las extinciones de los contratos temporales, pero estos no son contratos temporales; son contratos de trabajadores por tiempo indefinido que deberían computarse a todos los efectos. Más aún, la lectura de la Directiva sobre despidos colectivos muestra con claridad que la interpretación del Tribunal Supremo no se corresponde con lo que se establece en la misma, argumento que podría abrir paso a una posible cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Directiva excluye de su ámbito de aplicación a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados

⁶ STS 22 de enero de 2008, RJ 2074; 22 febrero 2008, RJ 5344; 26 de febrero de 2008; RJ 3867, 14 de mayo de 2008, RJ 4123; 30 de septiembre de 2008; RJ 7356. Una crítica a la misma en J. Cruz Villalón, Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma, *Temas Laborales* n° 99 (2009), pgs. 47 y ss.

por una duración o para una tarea determinadas⁷, pero es claro que en estos casos no se trata de contratos temporales, sino de contratos indefinidos que de forma irregular se han celebrado como temporales. No se trata a mi juicio de un asunto menor, dado que la tasa de temporalidad y la tasa de temporalidad injustificada en nuestro país son muy elevadas, lo que determina que el juego de los expedientes de regulación de empleo sea mucho más reducido del que lo es comparativamente en otros países próximos al nuestro. En suma, es bien sabido que las extinciones de contratos temporales se utilizan como colchón de adecuación de las empresas ante situaciones de crisis, y únicamente en los momentos finales, cuando ya no se tiene más remedio, se acude a los expedientes de regulación de empleo.

9. IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

Un último elemento digno de mención es el relativo a la impugnación de la autorización administrativa. Aunque nada establece al respecto el reglamento, conviene resaltar que la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social por fin procede a trasladar las impugnaciones de los actos administrativos en materia de despidos colectivos de lo contencioso administrativo a lo social: “Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan... .n) En impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral en procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (art. 2 LJS).

Tal traslación de conocimiento jurisdiccional se efectúa, de manera complementaria, incorporando en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social una modalidad procesal específica de revisión de los actos administrativos (arts. 151 y 152). Probablemente no resulta ésta la solución más idónea, porque a través de esa modalidad procesal se articulan procesos ciertamente heterogéneos difícilmente regulables de manera conjunta; pues se va a incorporar a una misma modalidad tanto la impugnación de un expediente de regulación de empleo como la impugnación de una sanción administrativa por incumplimiento de la legislación laboral. Por añadidura, la asunción de esta materia relativa a los expedientes de regulación de empleo tampoco va a resolver todas las dificultades que la práctica judicial estaba mostrando hasta el momento presente; por ejemplo, con ello no se va a permitir acumular todos los asuntos conexos a un expediente de regulación de empleo, lo cual también va a dificultar mucho

⁷ Art. 1.2.a Directiva 98/59, de 20 de julio, DOCE 12 de agosto de 1998.

una revisión judicial que debía ser más unitaria; por ejemplo, no se facilita que en el curso de la tramitación de un mismo proceso se aborden conjuntamente con la impugnación de la resolución administrativa relativa al expediente de regulación de empleo, otros aspectos colaterales como sería el posible incumplimiento del plan de acompañamiento, las indemnizaciones que corresponde abonar a los trabajadores, la selección de los trabajadores a despedir, etc.