

# DL

## “LIBERALIZACIÓN” Y “SUBVENCIÓN” DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DE LA REDUCCIÓN TEMPORAL DE LA JORNADA DE TRABAJO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN (ART. 47 ET) TRAS LA REFORMA DE 2012

Sofía Olarte Encabo\*  
Universidad de Granada

**SUMARIO:** I. LA ESCASA NOVEDAD DE LA SUSPENSIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA COMO MEDIDA DE FLEXIBILIDAD INTERNA. –II. ANÁLISIS DE LA REFORMA LABORAL DE 2012. –III. MEDIDAS DE INCENTIVO A LA SUSPENSIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O PRODUCTIVAS: LA SOCIALIZACIÓN DEL COSTE DEL AJUSTE EMPRESARIAL ALTERNATIVO AL DESPIDO

---

### RESUMEN

*Se analiza el régimen jurídico –sobre todo, sustantivo, aunque también procesal– de estas dos figuras. El estudio evolutivo pone de manifiesto la escasa novedad de la medida en sí y que lo novedoso es el decidido apoyo legal a lo que considera medidas de flexibilidad interna alternativas al despido, lo que se concreta en la supresión de la autorización administrativa y prórroga de las medidas de apoyo económico. Pese a las grandes expectativas en orden a la contención de la destrucción de empleo, los resultados son muy discretos y como medida de fomento de empleo predominantemente empresarial, en muchos casos se convierte en un mero mecanismo dilatorio del inevitable final extintivo.*

---

### I. LA ESCASA NOVEDAD DE LA SUSPENSIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA COMO MEDIDA DE FLEXIBILIDAD INTERNA

La suspensión del contrato de trabajo y la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47 ET) se presenta en la EM de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, como una de las medidas estrellas de flexibilidad interna. Si bien no se trata de una figura propiamente novedosa (y así se reconoce en la EM de la Ley 3/2012), se pretende afianzar como mecanismo alternativo a los despidos, “dándole agilidad mediante la supresión del requisito de autorización administrativa y estableciendo una prórroga del sistema de bonificaciones y reposición de prestaciones por desempleo previsto para estos supuestos”.

---

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Los objetivos son claros pues: flexibilizar –valga la redundancia– estos mecanismos de flexibilidad interna y mantener un sistema de subvenciones públicas a las mismas con el objetivo de evitar la destrucción de empleo. Una agilidad y flexibilización a través de la supresión de la autorización administrativa que se produce no sólo respecto de la suspensión sino también del despido colectivo por estas mismas causas, lo que pone de manifiesto una “apuesta” menor por la figura suspensiva como alternativa a la extintiva, ya que, como veremos, el legislador, en realidad la configura como una mera dilación ante el fin inevitable de la extinción –como pone de manifiesto la regulación de la reposición de la prestación por desempleo “consumida” para cuando sobrevenga la extinción.

En efecto, la suspensión del contrato de trabajo por causa de empresa –causas económicas, técnicas, organizativas o de producción– ya aparecía en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, configurándose como una medida alternativa al despido colectivo cuando la “crisis” de empresa no fuera considerada como definitiva. La consideración de la situación de excesiva onerosidad temporal ya había dado lugar a una abundante jurisprudencia, al igual que la fuerza mayor temporal, a lo largo de estos años, pues ello era determinante de la procedencia o improcedencia de la medida suspensiva, siendo precisamente la nota de temporalidad la que marcaba las fronteras entre la suspensión y el despido colectivo del art. 51 ET. En todo caso, se configuró desde el principio como una causa de suspensión del contrato –que comporta, por tanto, cese en el trabajo e inexistencia de obligación de retribuir salario, total o parcialmente– con mantenimiento del alta y obligación de cotización.

La reforma laboral de 1994 redefinió las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción pretendiendo una mayor flexibilidad, a través del concepto de “razonabilidad” de la medida. En efecto, la autorización suspensiva procedía cuando de la documentación obrante se desprendera que razonablemente esta medida temporal era necesaria para la superación de una situación negativa coyuntural. La Ley 11/1994 pretendía que la mayor flexibilidad causal incidiría en una mayor utilización de la suspensión como medida alternativa a la extinción, sin embargo ello, no tuvo los resultados esperados en este sentido, ya que no se adoptó ninguna medida de apoyo o fomento en el campo de la Seguridad Social (aspecto éste de gran importancia si se tiene en cuenta que en estas situaciones subsiste la situación de alta y la obligación de cotización a cargo de la empresa). Si el objetivo del empleo no se alcanzó, tampoco tuvo un efecto flexibilizador desde un punto de vista causal, ya que las resoluciones judiciales y la jurisprudencia apostaron por un estricto control de razonabilidad y proporcionalidad.

En un contexto de crisis económica sin precedentes próximos, el RD-Ley 10/2010, de 10 de junio, volvía a plantear las mismas expectativas en relación con esta figura suspensiva. En la Exposición de Motivos se invocaban argumentos como la necesidad de mejorar la competitividad de las empresas y, a la vez, de proporcionar garantías de derechos a los trabajadores y apoyar el mantenimiento de puestos de trabajo. La Ley 35/2010, también apuesta por los mecanismos de flexibilidad interna y presenta la suspensión como una solución menos traumática y agresiva, además de que, con una coherente modificación del régimen de la prestación por desempleo, no generaría perjuicios para los trabajadores.

La reforma de la prestación por desempleo en este sentido extensivo ya se había producido con el RD-Ley 2//2009 y posteriormente con la Ley 27/2009 de medidas urgentes para el mantenimiento y fomento del empleo y protección de las personas desempleadas, que contemplaba la posibilidad de reposición de la prestación de desempleo y de la cotización a la Seguridad Social de aquéllos trabajadores a los que se les hubiese suspendido el contrato de trabajo o reducido la jornada en un tercio al menos y con posterioridad se hubiera producido la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción autorizadas por la autoridad laboral, además de bonificaciones en la cuota empresarial a la Seguridad Social y de la supresión del período general de espera de un mes para la percepción de la prestación.

La Ley 35/2010 introdujo algunos ajustes en relación a la protección por desempleo en estos casos, para lo que modificó el art. 203.2 y 3 y art. 210 de la LGSS, definiendo como desempleo

total el cese del trabajador con carácter temporal o definitivo y el cese por días completos durante una jornada por suspensión o disminución de jornada autorizada por la autoridad laboral. Y como desempleo parcial la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria entre un mínimo del 10% y un máximo del 70%. Y coherentemente con ello también modificó la definición de la situación legal de desempleo, incluyendo estos supuestos. Al igual que la Ley 27/2009, la Ley 39/2010 regulaba las medidas de apoyo a la suspensión y reducción de jornada por causa económica, en la misma línea con pequeños cambios: consunción de prestaciones por desempleo por horas, no por días, en el contrato a tiempo parcial, bonificación en la cuota empresarial a la Seguridad Social con posibilidad de incremento en los casos de ERTE acordado que contemplara medidas de empleabilidad, tales como oferta formativa o medidas de conciliación y elevación del número máximo de días del derecho de reposición de la prestación de desempleo (de 120 días en la Ley 27/2009 a 180 días)

La reforma de 2010 tuvo como referente el modelo alemán –“Kurzarbeit” o “reducción de jornada” en la empresa–, que se presentaba como un modelo eficiente para evitar la destrucción de empleo en plena crisis económica global, con resultados especialmente satisfactorios en Alemania en el sector del automóvil. El “kurzarbeit” se conforma como una modalidad de reducción de jornada basada en un reparto de costes entre el Estado, los empresarios y los trabajadores, según el que el Estado asumiría el coste de un subsidio y de las cotizaciones patronales, los empresarios los costes de puesta a disposición del mantenimiento del empleo y los trabajadores una renuncia a una parte de su salario (mínimo del 10%), creando al efecto “bolsas de tiempo de trabajo” y afectando como mínimo a un tercio de la plantilla. Las similitudes son más que evidentes, sin embargo, el “kurzarbeit” es un mecanismo de flexibilidad interno participado, cogestionado, en la medida que se requiere que la medida esté prevista en convenio o pacto colectivo y el comité de empresa tiene atribuidas competencias de participación en la toma de decisiones y la gestión de la medida.

La reforma de 2010, inspirándose en la experiencia alemana pretendió en definitiva fomentar y dar más visibilidad a estas figuras, aunque seguían sin resolverse problemas prácticos relacionados con el procedimiento a seguir en cada caso –modificaciones sustanciales del art. 41 ET, suspensión del art. 47 o despido colectivo el del artículo 51 ET, al que remitía el art. 47 ET en cuanto a procedimiento–. Por ello, para determinar el procedimiento a seguir –la medida a adoptar, legalmente– es preciso considerar que la figura suspensiva –y ahora la de reducción de la jornada– se contempla en la ley, aun por las mismas causas que para la modificación sustancial y el despido colectivo, cuando las circunstancias son de una entidad suficiente como para justificar la paralización de la actividad y, además, son de carácter temporal o transitorias, ya que de ser de menor entidad procedería la modificación sustancial y si fuera una situación definitiva, se acudiría al despido colectivo. Las bonificaciones para los empresarios y el régimen específico de protección por desempleo justificarían la necesidad de un control administrativo que en el texto legal se resolvía con la remisión al procedimiento de los despidos colectivos o por fuerza mayor del artículo 51 ET, es decir, el procedimiento de regulación de empleo –requiriendo autorización administrativa– si bien con menor exigencia documental y una reducción de los plazos. Por tanto, en el texto legal en su redacción de 2010 no se regulaba un procedimiento propio y específico para la suspensión, sino que se remitía al art. 51 ET, con la única peculiaridad de que el período de consultas tenía una duración inferior (quince días) y de que era necesario acreditar el carácter coyuntural de la situación. Pero, en lo fundamental, se daba una plena coincidencia procedimental, justificándose el intervencionismo administrativo –la necesidad de autorización administrativa– en la necesidad de control de las prestaciones por desempleo y ello con independencia del número de trabajadores afectados por el expediente suspensivo.

El RDL 10/2010 supuso, además, la equiparación a suspensión de la reducción temporal de la jornada –hasta ese momento ubicada entre las modificaciones sustanciales–, siempre que la reducción se situara entre un 10 y un 60 por 100 de la jornada anual. Esta reforma supuso el definitivo desplazamiento del art. 41 en lo que la reducción de jornada se refiere.

## II. ANÁLISIS DE LA REFORMA LABORAL DE 2012

La reforma de 2012 vuelve a incidir en esta figura conocida también como expediente de regulación de empleo temporal, y lo hace desde la misma perspectiva que las normas anteriormente analizadas: por un lado, aumentar la flexibilidad interna (como alternativa a la flexibilidad de salida), en primer plano y, por otro, como fin último, el empleo (contener la destrucción de empleo). No obstante y sin perjuicio del continuismo entre unas normas y otras, el RD-Ley 3/2012, primero, y la Ley 3/2012, después, han supuesto algunos cambios reseñables, en unos casos, cualitativos (supresión de la autorización administrativos), técnicos, en otros o, finalmente, los meramente cuantitativos. En contraste con la insistencia legal en las bondades de esta salida alternativa al despido colectivo, la autonomía colectiva, no ha prestado a la suspensión una especial atención, limitándose a su recomendación como alternativa al despido .

El RDL 3/2012, continúa en la línea de las reformas anteriores, pero da un salto más allá en su potenciación con tres objetivos claros:

- afianzar este mecanismo alternativo al despido proporcionando más seguridad jurídica
- dar más agilidad en su adopción, suprimiendo la necesidad de autorización administrativa
- continuar con la financiación pública de la medida, prorrogando el sistema de bonificaciones y reposición de la prestación por desempleo, aun con algún recorte

Es claro que la adopción y prórroga de los incentivos ha incidido en un incremento de los expedientes de regulación de empleo temporal y de reducción de jornada, sin embargo, y pese dicho incremento, los resultados son insuficientes para contener la destrucción de empleo.

Refiriéndonos, en primer lugar, a los cambios cualitativos, la supresión de la autorización administrativa, se ha producido un cambio de modelo regulador, ya que ahora la decisión corresponde de forma unilateral al empresario, sin que la ley haya introducido la necesidad de pacto con la representación de los trabajadores. Y, aunque ciertamente ello no ha comportado la desaparición de la Administración Laboral en el procedimiento, es claro que deja de ser una intervención decisoria, correspondiendo al empresario la adopción de la misma. En efecto, la Administración pasa a desempeñar un papel externo, centrado más en la evitación del fraude en materia de prestaciones de desempleo que en la concurrencia o no de las causas legalmente establecidas, así como también en un papel de garante del procedimiento, lo que se concreta en las siguientes actuaciones:

-en la iniciación del procedimiento: el empresario, cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados por la suspensión, el empresario ha de comunicarlo a la autoridad laboral competente. Recordemos, además, que, simultáneamente, éste ha de abrir un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días.

-la autoridad laboral debe trasladar dicha comunicación a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabar un informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad social “sobre los extremos de dicha comunicación” y sobre el desarrollo del período de consultas. Este informe tiene un plazo máximo de evacuación de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y se incorpora al procedimiento, aunque no queda claro cual puede ser el sentido de este informe, si puede o no entrar en el fondo de la cuestión, o si ha de limitarse a evitar la obtención fraudulenta de prestaciones por desempleo.

-notificación a la autoridad laboral (y a los trabajadores) por el empresario de la finalización del período de consultas de su decisión. Hemos de entender que dicha notificación ha de indicar a la autoridad laboral, al menos, si se ha alcanzado o no acuerdo con la representación de los trabajadores –siendo de aplicación el art. 41 en cuanto a las empresas que no cuenten con representantes de los trabajadores.

-comunicación de la autoridad laboral a la entidad gestora de la prestación por desempleo de la decisión empresarial (lo que presupone, como se acaba de decir, que la notificación no se limita a informar de la finalización del período de consultas, sino que ha de referirse, al menos, al resultado), fecha a partir de la que surtirá efectos la decisión empresarial, salvo que en ella se haya contemplado una fecha posterior.

-posibilidad de impugnación judicial de la decisión empresarial por la autoridad laboral, a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo “cuando aquélla pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo”.

Se ha producido un cambio de modelo de regulación temporal de empleo, ahora plenamente liberalizado (de un modelo administrativo a un modelo liberal), en el que el control judicial *a posteriori* sustituye al control administrativo previo, sin introducir ningún tipo de contrapeso en favor de la autonomía colectiva. El control administrativo queda degradado a un control más formal y externo, velando por el cumplimiento del procedimiento y evitando el daño al interés general a través del pago indebido de prestaciones.

Además, en el ámbito del control judicial, se distinguen dos tipos de controles, el mínimo, en los casos en que hay acuerdo (en cuyo caso se presume la concurrencia de las causas justificativas y sólo cabe la impugnación por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho) y el máximo, en los supuestos en que no hay acuerdo. Este segundo tipo de control judicial, siendo de mayor grado que en el caso de que se haya alcanzado un acuerdo, está limitado por un sistema causal pretendidamente objetivado, que apunta hacia un automatismo causal con escaso margen de apreciación judicial.

Las causas se definen en términos prácticamente idénticos que en el artículo 51 ET, pero se opta por suprimir remisiones de un precepto a otro y se definen en los siguientes términos:

-causa económica: cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. Entendiendo que son persistentes si durante dos trimestres consecutivos (en lugar de los tres trimestres exigidos para el despido colectivo) el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

-causas técnicas: cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción (en términos idénticos que en los despidos colectivos)

-causas organizativas: cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción (en los mismos términos que el art. 51 para los despidos colectivos)

-causas productivas: cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (en términos idénticos que se definen para el despido colectivo)

Aunque las causas son las mismas que las establecidas para el despido colectivo (salvo la exigencia sólo de dos trimestres consecutivos de disminución de ingresos ordinarios o ventas, en lugar de tres), ha de entenderse que se trata o debiera tratarse de circunstancias coyunturales o no definitivas, ya que se trata de una figura suspensiva, pero el legislador no lo ha precisado. Además, al igual que en los despidos colectivos, no se ha establecido referencia alguna a cláusulas abiertas a la discrecionalidad empresarial, tales como la competitividad o la productividad y que sí aparecen, en cambio, en el nuevo artículo 41 ET para las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. En esta opción objetivadora de las causas, tampoco se deja espacio —o al menos esa es la pretensión legal— a los juicios de oportunidad, razonabilidad o proporcionalidad judicial, ya que precisamente se pretende evitar una interpretación restrictiva.

La objetivación causal pretende un juego limitado del control judicial, que habría de limitarse a la verificación de la existencia de la causa, confirmando o no la decisión empresarial, pero sin entrar en un control de oportunidad de la medida para superar la coyuntura económica negativa, en la búsqueda del automatismo. En otros términos, se pretende instaurar un control de evitación de la arbitrariedad empresarial, pero no un control finalista, como el que permitía el texto legal antes de ser reformado.

Por lo demás, se mantiene un régimen jurídico único con independencia de cual sea el número de trabajadores afectados (aunque se introduce la posibilidad de reclamar en conflicto colectivo cuando la decisión empresarial afecte a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el artículo en el artículo 51 ET, sin perjuicio de la acción individual) y se omite la alusión a la inexistencia de derecho a indemnización (lo que abriría esta vía a la negociación colectiva). También se mantiene la sistemática y delimitación de figuras dentro del artículo 47, compuesto de cuatro apartados: el primero, para la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas; el segundo para la reducción de la jornada de trabajo por estas mismas causas; el tercero para la suspensión por fuerza mayor (y que remite al artículo 51.7, donde se exige la “constatación por la autoridad laboral”) y el cuarto con una previsión común sobre la promoción de acciones formativas vinculadas a la actividad profesional de los trabajadores afectados.

En el plano colectivo, no se observan más cambios ya que se mantiene la duración máxima de quince días del período de consultas. No obstante, en su empeño por potenciar el procedimiento de mediación y de arbitraje, la nueva redacción del artículo 47.1 ET contempla la posibilidad de que el empresario y la representación de los trabajadores pueda acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea aplicable en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse en el mismo plazo máximo para dicho período. Previsión de escasa proyección habida cuenta de que el empresario goza de una facultad de decisión unilateral, atenuada por un mero derecho de consulta, sin que se establezca un auténtico deber de negociación y menos aún, la necesidad de un acuerdo para adoptar la medida suspensiva.

Uno de los aspectos que mas llama la atención de la reforma de 2012 es la previsión de la no aplicación de lo previsto en el artículo 47 ET a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo aquellas que “se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado” (Disposición Adicional Tercera de la Ley 3/2012, por la que se añade una disposición vigésima primera al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores). Y llama la atención sobre todo si se tiene en cuenta que esta misma ley ha establecido la aplicación del art. 51 ET –despido colectivo– y del art. 52.c) ET –despido colectivo menor– al empleo público y sus normas de desarrollo (Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2012, por la que se añade una disposición adicional vigésima al Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores), estableciendo la ley la aplicación “en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas”. Además el precepto legal define específicamente la causa económica en el empleo público (insuficiencia presupuestaria persistente, durante tres trimestres consecutivos), la causa técnica (cambios, entre otros en los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate) y del as causas organizativas (cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito del os sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público). Por razones obvias no cabe plantear razones productivas que remiten al mercado de bienes y servicios en los que no participa la Administración Pública. Además, en relación con los expedientes extintivos en el empleo público, la ley contempla una prioridad de permanencia específica, a favor del personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere esta disposición<sup>1</sup>.

En definitiva no se comprende bien la “laborización” de las reestructuraciones extintivas en el empleo público y la exclusión de las reestructuraciones suspensivas, mucho menos traumáticas, máxime cuando se pretende potenciar éstas como mecanismo para contener la destrucción de empleo y que por pura coherencia debiera abarcar al empleo público. Y ha de advertirse que la única excepción en que el expediente suspensivo sería planteable, la financiación mayoritariamente procedente de ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado, se configura como realmente excepcional.

Finalmente, la Ley 3/2012, al haber suprimido la necesidad de autorización administrativa, salvo para el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 47 ET – fuerza mayor, para el que se contempla la competencia del orden social de la jurisdicción en la nueva redacción dada al art. 29 y que ha afectado también a los arts. 6, 7 y 8 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, LRJS–, para la suspensión y reducción de jornada por causas económicas, organizativas o de producción y para el despido colectivo por estas mismas causas, ha introducido cambios en la legislación procesal laboral. Cambios que no solo afectan al procedimiento de impugnación, sino a otros tales como la acumulación (arts. 31 y 32), los actos procesales (art. 43), la evitación del proceso (art. 64 y 70), el procedimiento de oficio (art. 148), la modalidad de impugnación de los actos administrativos (art. 151), la creación de la nueva modalidad procesal de impugnación de los despidos colectivos (art. 124) y los medios de impugnación (art. 191 y 206). En cuanto a la impugnación, se ha creado una nueva modalidad procesal para el despido colectivo, que pretende “evitar una demora innecesaria en la búsqueda de una respuesta judicial a la decisión empresarial”, suprimiendo, además, referencias en otros preceptos que se referían a la autorización administrativa, que se exigía en las suspensiones y reducciones de jornada temporales, así como en los despidos colectivos.

Destacaremos de ellos las siguientes novedades:

- Acumulación al proceso de oficio regulado en el art. 148 LRJS de las demandas individuales en que concurren identidad de personas y de causa de pedir respecto de la demanda de oficio, aunque pendan en juzgados o tribunales distintos. Decisión que será acordada mediante auto por el juez o tribunal (nueva redacción del art. 31 de la LRJS. Esto es importante, ya que el procedimiento de oficio se puede iniciar como consecuencia de acuerdo de la autoridad laboral cuando aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 41 y 51.6, ambos del ET, y aquélla los remita a la autoridad judicial a los efectos de su posible declaración de nulidad. Actuación que, igualmente, procederá cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiera informado de que la decisión de la empresa pudiera tener como objeto la obtención indebida de prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la situación legal de desempleo.

- Excepción del requisito del intento de conciliación, o en su caso, de mediación los procesos relativos a la suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 64.1 LRJS). Y, del mismo modo, se exceptúan éstos también de la exigencia de reclamación administrativa previa (art. 70.1 LRJS).

---

<sup>1</sup> Debe tenerse en cuenta que la nueva disposición adicional vigésima del TRET considera Administraciones Públicas a efectos de estos despidos, los entes, organismo y entidades a que se refiere el art. 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

- La impugnación de suspensiones contractuales y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y por fuerza mayor se articulan ahora a través de las modalidades procesales previstas en los artículos 138 y 153 a 162 de la LRJS, en atención al carácter, respectivamente, individual o colectivo de la decisión empresarial.

- La modalidad procesal, para las suspensiones individuales tiene un carácter secundario respecto de la modalidad colectiva, ya que aquél se suspende hasta la resolución de la demanda de conflicto colectivo, que una vez firme tendrá eficacia de cosa juzgada sobre el proceso individual en los términos del art. 160 de la LRJS. No obstante, se configura como un procedimiento urgente, al que corresponde una tramitación preferente. De hecho el acto de la vista se ha de producir en el plazo de cinco días siguientes al de la admisión de la demanda y la sentencia ha de dictarse en el plazo de cinco días y contra la misma no cabe recurso alguno salvo en el caso de que la suspensión o la reducción de jornada afecte a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del art. 51 ET.

- Excepción del recurso de suplicación [art. 191.2.e) LRJS], cuando la suspensión o reducción de jornada conforme al artículo 47 ET afecte a un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del ET.

### III. MEDIDAS DE INCENTIVO A LA SUSPENSIÓN Y REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O PRODUCTIVAS: LA SOCIALIZACIÓN DEL COSTE DEL AJUSTE EMPRESARIAL ALTERNATIVO AL DESPIDO

Tanto el RDL 3/2012, como posteriormente la Ley 3/2012, mantienen en lo esencial el sistema de incentivos económicos a esta medida de mantenimiento del empleo –porque así, más que como una reestructuración, lo ve o lo justifica el legislador- que establecía la normativa anterior. Las medidas de incentivo económico introducidas por la Ley 35/2010 tenían un vigencia limitada, hasta el 31 de diciembre de 2011, por ello la reforma pretendería su prórroga en el tiempo, sin introducir cambios significativos, al margen de algún recorte aislado.

Las medidas de incentivo de la suspensión y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se incluyen dentro del capítulo II de la Ley 3/2012, esto es, el que agrupa diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como medida alternativa a la destrucción de empleo. Medidas, todas ellas que, según la Exposición de Motivos, tienen como objetivo “fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa”. Pero el legislador no se limita a flexibilizar el régimen jurídico de esta figura suspensiva a través de la supresión de la autorización administrativa previa, sino que regula un sistema de bonificaciones y de reposición de prestaciones por desempleo como prórroga del preexistente. Ello determina que, desde mi punto de vista, se trate de una medida mixta de flexibilidad/fomento del empleo (o de fomento de empleo a través de la flexibilidad interna). Y aunque es cierto que todas las medidas de flexibilidad interna puedan considerarse en última instancia como medidas de empleo –en cuanto tienen como finalidad evitar la destrucción de empleo–, a diferencia del resto de las afectadas por la reforma legal (sistema de clasificación profesional por grupos profesionales ex lege, simplificación de las modificaciones sustanciales y la facilitación del descuelgue del convenio), ésta es la única medida que comporta financiación pública. Por ello, entendemos que realmente se puede calificar como una medida de fomento de empleo, en cuanto comporta, además de flexibilidad interna, un compromiso público para evitar la destrucción de empleo.

El artículo 15 de la Ley 3/2012, con la rúbrica Medidas de apoyo a la suspensión de contratos y a la reducción de jornada, establece una serie de incentivos públicos comunes no sólo para ambas medidas sino también para los supuestos de fuerza mayor y las suspensiones colectivas tramitadas de conformidad con la legislación concursal, por tanto, y pese a la rúbrica aparentemente restrictiva, su ámbito objetivo de aplicación es muy amplio.

Las medidas en cuestión se concretan en las siguientes:

-Del lado de los empresarios: se establece el “derecho a una bonificación” del 50 por ciento de las cuotas empresariales a la Seguridad por contingencias comunes, devengadas por los trabajadores afectados por estas suspensiones y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o fuerza mayor, incluidas las suspensiones de contratos colectivos tramitadas de conformidad con la legislación concursal.

El régimen jurídico de esta bonificación está regulado pormenorizadamente. En primer lugar, el precepto legal establece límites temporales: la duración de la bonificación ha de ser necesariamente coincidente con la duración de la situación de desempleo del trabajador, estableciéndose un tope máximo legal de 240 días por trabajador.

En segundo lugar, se establecen condiciones para el mantenimiento de esta bonificación: es necesario que el empresario se comprometa a mantener el empleo a los trabajadores afectados, al menos durante un año con posterioridad a la finalización de la suspensión o reducción. En caso de incumplimiento de esta obligación, el empresario tiene la obligación de reintegro de las bonificaciones aplicadas, al margen de las sanciones que correspondan conforme a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. La Ley 3/2012, Disposición Final Sexta, establece una nueva redacción del apartado 3 del art. 8 de I Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, conforme a la que se tipifica como infracción muy grave el proceder al despido colectivo de los trabajadores o la aplicación de medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor sin acudir a los procedimientos establecidos en los artículos 51 y 47 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, no se considera incumplida esta obligación cuando el contrato se extinga en dicho período por despido disciplinario declarado como procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador. Y en el caso de que se produjeran despidos reconocidos o declarados improcedentes o por despidos colectivos, contratos a los que se les haya aplicado esta bonificación, se les aplica una exclusión por un período de doce meses de la aplicación de bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social –se ha de entender, de cualesquiera de ellas–, si bien está exclusión tiene un tope, ya que afecta exclusivamente a un número de contratos equivalente al de extinciones producidas, contándose el período de exclusión desde el reconocimiento o declaración de improcedencia del despido o extinción derivada de despido colectivo.

Como es visible, la norma no establece un régimen dirigido a evitar que las situaciones suspensivas acaben derivando en despidos colectivos, aplicando una proporcionalidad estricta entre las bonificaciones indebidamente percibidas por incumplimiento de la obligación de mantenimiento de empleo y las bonificaciones de que pueda beneficiarse la empresa. Y, en todo caso, además de la debilidad de la obligación de mantenimiento del empleo, se recuerda que la misma tiene una duración de un año, lo que, a lo sumo, evitaría el expediente extintivo durante dicho período.

Además de la aplicación de las normas comunes sobre bonificaciones establecidas en los artículos 1.3, 1.4, 5, 6.1 y 9 de la Ley 43/2006, para la mejora del crecimiento y el empleo (requisitos, exclusiones y reintegro de beneficios), la Ley 3/2012, establece expresamente la compatibilidad de estas bonificaciones con otras ayudas previstas con la misma finalidad, incluidas las establecidas en el Programa de Fomento de Empleo, con el único tope de que la suma no supere el 100 por 100 de la cuota de empresarial a la Seguridad Social. Y expresamente obliga al Servicio Público de Empleo Estatal a realizar un seguimiento trimestral de esta bonificación para garantizar el cumplimiento de los requisitos y finalidad de la misma.

La norma limita el ámbito temporal de estas bonificaciones a las suspensiones o reducciones de jornada que se produzcan desde uno de enero de 2012 hasta 31 de diciembre de 2013, es decir, una duración de dos años que, además, evita el “vacío” entre la pérdida de vigencia de la normativa anterior y la prórroga establecida por el RDL 3/2012,

En segundo lugar, para el trabajador, la Ley 3/2012 regula (art. 16) la reposición del derecho a la prestación por desempleo, con escasas novedades respecto al régimen anterior. En efecto, contempla el supuesto de empresa que en virtud de cualquiera de las medidas incluidas en el art. 47 ET –suspensión, reducción de jornada y fuerza mayor– o de un procedimiento concursal, haya suspendido contratos, de forma continuada o no, haya reducido el número de días u horas de trabajo, y posteriormente se extingan los contratos al amparo del art. 51 o 52.c) ET o del art. 64 de la Ley Concursal. En estos casos, los trabajadores afectados tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas suspensiones reducciones con un máximo de 180 días y siempre que se cumplan una serie de condiciones. Este tope no casa con el establecido para las bonificaciones empresariales (240 días), además de que la duración de éstas ha de coincidir con la duración de la suspensión o de la reducción de la jornada, coincidencia que tampoco se establece respecto al número de días de reposición de la prestación de desempleo. Esto permite afirmar que este mecanismo es predominantemente una medida de fomento dirigida a los empresarios.

Los requisitos del derecho de reposición son, básicamente, que las suspensiones se hayan producido en un período determinado (de 1 de enero de 2012 y 31 de diciembre de 2012), más limitado que el previsto para la bonificación empresarial, que se extiende a suspensiones producidas durante el año 2013, y que las extinciones se produzcan entre el 12 de febrero de 2012 (fecha de entrada en vigor del RD-Ley 3/2012) y el 31 de diciembre de 2013, lo que dejaría fuera extinciones producidas entre 1 de enero de 2012 y el 11 de febrero de 2012.

Para evitar “vacíos”, la Disposición Transitoria Tercera salva estas situaciones al establecer que en caso de extinciones anteriores al 12 de febrero y para los supuestos previstos en el art. 16 de esta Ley y que previamente hubieran sido afectados por suspensión de contratos o reducción de jornada, los trabajadores afectados tendrán derecho, en su caso, a la reposición de prestaciones por desempleo, en los mismos términos y con los mismos límites establecidos en la normativa vigente en el momento en que se produjo el despido o la resolución administrativa o judicial que autorizó la extinción del contrato. En cambio, a suspensiones producidas por resoluciones administrativas o judiciales hasta el 31 de diciembre de 2011 inclusive, que se inicien efectivamente a partir de 1 de enero de 2012, se les reconoce el derecho de reposición en los mismos términos y con los mismos límites que establece el art. 16 de la Ley.

En todo caso, ambos requisitos temporales son necesarios para que nazca el derecho de reposición y ambos son circunstancias que dependen de la decisión unilateral del empresario.

Además, respecto del trabajador, se exigen tres requisitos: que se reanude el derecho a la prestación por desempleo, que se opte por la reapertura del derecho a la prestación por desempleo inicial (en ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 210.3 de la LGSS) y se haya agotado la prestación por desempleo durante la suspensión o la reducción de jornada y no se haya generado un nuevo derecho a prestación contributiva por desempleo. Por si hubiera duda, el precepto establece que esta reposición se aplicará al mismo derecho a prestación por desempleo que se consumió durante la suspensión temporal o reducción, siendo también las mismas bases de cotización y la cuantía a percibir que las que correspondieron a los períodos objeto de la reposición.

En cuanto al procedimiento para el reconocimiento, procederá de oficio por la entidad gestora cuando se solicite la reanudación o reapertura de la prestación por desempleo, mientras que en caso de que se hubiera agotado el derecho se deberá solicitar la reposición por el interesado, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 209 LGSS relativo a la solicitud y nacimiento del derecho a prestación.

Sobre el régimen de compatibilidades, el régimen del derecho a reposición, es comparativamente más restrictivo que el derecho empresarial a bonificación en las cuotas a la Seguridad,

Social, ya que las ayudas en concepto de derecho de reposición de prestaciones por desempleo (incluyendo los planes de apoyo para facilitar el ajuste laboral de sectores afectados por cambios estructurales del comercio mundial, conforme a la Orden MTSS de 5 de abril de 1995), no serán en ningún caso acumulables a esta reposición de prestaciones. Lo que confirma que se trata de estímulos predominantemente empresariales.

Finalmente, la Ley 3/2012, Disposición Adicional Sexagésima Tercera, relativa a la acreditación de las situaciones legales de desempleo que provengan de despido colectivo o suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción o derivadas de fuerza mayor, establece que las situaciones legales de desempleo previstas en el apartado 208.1 2) y 3) de la LGSS (suspensión temporal al amparo del art. 47 ET y reducción temporal de la jornada diaria por decisión del empresario al amparo de dicho precepto o por resolución judicial adoptada en proceso concursal), estas situaciones se acreditarán mediante comunicación escrita del empresario al trabajador, indicando la causa y efectos de la situación legal de desempleo, que deberá figurar en el certificado de la empresa, que es válido para su acreditación. Fecha que habrá de ser, en todo caso, coincidente con o posterior a la fecha en que se comunique por el empresario a la autoridad laboral la decisión empresarial adoptada sobre despido colectivo, suspensión o reducción de jornada. Requisito éste que sitúa al trabajador en una situación de debilidad frente al empresario, haciendo depender de éste un derecho de Seguridad Social.

Además, se exige el acta de conciliación administrativa o judicial o la resolución judicial definitiva y la comunicación de la Autoridad Laboral a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo, de la decisión empresarial adoptada al amparo de lo establecido en el art. 47 ET, en la que deberá constar la fecha en la que el empresario ha comunicado su decisión a la autoridad laboral, la causa de la situación legal de desempleo, los trabajadores afectados, y si el desempleo es total o parcial. En el caso de la suspensión, se entiende que es situación de desempleo temporal, por lo que se exige también que conste el plazo por el que se producirá la suspensión o reducción de jornada, y si fuera desempleo parcial, el número de horas de reducción y el porcentaje que esa reducción supone respecto a la jornada ordinaria de trabajo. En definitiva una exigencia de acreditación muy elevada que, además, en gran parte no puede controlar el trabajador. Este elevado grado de exigencia acreditativa es comprensible desde la lógica del control de gasto público y la evitación de fraude en esta modalidad de prestación por desempleo. Pero si el control administrativo se considera lógico desde esta perspectiva, y además coherente con la regulación sobre la intervención de la Autoridad Laboral en estos procesos de reestructuración empresarial, no se comprende bien, que además se exija el certificado de la empresa, ya que ello supone dejar en manos de un sujeto privado una prestación de naturaleza pública.

En todo caso, y como reflexión final, el hecho de que la norma regule un derecho de reposición pone de manifiesto la escasa confianza del legislador de que estas sean medidas se dirijan finalmente al salvamento de empresas y puestos de trabajo, ya que se está regulando el “tránsito” hacia la situación extintiva. Sin duda, se trata de una forma de “subvención” pública al mantenimiento del empleo por un período de un año, como etapa intermedia hacia la extinción, en la que, sin duda piensa el legislador al regular este derecho de reposición. No se quiere con ello dejar de reconocer que este derecho introduce un elemento “garantista” desde la perspectiva del trabajador, que lo es ciertamente. Sin embargo, tampoco considero conforme a la realidad mantener una fe a ciegas en las posibilidades de esta medida en orden a contener la destrucción de empleo. Y es que desde el iuslaboralismo español mayoritario, se está convencido de que la creación y la destrucción de empleo depende de la economía nacional y mundial y que por más que flexibilicemos el marco jurídico-institucional, los resultados no serán en ningún caso espectaculares. El hecho de que la figura más próxima comparada –el *Kurzarbeit*– haya dado mejores resultados en Alemania no se explica en el marco jurídico laboral alemán, sino en la muy diferente estructura y situación económica de este país de la UE, lo que, una vez más, pone de manifiesto lo limitado de los “experimentos” comparatistas.

Si el objetivo pretendido en última instancia es la contención de la destrucción de empleo, destinando para ello gasto público, considero que la norma no adopta un régimen jurídico verdaderamente garantista de la conservación de los puestos de trabajo afectados por este tipo de medidas empresariales. Y ello es especialmente criticable en un contexto de fuerte contención del gasto público, que si bien puede destinarse a subvencionar la actividad empresarial privada –no olvidemos que se excluye a las Administraciones Públicas–, ello no puede hacerse sin la exigencia de la lógica contrapartida de garantía del empleo que es lo que sustenta en última instancia estas reformas legales, difícilmente admisibles, además, desde el Derecho de la Competencia cuando no cumple razonablemente con esta finalidad.

---

<sup>1</sup> La posición de los agentes sociales ante la suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en estos momentos quedó expresada en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2014, dentro del Capítulo II –Empleo, Flexibilidad y Seguridad–, apartado 4 “Teletrabajo, reestructuraciones y observatorios”. En éste se establece que la negociación colectiva debería potenciar los ERES de suspensión y reducción de jornada, antes que la extinción de los contratos de trabajo. Se trata, como puede verse de una tímida alusión a favor de su uso, pero solo como “penúltima” solución, precediendo al despido.