

TEMAS

La reestructuración empresarial mediante regulación de empleo

Nuevas normas y prácticas sobre ERTE
y despidos colectivos

Cristóbal Molina Navarrete



III LA LEY

© **Cristóbal Molina Navarrete**, 2024

© **LA LEY Soluciones Legales, SAU**

LA LEY Soluciones Legales, SAU

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: Mayo 2024

Depósito Legal: M-10583-2024

ISBN versión impresa: 978-84-19905-68-0

ISBN versión electrónica: 978-84-19905-69-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, SAU

Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, SAU**. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, SAU, se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, SAU**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendój), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendój es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

INTRODUCCIÓN	23
CAPÍTULO 1. NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO (ERTE): NOVEDADES Y APLICACIÓN PRÁCTICA TRAS LAS REFORMAS	33
I. INTRODUCCIÓN.....	33
II. PRINCIPALES NOVEDADES JURÍDICAS, LEGALES Y REGLAMENTARIAS: UNA VISIÓN DE CONJUNTO	36
III. LA GESTIÓN DE LOS «ERTE» EN EL ÁMBITO LABORAL: LA JUSTIFICACIÓN, LOS PROCEDIMIENTOS Y LOS EFECTOS. . .	40
1. La regulación temporal de empleo (ERTE) por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas: los ERTE-CETOP	40
1.1. Justificación del ERTE-CETOP: espacio de flexibilización empresarial inalterado por la reforma de 2021	40
1.2. (Débil) preferencia de la reducción de jornada sobre la suspensión de contratos: enfoque individualizador, pero flexible	47
1.3. Procedimiento de gestión, consultiva y administrativa, de los ERTE-CETOP: nuevas claves de gestión	49
2. El procedimiento de autorización de un ERTE por fuerza mayor: el nuevo régimen de los (diversos) «ERTE-FM» . .	71
2.1. El ERTE por imposibilidad objetiva de cumplimiento de la obligación de ocupación efectiva: ¿qué se entiende hoy por fuerza mayor?	71
2.2. Aproximación actualizada a la causa de ERTE-FM desde la práctica del derecho vivo: estudio de casos relevantes	75

2.3.	Reglas del procedimiento de gestión de los ERTE-FM: de la solicitud a la agilizada autorización administrativa	91
2.4.	Reglas comunes de procedimiento para todos los ERTE, al margen de su causa: la mayor herencia de los ERTE-COVID.	99
2.5.	El impacto de las medidas del ERTE en las condiciones de trabajo más allá de la reducción y/o la suspensión: estudio de casos.	107

CAPÍTULO 2. «NUEVAS RECONVERSIONES», DIGITALIZACIÓN Y TRANSICIÓN VERDE: MECANISMO (SISTEMA) RED FLEXIBILIDAD Y ESTABILIZACIÓN EN EL EMPLEO. 125

I.	PLANTEAMIENTO GENERAL: UN INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD INTERNA COMPROMETIDO CON LA UE, PERO ¿A QUÉ COSTE?	125
II.	EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SISTEMA RED (FLEXIBILIDAD-ESTABILIZACIÓN): NUEVO MARCO LEGAL Y DESARROLLO REGLAMENTARIO	128
1.	Denominación del instrumento: del «escudo social» pandémico a la «red social» frente a las transiciones (digital y verde).	128
2.	¿Quién tiene la iniciativa de activación del mecanismo red?: el alto «voltaje político-institucional» del « ERTE-RED FLEXIGURIDAD»	130
3.	Retorno al principio de autoridad administrativa: ¿renacimiento de una técnica de autorización reglada o discrecional?	133
3.1.	Especificidad del ERTE-RED: claves legales para su desarrollo	133
3.2.	¿Una potestad administrativa reglada o discrecional?: ¿depende de que medie o no acuerdo?	135
3.3.	Tipología dual del mecanismo: «sistemas red flexigueros cíclicos» y «sectoriales»	137
3.4.	Normas comunes a ambas modalidades de ERTE-MECANISMO RED: agilización y beneficios sociales.	139
3.5.	Garantía de financiación del mecanismo red mediante un fondo específico	141

3.6.	La llamada a la evaluación de efectividad de las medidas de transición profesional en el Mecanismo RED (sectorial)	142
4.	Desarrollo reglamentario: gobernanza colectiva del procedimiento, protección social y fondo para su financiación	142
4.1.	Visión panorámica de la norma reglamentaria: objeto, fines y estructura	142
4.2.	Un aspecto innovador para la gestión: gobernanza colectiva del «mecanismo red de flexiguridad»	145
4.3.	La tramitación del mecanismo ERTE-RED: reglas de procedimiento	146
4.4.	Las garantías asociadas al mecanismo red: incentivos laborales y beneficios sociales	153
4.5.	El régimen de financiación: el «Fondo RED de flexiguridad»	155
4.6.	Parte extravagante: especial referencia a las reformas de otras normas reglamentarias para su coherencia	159
4.7.	Obligaciones en materia de acción formativa: la función de capacitación para la empleabilidad	162
4.8.	Actualización procesal	163
5.	Evaluación de la primera experiencia práctica: el caso del sector de las agencias de viaje	164
5.1.	¿Por qué el sector de las agencias de viaje fue pionero para la activación del mecanismo «ERTE-FLEXIGURIDAD»	164
5.2.	Evaluación práctica: un éxito por su difusión en el sector	167

CAPÍTULO 3. LA REGULACIÓN DEFINITIVA DE EMPLEO EN LAS EMPRESAS: NORMAS Y PRÁCTICAS RELATIVAS AL DESPIDO COLECTIVO Y «BAJAS VOLUNTARIAS INCENTIVADAS» 169

I.	INTRODUCCIÓN: ¿NUEVA ETAPA DE INTERVENCIONISMO PÚBLICO EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS?	169
II.	NUEVA DIALÉCTICA ENTRE «BAJAS INCENTIVADAS» (PRE-JUBILACIONES) Y DESPIDOS COLECTIVOS EN LAS POLÍTICAS DE REGULACIÓN DE EMPLEO	173

1.	La reducción del empleo y ventaja competitiva de las empresas: ¿la otra cara inexorable de la eficiencia?	173
2.	¿Recurrente <i>déjà vu</i> ?: ¿son más eficientes los planes de salidas voluntarias incentivadas que los despidos colectivos?	176
2.1.	¿Una opción reguladora de empleo para eludir la «enmienda telefónica»?	176
2.2.	¿Es realmente «voluntaria» la salida incentivada por el ERE?: ¿cómo afecta al despido colectivo y a otros efectos?	182
III.	EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS: DE LAS NUEVAS NORMAS A LAS ÚLTIMAS PRÁCTICAS	186
1.	¿Qué se entiende jurídicamente por despido colectivo?: dualidad de conceptos y regulación de orden público	186
2.	Presupuesto causal del despido colectivo: ¿qué tres elementos debe superar el juicio valorativo de justificación?	189
2.1.	¿Basta con un control judicial de la causa como hecho o exige un juicio de valor material?	189
2.2.	¿Cómo diferenciar en la práctica el juicio de razonabilidad debido del juicio de oportunidad prohibido del despido?	190
2.3.	¿Externalizar actividades describe una causa productiva lícita para el despido colectivo?	191
2.4.	¿Y la automatización, representa una causa top legitimadora de despidos colectivos?	192
2.5.	¿Perder o ver reducida una contrata es causa productiva?	195
2.6.	¿Tiene la misma valoración la estructura de grupo (laboral o mercantil) en la causa económica que en las causas TOP?	197
3.	Presupuesto subjetivo: ¿tiene especificidades el concepto de persona trabajadora protegida a los efectos de despido colectivo?	199
3.1.	¿Existe un concepto comunitario de persona trabajadora a efectos del despido colectivo?: ¿cómo se interpreta?	199
3.2.	¿Cabría incluir a personas autónomas con una situación de vulnerabilidad comparable a la asalariada en un ERE?	200

4.	¿Qué unidad de referencia espacial para determinación de la ratio o umbral?: ¿centro, empresa o grupo?	202
5.	¿Qué despidos y extinciones asimilables integran la <i>ratio</i> personas afectadas/dimensión de plantilla?: un listado incierto y abierto	206
5.1.	Planteamiento general: una vis atractiva muy conflictiva	206
5.2.	La experiencia en el derecho vivo: estudio de casos.	208
5.3.	¿La extinción de la personalidad jurídica empresarial implica un despido colectivo?: causa autónoma, remisión confusa	235
5.4.	¿Y el cese de personas socias por disolución de cooperativas de trabajo asociado por causas ETOP?	238
6.	Una experiencia de gestión viciada creciente: ¿qué son los despidos colectivos de hecho o encubiertos?	242
6.1.	Una breve aproximación conceptual; ¿qué se entiende por un despido colectivo de hecho?	242
6.2.	Del concepto a las prácticas: últimos casos prototípicos de despidos colectivos encubiertos en el derecho vivo	243
7.	¿Cómo computar el periodo de 90 días determinantes del despido colectivo?: efecto útil y cláusula (temporal) anti-fraude	246
7.1.	¿Cómo juegan las reglas de maximización del efecto útil en clave de prevención temporal del fraude?	246
7.2.	Mirada a la praxis: ¿hasta dónde puede estirarse la cláusula «antes-después»?	247
8.	El procedimiento de despido colectivo: una garantía de control social más allá del puro trámite.	249
8.1.	Finalidad material de una garantía procedimental: dualidad notificación y consulta	249
8.2.	¿Cuándo nace la obligación de notificación y consulta de los despidos colectivos?	250
8.3.	¿Se deben notificar con una antelación mínima los despidos colectivos si implican cierres?: nueva e incierta obligación.	252

8.4.	¿Cuándo y cómo constituir la comisión negociadora?: las debidas cautelas para evitar dilaciones	254
8.5.	La doble comunicación, a la RLT y a la autoridad laboral ¿en qué consiste la obligación de información pertinente?	259
8.6.	¿Nuevo papel de autoridad en el ERE?: ¿qué relevancia tiene en la práctica el «sorpresivo» refuerzo inspector posreforma?.	266
8.7.	¿En qué consiste el deber de negociar de buena fe para lograr un acuerdo a blindar?	273
8.8.	Nueva ronda de comunicaciones: a la autoridad el resultado de la consulta y a la RLT la decisión extintiva si no media acuerdo	281
8.9.	La potestativa notificación individual del despido: ¿en qué plazo puede de hacerse y qué condicionantes tiene?.	283
8.10.	Copia de la carta de despido económico a la RLT: una garantía encrucijada entre el individual y el despido colectivo	285
9.	Despido colectivo y criterios selectivos de las personas afectadas: ¿entre libertad de empresa y prohibición de discriminación?	288
9.1.	Una cuestión litigiosa: ¿es suficiente con el carácter genérico de los criterios de selección aportados a la consulta?	288
9.2.	¿Es necesario trasladar los criterios de selección a la carta de comunicación individual del despido?	291
9.3.	Criterios de selección y derechos fundamentales: estudio de casos recientes relevantes.	291
10.	La dimensión social de los despidos colectivos y políticas de empleo: las medidas de acompañamiento y planes de recolocación	297
10.1.	¿Qué diferencias entre «plan social» y «plan de recolocación» (externa) y cuándo son exigibles uno y otro?	297
10.2.	¿Cabe justificar la imposibilidad de medidas sociales en caso de despidos de toda la plantilla por cese de la actividad?	300

10.3.	¿Qué diferencias hay entre los compromisos de recolocación «externa» y los de recolocación «interna» en el seno de un ERE?	301
10.4.	¿Tienen la consideración de colectivo prioritario a efectos de las políticas de empleo las personas afectadas por un ERE?	303
11.	Especial referencia a la cuestión indemnizatoria: algunos aspectos prácticos	305
11.1.	¿La indemnización por despido colectivo puede mejorarse en función de la edad de la persona trabajadora?	305
11.2.	¿En excedencia voluntaria se tiene derecho a indemnización derivada de un ERE de la que deba responder el FOGASA?	306
11.3.	«Cuius commoda, eius incommoda»: ¿en qué condiciones cabe diferir el pago de la indemnización acordada en un ERE?	307
IV.	DESPIDOS COLECTIVOS POR FUERZA MAYOR: RESISTENTE PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ERE-FM	309
V.	UNA TIPOLOGÍA DE DESPIDOS COLECTIVOS COMPLEJA Y CONFLICTIVA: LA REGULACIÓN DE EMPLEO EN LOS GRUPOS COMO (OPORTUNISTAS) MERCADOS INTERNOS DE TRABAJO	310
1.	La gran paradoja: ¿tienen los grupos el adecuado tratamiento en los procedimientos de regulación de empleo? .	310
2.	¿Cómo incide la estructura de grupo en los deberes de información documentada para el periodo de consulta? .	313
CAPÍTULO 4. LA REGULACIÓN DE EMPLEO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO (ADMINISTRATIVO Y EMPRESARIAL) TRAS LA REFORMA: ¿«PROHIBICIÓN O «NORMALIZACIÓN» DEL RÉGIMEN COMÚN?		317
I.	¿ADIÓS A LA REGULACIÓN EXTINTIVA DE EMPLEO PÚBLICO LABORAL?: ¿UN SILENCIO ELOCUENTE O LAGUNA JURÍDICA?	317
1.	Introducción: el enunciado de una perplejidad jurídica, otra más en la regulación de empleo público	317

2.	Un poco de historia: ¿qué racionalidad jurídica y económica tuvo la inclusión del empleo público laboral en los arts. 51 y 52 ET?	319
3.	¿Una palabra derogatoria de la ley y el derecho de precedentes a la papelera?: no hay futuro regresando al pasado	322
II.	¿Y LOS ERTE?: PERSISTENTE EXCLUSIÓN DE LOS ERTE DEL SECTOR PÚBLICO-ADMINISTRATIVO E INCLUSIÓN DEL SECTOR PÚBLICO-EMPRESARIAL	324
III.	ANÁLISIS EN PERSPECTIVA COMUNITARIA: ¿QUÉ ALCANCE TIENE AHORA LA EXCLUSIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL? .	326
1.	¿Incluye la directiva los despidos colectivos del sector público?	326
2.	¿Cabría calificar la DA 16ª del ET como norma más favorable ex art. 5 de la directiva 98/59/CE?	326
IV.	EL NUEVO MARCO NORMATIVO TRAS LA DEROGACIÓN DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 16ª ET: ¿SE VUELVE A LA PROBLEMÁTICA CASILLA DE SALIDA?	328
1.	¿Derogar es prohibir en el empleo público regulaciones extintivas por causas ETOP?	328
V.	ALGUNAS SITUACIONES ESPECIALES DE REGULACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO: PARTICULAR REFERENCIA AL SECTOR CIENTÍFICO-UNIVERSITARIO	331
1.	¿Cómo extinguir los contratos de actividades científico-técnicas ex art. 23 de la Ley de la Ciencia?	331
2.	¿La extinción de contratos de profesorado asociado puede llevarse a cabo por la vía de los artículos 51 o 52 c) ET?	333
3.	¿Y en los procesos de estabilización del empleo público que espacio hay para las regulaciones extintivas de empleo?	336
VI.	¿QUÉ ESTÁ DICRIENDO EL DERECHO VIVO SOBRE LA DEROGACIÓN DE LA DA 16ª ET?: EL FAVOR POR LA CONTINUIDAD DE DESPIDOS CETOP PÚBLICOS.	338
VII.	CONCLUSIÓN: CONTINUIDAD DE LOS DESPIDOS POR CAUSAS ETOP EN EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL, PERO CON ADAPTACIONES.	340

CAPÍTULO 5. LA DIMENSIÓN PROCESAL DE LA REGULACIÓN DE EMPLEO: VÍAS DE IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL DE LOS ERTE Y DE LOS ERE	343
I. INTRODUCCIÓN: LA PARADOJA DE LA INTENSA CONFLICTIVIDAD JUDICIAL DE LA REGULACIÓN DE EMPLEO TRAS LA REFORMA DE 2012	343
II. LAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN DE LOS ERTE: ACCIÓN DE OFICIO, COLECTIVA E INDIVIDUAL.	346
1. Los procesos especiales de impugnación de los ERTE-CETOP	346
1.1. ¿Cuál es el régimen de la impugnación del ERTE-CETOP por las vías de oficio?: ¿qué nos dicen las normas y sus prácticas?	346
1.2. ¿Cómo opera la impugnación del ERTE por la vía individual?: las normas y sus prácticas	355
1.3. ¿Cómo interactúan los artículos 153 y 138 LRJS en la impugnación de un ERTE por vía colectiva?	356
1.4. ¿Qué efectos derivan de la impugnación del ERTE-CETOP?: nulidad, no ajustado a derecho o ajustado	357
2. Las vías de impugnación de los ERTE-FM: la especificidad por la presencia de una resolución administrativa autorizadora	360
2.1. ¿Qué diferencias hallamos en la impugnación de un «ERTE-FM» respecto del «ERTE-CETOP»?	360
2.2. Nueva mirada al derecho vivo sobre impugnación de ERTE-FM: ¿qué nos aportan recientes casos?	361
III. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS: ¿UNA REENCENDIDA LLAMA QUE NO CESA?	367
1. ERE-CETOP e impugnación judicial: las acciones contra el acuerdo (o decisión) de extinción en la jurisdicción social	367
1.1. Aproximación general:¿cuál es el cuadro de modalidades de impugnación de los despidos colectivos?	367
1.2. La vía estrella, pero lagunosa, en la impugnación de los ERE: la acción colectiva de impugnación	368

1.3.	La dimensión colectiva de la impugnación empresarial: ¿qué fue de la «acción de jactancia» (o del «perpetuo silencio»)?	390
1.4.	La impugnación individual del despido colectivo: restricciones y aperturas	392
1.5.	Impugnación de oficio del despido colectivo: algunos problemas prácticos	395
2.	¿Qué calificación y consecuencias derivan de la impugnación del despido?: aspectos prácticos más allá de la nulidad	396

CAPÍTULO 6. LA REGULACIÓN DE EMPLEO EN LOS PROCESOS DE REESTRUCTURACIÓN Y SITUACIONES DE EMPRESAS CONCURSADAS: ERTE Y ERE EN EL NUEVO DERECHO DE RIESGOS DE INSOLVENCIA 401

I.	INTRODUCCIÓN: NUEVOS MARCOS DE REESTRUCTURACIÓN PREVENTIVA, CONCURSO DE ACREEDORES Y REGULACIÓN DE EMPLEO	401
II.	¿QUÉ ESPECIALIDADES CONOCE EL NUEVO MARCO LEGAL DE LOS ERTE Y DE LOS ERE CONCURSALES?	404
1.	Gestión preventiva del riesgo de insolvencia y regulación de empleo en el nuevo derecho de la reestructuración preventiva	404
2.	Derecho aplicable: función supletoria de la legislación laboral	405
3.	Solicitud de regulación colectiva de empleo: legitimación activa, forma y contenido	407
3.1.	¿Quiénes están legitimados para solicitar del Juzgado del Concurso el ERTE-ERE?	407
3.2.	¿Se debe presentar el informe de la Administración Concursal (AC) para la solicitud de ERTE-ERE concursal?	408
3.3.	¿Cuál es el contenido de la solicitud?: justificación causal e información documentada	409
3.4.	¿Qué previsión específica se establece cuando media un cierre de centros o de empresa?	410
4.	El período de consultas en el ERE concursal: legitimación y buena fe en la negociación	411

4.1.	¿Cómo se abre el período de consultas y cuánto dura?: ¿coincide con los ERTE-ERE extraconcur-sales?	411
4.2.	¿Una expectativa frustrada?: ¿qué papel tiene re-servado el grupo en la gestión de los ERE concu-rsales?	414
4.3.	El deber de buena fe: ¿remisión tácita a la legis-lación laboral?	417
4.4.	¿Es sustituible el período de consultas en los ER-TE-ERE concursales?: ¿qué especialidades tiene respecto de los ERE-ERTE estatutarios?	418
4.5.	El acuerdo colectivo de regulación concursal de empleo: ¿cómo se gestionan los deberes de co-municación e informe de la ITSS?	419
5.	Autorización judicial del ERTE y/o ERE concursal preten-didos: auto resolutorio y su eficacia	420
5.1.	¿El auto de autorización del ERTE-ERE tiene natu-raleza reglada o discrecional?	420
5.2.	¿El auto que autoriza un ERTE-ERE concursal es título acreditativo de la situación legal de desem-pleo?: estudio de casos	422
5.3.	¿Qué efectos tiene el auto de autorización de un ERTE-ERE concursal sobre otros derechos y pro-cesos?	424
6.	¿Qué régimen sigue un ERE concursal en cooperativas de trabajo asociado y qué impacto tiene en las personas tra-bajadoras-socias?	425
7.	La impugnación judicial del auto que pone fin al proce-dimiento de ERTE y/o ERE concursal: vía colectiva e indi-vidual	427
7.1.	¿Por qué vías se impugna judicialmente un ERTE-ERE concursal?	427
7.2.	Una cuestión espinosa: ¿cómo se distribuyen las competencias entre lo social y lo concursal?	430
8.	Regulación de empleo y responsabilidad del FOGASA en el contexto de los ERTE-ERE concursales: estudio de ca-sos.	439
8.1.	¿Qué tipo de emplazamiento se reserva al FO-GASA en procedimientos concursales y qué efec-tos tiene para su responsabilidad?	439

8.2.	¿Responde el FOGASA de la indemnización por ERE concursal si no está inscrito en la lista de acreedores?	441
8.3.	¿El FOGASA debe abonar indemnización a una persona trabajadora en excedencia voluntaria durante el ERE concursal?	442
8.4.	¿Y responde de la indemnización superior a la legal acordada en una conciliación extrajudicial?	442
III.	NUEVO DERECHO PRECONCURSAL Y REGULACIÓN DE EMPLEO: PLANES DE REESTRUCTURACIÓN Y GARANTÍAS DE CONTINUIDAD DE LAS EMPRESAS.	443
1.	La gestión preventiva del riesgo de insolvencia: la novedad de los planes de reestructuración	443
2.	¿Una regulación indiferenciada del impacto sociolaboral de los planes de reestructuración?: la deficiente técnica reguladora.	446
3.	De las nuevas normas a las prácticas renovadas: valoración de las primeras experiencias	448
4.	¿Cómo prevé el TRLC abordar las medidas de regulación colectiva de empleo en situaciones de precurso?	451
5.	¿Cabe la transmisión de empresa en procesos de reestructuración? en tal caso, ¿cuál es el orden social competente?	452
IV.	LA PARTICIPACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN LABORAL EN LOS PROCESOS CONCURSALES.	453
V.	REGULACIÓN DE EMPLEO Y SUCESIÓN DE EMPRESA: ¿UNA INTERACCIÓN INTENSA EN LA PRÁCTICA, PERO DE REGULACIÓN ERRÁTICA?.	454
1.	Marco normativo renovado, pero ¿adecuado?	454
2.	¿La transición al trabajo cooperativo como forma de regulación colectiva de empleo en empresas concursadas?	456
3.	¿Una última conexión mínima con la lógica laboral? ¿Qué papel para el informe de la ITSS, potestativo no preceptivo?	459
4.	¿Qué conexiones entre el nuevo régimen de adquisición vinculante de empresa y la regulación de empleo?	460
5.	Nuevo marco de impugnaciones: ¿una voluntad legal de extrañar al orden social de todo lo que suponga sucesión de empresa?	462

6.	La complejidad de gestión de las interacciones entre la regulación de empleo y la sucesión de empresa en la práctica: estudio de casos	464
VI.	PROCESO ESPECIAL PARA LAS MICROEMPRESAS Y REGULACIÓN COLECTIVA DE EMPLEO: ¿CUÁLES SON SUS PUNTOS MÁS CRÍTICOS?	467
1.	¿Cuáles son los presupuestos subjetivos y objetivos del proceso especial concursal?	467
2.	¿Cómo tramitar en este procedimiento las medidas de ajuste de las «microplantillas»?	468
3.	¿La legitimación de estas medidas exige la participación de la AC?	471

CAPÍTULO 7. SEGURIDAD SOCIAL Y REGULACIÓN FLEXIBLE DEL EMPLEO: BENEFICIOS DE COTIZACIÓN PARA EMPRESAS Y PROTECCIÓN SOCIAL PARA PERSONAS TRABAJADORAS (INCLUSO AUTÓNOMAS). 473

I.	INTRODUCCIÓN: SOCIALIZACIÓN PARCIAL DE SUS COSTES, CLAVE DEL ÉXITO DE LA GESTIÓN FLEXIBLE INTERNA DEL TRABAJO	473
II.	MODALIDADES DE ERTE Y GESTIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL: LA COTIZACIÓN SOCIAL Y LA ACCIÓN PROTECTORA	474
1.	El régimen especial de cotización en materia de ERTES: los beneficios en forma de exenciones (voluntarias)	474
1.1.	El deber de cotización en ERTE: ¿qué reglas para el cálculo de las bases de cotización?	474
1.2.	Socialización parcial de la cuota patronal: ¿qué beneficios de exención?	476
2.	La protección social de las personas trabajadoras en ERTE: mejoras de la situación legal de desempleo para los ERTE-FM	481
2.1.	Períodos de ERTE como situación legal de desempleo: ¿cuál es el catálogo previsto?	481
2.2.	Prestaciones por desempleo en la modalidad de ERTE-FM: ¿qué mejoras contempla?	485
2.3.	¿Computan los períodos de ERTE para una nueva prestación de desempleo?	486

III.	SOCIALIZACIÓN COSTES DE LOS SISTEMAS-RED: BENEFICIOS DE EMPRESAS Y PROTECCIÓN ESPECIAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS	491
1.	Cuánta y condiciones de los beneficios en la cotización social para las empresas que recurran a los «ERTE-RED».	491
2.	¿Más allá de la denominación?: la situación de protección especial (¿de «desempleo»?) para las personas en ERTE-RED	492
2.1.	¿Qué es la prestación por sostenibilidad del empleo?: ¿en qué se diferencia de la situación legal de desempleo?	492
2.2.	¿Cuáles son sus requisitos de acceso?	493
2.3.	¿Cómo se solicita y reconoce la prestación especial durante el ERTE-RED?	495
2.4.	¿Cuál es su cuantía y duración?	496
2.5.	¿Cómo se gestiona la prestación, cómo se impugna y cómo se financia?	498
3.	Mecanismo RED y regulación de autoempleo: la protección social del trabajo autónomo en escenario de las «nuevas reconversiones»	499
3.1.	¿Tienen derecho las personas autónomas vulnerables al ERTE-RED a una prestación especial?	499
3.2.	¿Cuál es el régimen jurídico de la prestación para las personas autónomas afectadas por un ERTE-RED cíclico?	501
3.3.	¿Qué prestación de sostenibilidad para las personas autónomas en ERTE-RED sectorial?: ¿más semejanzas que diferencias?	511
IV.	PROTECCIÓN SOCIAL EN LOS SUPUESTOS DE DESPIDO COLECTIVO: LOS ERE (ORDINARIOS Y CONCURSALES) COMO SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO	519
1.	Marco normativo: sinopsis de una situación legal de protección por desempleo clásica e inalterada	519
1.1.	Regulación de empleo y acceso a la protección contributiva	519
1.2.	Reestructuración, prejubilación y protección por desempleo: ¿qué situaciones atípicas, pero normalizadas en la práctica?	520
2.	El derecho de precedentes: algunas experiencias conflictivas	524

2.1.	¿Las indemnizaciones derivadas de un ERE son renta computable a efectos del subsidio por desempleo para mayores de 52 años («prejubilación»)?	524
2.2.	¿Será compatible la renta periódica de sustitución de prestaciones sociales durante el acuerdo de prejubilación y la pensión de jubilación anticipada?	525
2.3.	¿Son discriminatorios los tratamientos diferentes, respecto a los planes de pensiones, de las personas prejubiladas y las despedidas colectivamente?	528
V.	LOS DESPIDOS COLECTIVOS Y EL ACCESO A LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN ANTICIPADA INVOLUNTARIA: ESTUDIO DE CASOS CONFLICTIVOS	530
1.	El derecho legislado: la protección por desempleo como tránsito casi sin solución de continuidad a la (pre)jubilación.	530
2.	Regulación de empleo y jubilación anticipada: algunas experiencias conflictivas en el derecho vivo de la Seguridad Social reciente	531
EPÍLOGO	541

II. NUEVA DIALÉCTICA ENTRE «BAJAS INCENTIVADAS» (PREJUBILACIONES) Y DESPIDOS COLECTIVOS EN LAS POLÍTICAS DE REGULACIÓN DE EMPLEO

1. La reducción del empleo y ventaja competitiva de las empresas: ¿la otra cara inexorable de la eficiencia?

Más allá de la cuestión estrictamente normativa, y jurisprudencial, sobre las que luego volveremos con detalle, la actualidad de las regulaciones extintivas de empleo está muy presente en las noticias más significativas del «papel salmón» (información de tipo económico por los periódicos especializados en ella). En el bienio 2022-2023 las grandes empresas tecnológicas mundiales («las 7 magníficas») habrían gastado varios miles de millones de euros para afrontar (más de 5000 millones de euros), en sus procesos de reestructuración pese a coyunturas de beneficios, la reducción de sus plantillas en varias decenas de miles de millones de personas (más de 45.000), cuyo anuncio solo habría supuesto, tras el correspondiente «rally en bolsa», un aumento de su cotización bursátil. Proceso que lejos de estar agotado se relanzaría en los inicios de este año.

Paradójicamente, estos procesos de regulación extintiva de empleo en escenarios de reestructuración empresarial no solo tuvieron lugar en periodos especialmente buenos para las situaciones de mercado de algunas de ellas, sino que se caracterizaron como los típicos del «año de la eficiencia», por la intensidad con que se afrontó esta rebaja de las plantillas, valorándose muy positivamente por los mercados bursátiles. Por lo tanto, al igual que en su día en el sector financiero, incluso en el sector automovilístico, ahora en el sector tecnológico, la demanda de eficiencia por los mercados parece seguir con sus recompensas a las compañías que reducen plantillas, por tanto, costes sociolaborales, para mejorar su rentabilidad y avanzar en sus ventajas competitivas⁽¹¹⁷⁾. En suma, estas regulaciones de empleo aparecerían como una suerte de inexorable «cara social oscura», «el otro lado sombrío» de la «fuerza mercantil» de la eficiencia económico-empresarial, lo que, sin duda, tiene importantes impactos para las personas, colectivos y territorios, en términos de costes ocupaciones y sociales.

Un conocido —y polémico— contraste entre impactos sociales (costes) e imperativos financieros (eficiencia) revivido en múltiples ocasiones en España, en sectores diferentes y etapas distintas, incluido el año de la reforma laboral (y también de la primera fase de las pensiones —penalizadora de las jubilaciones anticipadas—), en 2021. Más de una veintena de grandes empresas españolas

(117) Cfr. «La otra cara del "año de la eficiencia": Meta, Microsoft, Google y Amazon gastaron 4.400 millones en despidos». <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2024/02/15/65c5250821efa0a5548b45a8.html>

anunciaron una nueva oleada de regulaciones de empleo (ERE), desde el sector bancario al turístico, pasando por el automovilístico, el textil o comercio, causando alarma político-social (muchas anunciaban, al tiempo, unos grandes beneficios). Lo más chocante residía en regulaciones de empleo en escenarios normativos e institucionales que alentarían el retraso de la edad de jubilación más allá de la ordinaria. Y por supuesto, se vivía como un «*Déjà vu*».

Casi dos nuevas decenas de miles de empleos a destruir con un altísimo coste social y financiero (una parte pagada por el sistema de seguridad social, otra parte con fondos de las empresas, alimentados por sus beneficios), por empresas estandarte (CaixaBank, BBVA, El Corte Inglés, Airbus, etc.). A modo de una cierta transacción político-social, una mayoría de las empresas aceptaron hacer recaer el mayor peso de su —a menudo nuevo— ERE (enésimo proceso de regulación de empleo ligado a la reestructuración empresarial no menos continuada), en vez de en la técnica jurídica de los *despidos colectivos* (salidas forzosas con mejoras indemnizatorias respecto a las legales ex art. 51 et), en la técnica, de más compleja ingeniería jurídica, por su atipicidad legislativa, de las *prejubilaciones* (salidas voluntarias). Diferenciándose más en sus estrategias de regulación de empleo en lo que concierne a las políticas de gestión de edad, pues mientras en unos casos el ERE optaba expresamente por cargar la regulación de empleo en las personas mayores de 50 años (BBVA), con sobrecostes legales para compensar el pago de prestaciones por desempleo y menor confianza en su aportación de talento, primando la inversión hecha en el joven, en otras se inclinaba por todo lo contrario, por realizar más el ajuste con las menores de esa edad (ej. CaixaBank), por el ahorro de costes legales y por la confianza en el valor de la experiencia⁽¹¹⁸⁾.

Procesos y conflictos, de gran calado socioeconómico, además de ético-cultural, que han seguido en nuestros días, como muestra, ahora para el sector de comunicaciones, el Grupo (multinacional) Telefónica. En efecto, tras varios meses de duras negociaciones, el nuevo ERE de la operadora se ha saldado —según anticipamos en la introducción de la obra— con 3.640 peticiones solici-

(118) «BBVA excluye del ERE a los empleados entre 25 y 45 años». Se reseña en la noticia periodística cómo la entidad financiera se desmarcaría de la política etaria de regulación de empleo de CAIXABANK, donde la mitad de los despidos afectaron a personas trabajadoras menores de 50 años, como veremos en su momento y en su análisis más propiamente jurídico y jurisprudencial. El BBVA valoraría, así, más su política de retención de talento joven, cuya reducción provocaría una fuga de talento inasumible por la pérdida de la inversión en formación (inversión empresarial en capital humano) que tendría una decisión de política de empresa de tal guisa. <https://www.elconfidencialdigital.com/articulo/dinero/bbva-excluye-ere-empleados-25-45-anos/20210430134224237286.html>

tudes (el 106,4% del objetivo oficial de la compañía⁽¹¹⁹⁾). El acuerdo entre la dirección económico-financiera del Grupo Telefónica y los sindicatos más representativos contemplaba una reestructuración empresarial que afectaría a 3.421 empleos. Finalmente, en el procedimiento seguido se habrían consolidado 3.393 bajas voluntarias incentivadas, eliminando la necesidad de realizar despidos «forzosos» ex art. 51 del ET, en las divisiones de sus filiales Telefónica de España, Móviles y Soluciones. En términos financieros, según se adelantó igualmente, con esta nueva reestructuración de plantilla la multinacional de telecomunicaciones asume un coste de **unos 380.000 euros por persona empleada**, en concepto de retribuciones y prestaciones, con un coste total de 1.300 millones de euros para el Grupo.

Este coste es inferior al anterior ERE (sobre los 571.000 € por persona trabajadora⁽¹²⁰⁾). Pero resulta muy inferior al que derivaría de la realización de un despido colectivo. Una cuantía que sería resultante de una doble componente básicamente: **la indemnización por despido**, la más alta de los sectores, pero que ha caído notablemente en los últimos años, por la reducción de la media de antigüedad y la mayor contención del crecimiento salarial (hoy se situaría en torno al promedio de los 80.000 € de media en el sector) más las **contribuciones a la TGSS**, como compensación al Estado por las prestaciones sociales a pagar, dado que afecta de una forma significativa a personas trabajadoras mayores de 55 años, según el art. 55.11 ET. Como es lógico, habría que tener en cuenta también, en tal caso, los mayores costes de transacción, así como de eventual conflictividad social (y eventuales costes judiciales), que tendrían un plan de «salidas forzosas indemnizadas» (**ERE obligatorio**), mediante la actualización de un procedimiento de despido colectivo ex art. 51 ET, respecto de las «salidas voluntarias incentivadas» (**ERE voluntario**).

(119) Esta sobredemanda de bajas voluntarias incentivadas es, con todo, inferior a la que suele producirse en los ERE de los bancos, donde se sitúa en torno al 40 por ciento, evidenciando así las condiciones más ventajosas, pero también la desmotivación mayor de la plantilla en estas empresas. Vid. «Los ÉRE de banca reciben una demanda masiva por las buenas condiciones y la desmotivación de las plantillas». <https://theobjective.com/economia/2021-11-18/ere-banca-demanda-masiva-condiciones/>

(120) «El ERE de Telefónica se salda sin despidos forzosos y con un 106% de adscritos: 3.640 peticiones de baja voluntaria». <https://www.xataka.com/empresas-y-economia/ere-telefonica-se-salda-despidos-forzosos-106-adscritos-3-640-peticiones-baja-voluntaria#:~:text=>

2. **¿Recurrente *déjà vu*?: ¿son más eficientes los planes de salidas voluntarias incentivadas que los despidos colectivos?**

2.1. *¿Una opción reguladora de empleo para eludir la «enmienda telefónica»?*

2.1.1. *¿Es real el anunciado giro en la técnica de regulación de empleo desde la prejubilación al despido colectivo?: el caso de telefónica*

No es ni casual ni episódica esta nueva experiencia de ERE TELEFÓNICA para analizar en detalle el régimen jurídico (sociolaboral) de las regulaciones de empleo, en marcos de procesos de reestructuración empresarial. En el primer plano, es oportuno recordar que, en el argot de la gestión de los despidos colectivos es muy conocida la que se conoce como «*Enmienda Telefónica*». Su diseño legal (Disposición Adicional 16ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto: «Aportaciones económicas por despidos que afectan a trabajadores de 50 o más años en empresas con beneficios») se concibió como un intento de respuesta disuasoria (de efectos claramente ineficaces) de los procedimientos de despido colectivo que afectan a centenares de personas, con el consiguiente efecto de regulación extintiva de empleo, cuando las empresas tienen beneficios importantes y afectan a personas de edad madura, pero muy alejada de la de jubilación.

De este modo, se pretendía aumentar los costes de tales despidos para compensar los generados al erario (por las prestaciones de desempleo y las «prejubilaciones»). Al tiempo se buscaba trasladar una imagen mínima de responsabilidad social a cargo de las empresas. Éstas, en el diseño de estos programas de regulación de empleo, atienden en lo fundamental a su mejora de la ventaja competitiva en los mercados, amparándose en la paz social que genera el acuerdo sindical por las ventajosas económicas que suponen para las personas que asumen «voluntariamente» tales salidas.

Precisamente, el gran grupo español de telecomunicaciones no ejecuta un ERE obligatorio desde entonces, con un despido que terminó con la salida de más de 6.800 personas trabajadoras entre 2011 y 2013. Como hemos comentado, en el año 2024 ha querido mantener esta nueva línea de política empresarial de regulación de empleo, basándola en las salidas voluntarias en vez de en despidos. En paralelo, confirmando esta estrategia de acuerdos de paz social, pese a destruir masivamente empleos (es un 20 por cien de la plantilla actual), ha firmado el nuevo convenio colectivo de las tres empresas vinculadas (Telefónica España, Móviles y Soluciones) y que estará vigente hasta el 31 de diciembre de 2026 (incluyendo un horizonte de 36 horas semanales al final de su vigencia —actualmente la jornada es de 37,5 horas—, manteniendo el compromiso de revisión salarial vinculada al IPC).



Las empresas se ven sometidas a diario a procesos de reestructuración que comportan la adopción de medidas de regulación de empleo. Los mecanismos de regulación temporal (ERTE) empiezan a evidenciar problemas aplicativos (ej. SSTS 259/2023, 969/2023) y se someten a nuevos desarrollos normativos (ej. Real Decreto 608/2023, de 11 de julio –mecanismo RED ex art. 47 bis ET–). En este mismo contexto, son frecuentes los despidos colectivos y salidas incentivadas (según la STJUE 22 de febrero de 2024, ambos han de computarse para el período de consultas ex art. 51 ET, so pena de nulidad). Del mismo modo, novedades legislativas recientes (ej. control causal de la ITSS), así como numerosas sentencias del TS abren nuevos interrogantes aplicativos (ej. SSTS, 4ª, 59/2024, 173/2024).

En este escenario, de cambios e incertidumbre, esta obra ofrece un análisis completo y actual de todas las modalidades de ERTE, así como de los ERE. Se lleva a cabo un análisis transversal (laboral, procesal, de seguridad social, concursal) y, siempre, desde una dimensión práctica, ofreciendo respuestas precisas a una gran variedad de cuestiones aplicativos.



ER-0280/2005



GA-200501/00