



universidad
de león



**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LEÓN
CURSO 2021/ 2022**

**LA FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL
CONTEXTO DEL DESPIDO
COLECTIVO**

**(INTERNAL FLEXIBILITY IN THE
CONTEXT OF COLLECTIVE
REDUNDANCIES)**

MÁSTER EN ABOGACÍA

AUTORA: DÑA. ANA MARÍA CASTRO FRANCO

TUTOR: D. JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

ÍNDICE

RESUMEN	4
ABSTRACT	5
OBJETO	6
METODOLOGÍA	7
INTRODUCCIÓN	8
1.-SOBRE LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE FLEXIBILIDAD EXTERNA E INTERNA Y SUS VICISITUDES EN LAS REFORMAS DE LA ÚLTIMA DÉCADA	9
2.-FLEXIBILIDAD INTERNA “Y” DESPIDOS COLECTIVOS: EL VALOR DE UNA CONJUNCIÓN COPULATIVA EN LUGAR DE DISYUNTIVA	14
3.-MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA PREVIAS A DESPIDOS COLECTIVOS	22
3.1.- LA TRANSICIÓN SIN OBSTÁCULOS DESDE LA FLEXIBILIDAD INTERNA AL DESPIDO COLECTIVO.....	22
3.2.- EL COMPROMISO DE EMPLEO INCORPORADO A LA LEY EN CASO DE SUSPENSIÓN DE CONTRATOS Y REDUCCIÓN DE JORNADA.....	24
3.3.- LOS COMPROMISOS O CLÁUSULAS DE EMPLEO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU VIRTUALIDAD OPERATIVA EN EL CONTEXTO PROPUESTO.....	26
3.3.1.- Sobre la naturaleza de los acuerdos con cláusulas de empleo	28
3.3.2.- Sobre la legalidad de la cláusula de seguridad en el empleo	29
3.3.3.- Sobre la aplicabilidad (o no) de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> a los compromisos de empleo	31
4.-MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL SENO DEL ACUERDO DE UN DESPIDO COLECTIVO	32
4.1.- LA POSIBILIDAD DE ACORDAR MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL SENO DEL DESPIDO COLECTIVO Y SUS LÍMITES.....	33
4.2.- EL PAPEL DE LAS DECISIONES DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL SENO DE LAS MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO.....	38
4.2.1.- Flexibilidad interna en consonancia con las medidas para anticipar y gestionar las reestructuraciones empresariales en la Unión Europea	38
4.2.2.- Decisiones de flexibilidad interna en el seno de las medidas de acompañamiento	40
4.2.3.- Medidas de flexibilidad interna adoptadas en el acuerdo alcanzado en consultas y condición más beneficiosa prevista en contrato	42
4.3.- IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INCLUIDAS EN EL ACUERDO CONTENIDO EN EL PERÍODO DE CONSULTAS	

DE UN DESPIDO COLECTIVO QUE INCLUYE MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA.....	43
CONCLUSIONES	47
BIBLIOGRAFÍA	52
ANEXO JURISPRUDENCIAL	59

RESUMEN

El despido colectivo como institución jurídica lleva ocupando desde hace décadas un papel clave dentro del ordenamiento social. Dos factores hacen presumir que ese lugar de triste privilegio se va a acentuar en los próximos años pues, de una parte, sin haberse consolidado la recuperación económica, amenaza una nueva a resultas de la pandemia provocada por el SARS-CoV-2; por otra, a la dinámica imparable de la globalización económica y movilidad de las empresas cabrá unir las resultas del cambio inmanente a la industria 4.0.

Movimiento en el cual el despido colectivo está llamado a cubrir una doble expectativa, en cuanto punto final de los empleos que desaparecen, pero también vía de encuentro para comenzar la reconstrucción.

Facetas, ambas, que pueden ser encuadradas dentro de los mecanismos de flexibilidad interna capaces de acompañar a una propuesta de despido colectivo y tratar así de paliar, en parte, el trauma provocado por la extinción de los contratos de trabajo. De esta forma, medidas tales como la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la movilidad geográfica, la reducción de jorna, la suspensión de contratos, la inaplicación del convenio que corresponda pueden jugar un papel relevante tanto con carácter previo al despido como durante la fase de negociación del mismo, a través de una fructífera interlocución en el periodo de consultas destinada tanto a aliviar las consecuencias negativas para los afectados, como a ofrecer mecanismos de protección adecuada en el contexto de la pérdida de empleo.

ABSTRACT

Collective redundancies as a legal institution have occupied a key role in the social order for decades. Two factors suggest that this place of sad privilege will be accentuated in the coming years because, on the one hand, without having consolidated the economic recovery, a new one threatens as a result of the pandemic caused by SARS-CoV-2; on the other hand, the unstoppable dynamics of economic globalisation and mobility of companies will be joined by the results of the change immanent in Industry 4.0.

A movement in which collective redundancies are called upon to fulfil a double expectation, as an end to the jobs that are disappearing, but also as a meeting point to begin reconstruction.

Both of these facets can be framed within the internal flexibility mechanisms capable of accompanying a proposal for collective redundancies and thus attempting to alleviate, in part, the trauma caused by the termination of employment contracts. In this way, measures such as the substantial modification of working conditions, geographic mobility, reduction of working hours, suspension of contracts, non-application of the relevant agreement can play a relevant role both prior to the dismissal and during the negotiation phase, through a fruitful dialogue in the consultation period aimed at both alleviating the negative consequences for those affected and offering adequate protection mechanisms in the context of job loss.

OBJETO

El propósito principal del estudio sometido a la consideración del tribunal aparece dedicado a observar las carencias e indicar medidas susceptibles de potenciar los aspectos sociales en el procedimiento de regulación de empleo. A tal fin, se ha procedido a comparar los elementos que configuran la flexibilidad interna en el despido colectivo, tanto desde un punto de vista sustantivo como procedimental, en aras de poder mostrar las discordancias y espacios no cubiertos que concurren en la norma y en la práctica nacionales.

Hasta este momento la Directiva y la norma española confluyen en la conveniencia de atender a esos criterios sociales a la hora de establecer, por ejemplo, la prioridad de permanencia en los procesos de reestructuración; no obstante, un largo elenco de cuestiones quedan pendientes, en lo fundamental destinadas a erradicar el viejo criterio de monetizar el despido para potenciar convenientemente tanto alternativas eficaces a la medida extintiva, como aquellas otras que acompañen a quien en último extremo ha perdido su ocupación.

Desde el primer punto de vista, la clave está en examinar si cumplen su misión, o no, algunos de los instrumentos jurídicos diseñados a este fin, para lo cual cabrá juzgar si la recolocación queda situada en unos servicios públicos y privados de empleo eficaces, o en una formación para el reciclaje adecuada por útil; desde el segundo, la regulación del despido colectivo se ha de abrir, no solo a la generosidad empresarial dentro de sus posibilidades, sino a un rediseño, o al menos un ajuste importante, del Sistema de Seguridad Social.

Objetivo general, por tanto, situado en impulsar las medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones, cuya consecución exige una articulación operativa a través de objetivos específicos más concretos y que se cifran en los siguientes: **i)** el análisis de la contraposición entre flexibilidad externa e interna y sus vicisitudes en las reformas de la última década; **ii)** el estudio de la flexibilidad interna añadida al objeto propio de los despidos colectivos; **iii)** el desarrollo de iniciativas novatorias con carácter previo a las extinciones colectivas; y **iv)** el planteamiento de alternativas de modificación sustancial, movilidad geográfica, reducción de jornada, suspensión de contratos o inaplicación de convenios en el seno del acuerdo alcanzado en las consultas celebradas al calor del art. 51 ET.

METODOLOGÍA

La complejidad de los objetivos propuestos ha demandado, para abordarlos con la solvencia debida, el recurso a una pluralidad de métodos cuyo punto de partida insoslayable ha venido dado por el recurso al histórico, para así recordar y trazar la línea de evolución en las relaciones a lo largo del tiempo entre flexibilidad interna y despido colectivo, no en vano solo conociendo bien los orígenes y el desarrollo del instituto cabrá aspirar a realizar valoraciones del presente y planteamientos de futuro.

Esta fase primera requirió el acopio de la ingente cantidad de literatura que ha merecido a lo largo de décadas esta referencia central tanto en el ordenamiento nacional como en el internacional. Lejos, pues, de un problema de falta de fuentes, la clave vino dada por el rigor a la hora de seleccionar las obras a través de las cuales dibujar el panorama histórico y actual con la debida nitidez.

El segundo de los métodos aplicados ha sido el inductivo, a partir de la consulta de más de un centenar de pronunciamientos de los tribunales, aun cuando finalmente solo se tomó lo que constituye jurisprudencia, para no sembrar más dudas de las que ya genera la operación llamada a trascender de los hechos hasta alcanzar categorías de problemas y su solución, incardinándolas en ese recorrido dinámico que pretende transcurrir desde el pasado hacia el futuro.

No ha cabido abdicar en ningún momento, tampoco, de la perspectiva comparada que deriva de la lectura efectuada en España de las Directivas y la jurisprudencia europeas, así como de los repetidos juicios de valor que sobre la realidad legal española han efectuado las distintas instituciones supranacionales. Referencia imprescindible para cualquier construcción dogmática en materia de reestructuración de empresas, la visión comparada dista de ser un mero cruce de institutos y su valoración por aquel al que competen; antes bien, aspira a llegar a un contexto en el cual las circunstancias socioeconómicas adquieran perfiles propios en los ajustes de plantilla.

Precisamente, este constituye el propósito del último método aplicado, la valoración axiológica, para convertir el discurso argumentativo de carácter histórico, deductivo y comparado en un proyecto de mejora de futuro sugerido a partir de datos disponibles y otros deseables. En el horizonte, la transición justa como reto.

INTRODUCCIÓN

La Unión Europea ha sido siempre consciente del liderazgo que está llamada a asumir para coordinar los esfuerzos de los distintos Estados miembros en el marco de los despidos colectivos. Lo ha hecho desde el plano legislativo con las sucesivas modificaciones de su exigente regulación de mínimos, a día de hoy recogida en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998; también, de manera no menos importante, a través de distintas iniciativas de carácter económico y social, destinadas a apoyar a estas transiciones, que tienen particular incidencia en épocas como la actual (y buena prueba de ello es la remodelación profunda del Fondo de Reestructuración Europeo acordada en el Consejo Europeo de Bruselas de 21 de julio 2020).

En los últimos tiempos son constantes las llamadas a tomar decisiones para hacer frente, con carácter preventivo, a los necesarios ajustes que innovaciones de toda clase estarán en disposición de provocar en el panorama productivo internacional. Si a la transformación digital se une la innovación a través de la Inteligencia Artificial, la robotización u otros avances de la Ciencia y de la Técnica, cabe —y cabrá en mayor medida— asistir a un cambio sustancial en el paradigma del empleo, con pérdidas de numerosos puestos de trabajo y el obligado reto de descubrir otros yacimientos que los puedan sustituir¹. El referente no ha de ser otro que el contenido en distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia, así como en numerosas resoluciones en el plano nacional, cuyas reflexiones pueden servir como guía a la hora de acometer la transformación de la norma española.

Así, según el artículo 2, apartado 2 de la Directiva 98/59, las consultas versarán sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos. El artículo 2 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que “se opone a una normativa nacional que reduce las obligaciones del empresario que tiene la intención de proceder a despidos colectivos con respecto a las obligaciones establecidas en dicho artículo 2. Al aplicar el Derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional debe, en virtud del principio de interpretación conforme del Derecho nacional, tomar en

¹ BENSUSÁN, G.; EICHHORST, W. y RODRÍGUEZ, J. M.: *Las transformaciones tecnológicas y sus desafíos para el empleo, las relaciones laborales y la identificación de la demanda de cualificaciones*, Santiago, CEPAL, 2017, p. 140

consideración el conjunto de normas de dicho Derecho e interpretarlo, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva 98/59 para alcanzar el resultado que esta persigue”². En consecuencia, le incumbe garantizar, en el marco de sus competencias, que las obligaciones que debe cumplir tal empresario no se reduzcan con respecto a las establecidas en el artículo 2 de dicha Directiva.

El texto y el espíritu de la Directiva indican claramente que los despidos colectivos deben implementarse como último recurso y el énfasis debe estar en elaborar planes de recolocación, reciclaje y reubicación, a veces con una compensación monetaria adicional. Sin embargo, la práctica nacional diverge de esta pauta, pues entre otras anomalías permite proyectar despidos colectivos ante meras previsiones de dificultades económicas.

1.- SOBRE LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE FLEXIBILIDAD EXTERNA E INTERNA Y SUS VICISITUDES EN LAS REFORMAS DE LA ÚLTIMA DÉCADA

La interpretación histórica de las normas deja, a veces, signos de identidad que apenas si precisan mayores comentarios, bastando con acudir a su literal para comprender cuanto se quiere sintetizar sobre la evolución legal en una materia.

De prestar atención al encabezamiento del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, cabrá leer una acusación abierta unida a un propósito de cambio radical. De este modo, proclama situarse, en virtud de las razones y contenidos que recoge, “ante una reforma laboral que camina en dirección contraria a la que ha sido habitual en los últimos tiempos. La recuperación de los derechos laborales y su garantía, junto con el impulso a medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones, son sus principales aportaciones que buscan transformar nuestro mercado de trabajo para que pueda dejar definitivamente atrás sus anomalías, asegurando la calidad del empleo y el dinamismo de nuestro tejido productivo”.

La imputación hacia el pasado es tan dura y patente cuanto destacado es uno de los dos extremos sobre los cuales toma fundamento, que coincide en gran medida con el propósito de este estudio, situado en la virtualidad operativa de los mecanismos de flexibilidad interna previos o en el contexto del despido colectivo. De parafrasear al

² STJUE 16 julio 2009, C-12/08, asunto *Mono Car Styling SA*.

legislador, obraría el reproche derivado de haber tomado el nombre de la flexibilidad interna en vano, invocándolo como propósito, pero sin verdadero afán de desarrollar su potencialidad; antes, al contrario, haciendo que su incidencia se diluya al facilitar el recurso a la flexibilidad externa bajo la forma de despidos objetivos o colectivos.

En este sentido, y por solo atender a las reformas habidas en la década pasada, cabrá recordar cómo la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, incorporaba un Capítulo II intitulado “Medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo”. Además, en la exposición de motivos justificaba expresamente su inclusión “como mecanismo de utilización preferente frente al recurso a la destrucción de puestos de trabajo”, a cuyo fin pretendía favorecer “la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción, bajo la consideración general de que dichos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a las medidas de flexibilidad externa que implica un ajuste en el volumen de empleo”.

Y, sin embargo, a la par que introducía algunas reformas en la ordenación de los mecanismos de flexibilidad interna, incurría en la tremenda contradicción de hacer lo propio con la externa, pero no para poner trabas a su operatividad directa, sino para facilitar y abaratar el despido por razones empresariales: lo primero, al prescindir del requisito de actualidad y realidad en la situación negativa de la empresa, como hasta ese momento se venía exigiendo, permitiendo que obrara la extinción ante meras previsiones de pérdidas, para así anticiparse a la crisis [además –y aun cuando su virtualidad práctica fuera casi nula– rebajaba el índice de absentismo total de la plantilla desde el 5% al 2,5%, a fin de poder aplicar el despido objetivo entonces previsto en la letra d) del art. 52 ET]; lo segundo, por cuanto minoró la indemnización prevista para el despido improcedente, pues al pasar de 45 a 33 días por año trabajado se perdió aquella cantidad primera como referencia habitual que los empresarios abonaban a partir de los acuerdos alcanzados en consultas con el fin de evitar riesgos mayores.

Esa centralidad siguió presente en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, donde su Capítulo III tomó por encabezamiento el de “Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”, y cuya exposición de motivos contenía la rotunda afirmación a cuyo tenor “el objetivo es la flexiseguridad”; no obstante lo cual, ya advertía sobre su peculiar forma de entenderla, incluida la opción por “el equilibrio entre

la flexibilidad interna y la externa, entre la regulación de la contratación indefinida y la temporal, la de la movilidad interna en la empresa y la de los mecanismos extintivos del contrato de trabajo”.

Contrapeso entre ambos tipos de flexibilidad capaz de mostrar la instrumentalización ideológica de un concepto que se pretendía sustitutivo y prevalente frente al recurso a la extinción³, pero que en normas como la referenciada distaban de acercarse a aquel objetivo primigenio; en particular, cabía alcanzar tal conclusión de ponderar algunas de sus medidas estelares, adoptadas –recuérdese– “en razón de unas expectativas razonables de duración de la emergencia económica y social”, aun cuando al recibirse por ley adquirieron pretensión de permanencia⁴, y destinadas a seguir facilitando y abaratando el recurso al despido por razones empresariales: en primer lugar, por cuanto se suprimió la autorización administrativa y, con ello, la “cuasi obligatoriedad” de alcanzar un acuerdo con aumento de las indemnizaciones legales, para así convertir el trámite ante la autoridad laboral en una formalidad; en segundo término, por la mayor relajación causal a la hora de justificar el despido, con la pretensión –afortunadamente no conseguida en plenitud– de limitar el control jurisdiccional; en fin, y respecto de cuanto aquí importa, la rebaja de la indemnización prevista para el despido improcedente tiene continuidad cuando el importe máximo disminuye desde 42 a 24 mensualidades.

Bien cabría sostener, a sus resultas, que la flexibilidad interna ha venido siendo invocada como indudable signo o distintivo de calidad, pero con escaso convencimiento, al partir de lo inevitable de la destrucción de empleo. Como algo a intentar, pero “no porque se confíe en su efectividad, sino porque da una cierta pátina de legitimidad a una serie de alteraciones normativas de eficacia cuestionable”⁵. Razón cabe otorgar, por tanto, a quien sostiene una relación de causa a efecto entre, por un lado, la falta de intervención decidida a la hora de corregir los cambios estructurales requeridos por un mercado de

³ De interés la reflexión datada ya en el pasado siglo de FAHLBECK, R.: “Flexibility: potentials and challenges for Labour Law”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 19, núm. 4, 1998, pp. 515-546.

⁴ Esta perspectiva, con su origen en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva de 2012, la plasmación en norma y el contraste con la evolución de la flexiseguridad en la Unión Europea de la mano del Parlamento y la Comisión en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “El despido colectivo frente a la flexibilidad interna”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, pp. 40 y ss.

⁵ BALLESTER PASTOR, M.A.: “Flexibilidad interna, flexibilidad externa, reformas y distorsiones en el mercado de trabajo español”, en CARDONA RUBERT, M.B. y BARONI CECATO, M.A. (Coords.): *Ciudadanía y desarrollo*, Albacete, Bomarzo, 2013, p. 71.

trabajo con vicios igualmente estructurales y, por otro, la falta de efectividad de los mecanismos de flexibilidad interna⁶.

De ahí el movimiento y reflexión que acompañan a la decisión del legislador en 2021. Sin alterar los parámetros sobre los cuales se asienta la flexibilidad externa, apuesta de manera firme por la interna, intentando aportar los incentivos capaces de modificar su “insuficiente utilización” por mor de esas “pocas oportunidades a medidas alternativas a las extintivas” de las cuales se lamenta.

Tras apuntar la incorrecta confusión entre convenios colectivos (instrumentos con vocación de permanencia) y mecanismos de flexibilidad interna (“concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes”), al convertir a aquellos en “un sucedáneo de la (...) inaplicación o descuelgue”, procede a reordenar la materia en el contexto dado por el Componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, a la par que hace lo propio con la simplificación de los contratos y la modernización de la negociación colectiva y de la contratación y subcontratación de actividades empresariales.

Constituye, por ende, uno de los cuatro elementos fundamentales que modifica, para un bagaje y balance final en el cual la cantidad de cambios –al menos en comparación con reformas precedentes– no puede llamar a equívocos sobre la calidad de la transformación, pues, sin perjuicio de considerar que podría o debería haber ido más allá (y haber actuado, por ejemplo, sobre el régimen de los despidos, de conformidad a como figuraba en el acuerdo de gobierno PSOE-UP suscrito el 30 de noviembre de 2019, donde se planteaba de forma expresa “revisar las causas del despido para hacer más precisa la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y reforzar el papel de la ITSS y la autoridad laboral en el control de los despidos colectivos y otros expedientes de regulación de empleo”⁷), los institutos afectados inciden de manera directa sobre esos vicios asentados en la médula del mercado laboral y están en disposición de favorecer un cambio a todas luces imprescindible.

⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El Derecho Social ante la crisis”, *Aranzadi Social*, Vol. 1, núm. 19, 2009, pp. 11 y ss.

⁷ Convendrá recordar que, si bien no ha sido una materia abordada en la mesa del diálogo social sobre cuyos acuerdos se asienta la reforma, sí figuraba en el acuerdo de gobierno PSOE-UP suscrito el 30 de noviembre de 2019, donde se planteaba de forma expresa “revisar las causas del despido para hacer más precisa la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y reforzar el papel de la ITSS y la autoridad laboral en el control de los despidos colectivos y otros expedientes de regulación de empleo”, en <https://www.newtral.es/texto-integro-acuerdo-de-coalicion-psoe-unidas-podemos/20191230/>.

En cuanto atañe al objetivo de este estudio, la experiencia habida durante la crisis sanitaria y económica derivada de la COVID-19 afianza la decisión de optar por los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE) “como mecanismo de flexibilidad interna de las empresas para el ajuste temporal de su actividad, de cara a evitar la destrucción de empleo característica de crisis anteriores”; asentando como instrumento “permanente, que garantice un marco de flexibilidad ante fluctuaciones de la demanda”.

Así concebidos, y con el complemento de los instrumentos de adaptación no traumática frente a la crisis como el mecanismo RED de flexibilidad y estabilización de empleo, resultan ser la apuesta fundamental “de estabilización económica y flexibilidad interna de las empresas”; tal vez uno de sus aciertos más notables, al menos si consiguen alejar y no meramente diferir el recurso a la flexibilidad externa⁸. Cauce “alternativo a la destrucción de empleo y a la alta temporalidad que permitan lograr un doble objetivo: (i) proteger el empleo ante las crisis económicas y las dificultades del mercado y (ii) acompañar los procesos de cambio estructural para evitar un impacto macroeconómico negativo”, no en vano su finalidad “consiste en proteger el empleo, primar el ajuste temporal de las horas de trabajo, [e] impulsar la estabilidad de las relaciones laborales, de la inversión y del capital humano”. A la postre, clara cooperación a la reducción de la dualidad laboral, en particular en los sectores más expuestos a tales alteraciones, al incentivar que las plantillas de sus empresas sean esencialmente fijas al calor o con apoyo de esa flexibilidad interna⁹.

Preciso será esperar para comprobar si efectivamente los ERTE consiguen en la práctica convertirse en el instrumento por excelencia para afrontar los escenarios individualizados o generalizados de crisis empresariales futuras; en su caso, procediendo a algún ajuste que distinga necesariamente entre ambos, como pudiera ser modificando a tal efecto la utilización generalizada de las consultas con independencia del índice de

⁸ “Un acierto, sin duda, esta apuesta”, en la cualificada opinión –mayoritaria– de MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez”, *El Foro de Labos*, 30 diciembre 2021, en <https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/>. “Muy positivo, en tanto aleje –y no meramente difiera– el recurso a la flexibilidad externa”; añadiendo que disponer de un mecanismo estable para atender las eventuales crisis sanitarias “es, sin duda, una fantástica noticia”, BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Nueva reforma laboral 2021 (TRDLey 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art. 47 bis ET)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (Blog), 3 enero 2022, en <https://ignasibeltran.com/2022/01/03/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-regimen-juridico-de-los-erte-ex-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/>.

⁹ LAHERA FORTEZA, J.: “Los ERTES en y tras la pandemia”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. Extra 3, 2021, p. 338.

afectación¹⁰. Bajo tal perspectiva será desde donde cabrá constatar si, como “pieza de un puzzle completo”, el movimiento efectuado en esta institución “puede arrinconar el espacio de otra [la extinción por razones empresariales] que no se modifica”, haciendo que, “junto a un uso más generalizado de la flexibilidad interna consensuada, los despidos colectivos puedan perder influencia, al convertirse en la alternativa última frente a las situaciones coyunturales de excedentes de empleo”¹¹.

2.- FLEXIBILIDAD INTERNA “Y” DESPIDOS COLECTIVOS: EL VALOR DE UNA CONJUNCIÓN COPULATIVA EN LUGAR DE DISYUNTIVA

Bajo los términos que figuran en el pórtico al discurso obra el planteamiento tradicional de la relación que vincula a la flexibilidad interna y externa, presidida por la conjunción disyuntiva que convierte en alternativo el recurso a una u otra; mejor aún, por una locución preposicional que las enfrenta. A su lado, empero, la realidad muestra paisajes mucho más ricos, con relaciones tan diversas como para poder llegar incluso a ser compendiadas bajo una conjunción copulativa.

A ello ayuda el dato de conformidad con el cual, y aun cuando proporcionándole diferente definición, el art. 51 acuda para justificar al despido colectivo a las mismas causas que, con iguales términos, había previsto antes para habilitar la movilidad funcional (art. 39 ET) y geográfica (art. 40 ET), las modificaciones sustanciales (art. 41 ET) o la reducción de jornada y la suspensión del contrato [arts. 45.1 j) y 47], así como a cuantas reproducirá después para adoptar despidos objetivos [art. 52 c)] o para proceder a la inaplicación de condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo (art. 83.2 ET).

El elenco permite visualizar un escalonamiento de las diferentes medidas de reestructuración que pudiera proyectar el empresario, cuya lectura es sencilla con solo parar la atención en los niveles de exigencia incorporados a las diversas explicaciones de idénticos términos, poniendo en relación la intensidad requerida en el agente con la gravedad de sus efectos para los trabajadores.

¹⁰ A la luz precisamente de su aplicación durante las crisis sanitarias, las reflexiones sobre la conveniencia de modificar la utilización generalizada de las consultas con independencia del índice de afectación de la reducción de jornada o de la suspensión del contrato que recogen, entre otros, LAHERA FORTEZA, J.: “Los ERTES en y tras la pandemia”, cit., p. 338 o CABEZA PEREIRO, J.: “ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 456, 2021, p. 33.

¹¹ CRUZ VILLALÓN, J.: “Una reforma estructural con futuro”, *El País*, 29 diciembre 2021, en <https://elpais.com/economia/2021-12-29/una-reforma-estructural-con-futuro.html>.

De este modo, bien cabrá defender una lectura finalista bajo la cual el cambio ha de guardar adecuada proporción con la entidad de la necesidad detectada en la empresa, de modo tal que si puede ser atendida modificando, no se precisen ajustes más duros, como la inaplicación convencional o la reducción de jornada y la suspensión (y precisamente, en la actualidad, por este orden); si fuera preciso acudir a estas medidas, y con ellas se alcanza satisfacción suficiente, no se avance hacia la extinción; en fin, cuando no hubiera más remedio que recurrir a esta última vía, se favorezca la voluntaria frente a la forzosa y, dentro de esta, la individual/plural frente a la colectiva, convirtiendo el despido regulado en el art. 51 ET en la *ultima ratio* de cualquier proceso de ajuste¹².

La idea, nunca explícita, podrá ser cuestionada tanto respecto al elenco como a su orden cuando la definición legal coincide en términos semejantes para la reducción de jornada, la suspensión de contratos, la inaplicación de convenios y el despido¹³. Más aún cuando obra una línea jurisprudencial para la cual, “a la vista de ello, de la identidad formal de conceptos, todo invita a sostener que, mediando la causa descrita, el empresario es el que debe decidir soberanamente si procede acudir a medidas extintivas [ERE] o meramente suspensivas [ERTE]; y aunque una racional interpretación sistemática induce a concluir que en principio los ERE deben tener génesis en causas estructurales y los ERTE han de hallarla en las coyunturales, en todo caso resulta claro que corresponde a la exclusiva gestión empresarial decidir si está en presencia de una situación meramente coyuntural o si para ella ya es estructural, de forma tal que el acudir a un ERE o a un ERTE viene a traducirse en un juicio de ‘oportunidad’ que exclusivamente corresponde a la dirección de la empresa”¹⁴.

Con independencia de poder refutar esta apreciación general si la negociación colectiva hubiera asumido la llamada a concretar o especificar el supuesto habilitante de cada uno de los institutos¹⁵, nunca cabrá perder el horizonte de la doctrina general dentro de la cual ha de ser leída, asentada sobre el principio de proporcionalidad. A su tenor, la

¹² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Despido colectivo”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (Dir.): *Tratado de despido*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, en especial pp. 163-171.

¹³ El razonamiento, por extenso, en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Flexibilidad externa e interna en las últimas reformas laborales”, en RAMOS QUINTANA, M. y ROJAS RIVERO, G. (Coords.): *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo. Libro Homenaje al Profesor Manuel Álvarez de la Rosa, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2014, p. 172.

¹⁴ STS 17 julio 2014 (rec. 32/2014). Recordando su tenor, SSTS 10 y 11 julio 2018 (recs. 1332 y 467/2017).

¹⁵ BLASCO PELLICER, A.: “Medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos tras la reforma: balance de situación”, en GUTIÉRREZ VELASCO, I. (Dir.): *Balance crítico de la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 130.

medida adoptada ha de ser equilibrada para el logro del fin perseguido, que en modo alguno puede ser irrazonable; por ello, y ajustándose a sus conocidas tres fases (de adecuación o idoneidad de la iniciativa empresarial en orden a alcanzar el propósito pretendido, de control de necesidad por no existir otra más moderada para conseguir el mismo objetivo con igual eficacia, y de ponderación en sentido estricto atendiendo a los beneficios y ventajas que reporta frente a otros bienes o valores en conflicto), no bastará con verificar la concurrencia de las causas, sino también su carácter adecuado o razonable a cuanto se aspira alcanzar. Un límite habrá de operar, no obstante: no cabrá “entrar en valoraciones sobre si las medidas tomadas son las óptimas o si caben otras mejores por conllevar menos extinciones contractuales”¹⁶, por cuanto “únicamente han de excluirse –como carentes de racionalidad– aquellas decisiones empresariales que ofrezcan patente desproporción entre el objetivo legalmente fijado y los sacrificios injustos a los trabajadores”¹⁷.

En este sentido y contexto de incertidumbre es donde, no obstante, cabrá descubrir cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo va actuando en la línea de reforzar los mecanismos de flexibilidad interna frente a la externa¹⁸. Lo hace al calor de dos argumentos concurrentes o complementarios: a partir del primero, descubre que el legislador otorga al empresario márgenes más holgados para operar con la flexibilidad interna que con la externa en atención a los distintos intereses en juego en cada caso, a situar en la manifestación de la libertad de empresa en aquella (art. 38 CE), y en el necesario punto de equilibrio entre esta y el derecho al trabajo en la que conlleva medidas extintivas (art. 35 CE)¹⁹; en atención al segundo, sigue matizando la idea arriba expuesta y precisando progresivamente el alcance del control judicial sobre la causalidad.

¹⁶ STS 15 abril 2014 (rec. 136/2013) o, en semejantes términos, STS 20 julio 2016 (rec. 303/2014).

¹⁷ SSTS 21 diciembre 2012 (rec. 199/2012) o 27 enero y 17 julio 2014 (rec. 100/2013 y 32/2014).

¹⁸ Para un acabado muestrario de esta línea de tendencia, con muchas variantes pero una clara orientación final, la exhaustiva recopilación de HERRAIZ MARTÍN, M.S.: “El reforzamiento de los mecanismos de flexibilidad interna a la luz de la última jurisprudencia”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2017, pp. 226-243.

¹⁹ La tesis, recordando el literal al efecto contenido en la STC 192/2003, de 27 de octubre (“tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales hacen que rijan entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma, lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de la empresa y de la productividad pero sí que ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho”), entre otras, en SSTS 17 julio 2014 (rec. 32/2014), 16 julio 2015 (rec. 180/2014) o 18 septiembre 2018 (rec. 3451/2016). En la doctrina, con las consecuencias prácticas a inferir de tal postulado, CID BABARRO, C.: “Criterios sobre el despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a siete años vista de la reforma de 2012”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019, pp. 359 y 360.

Desde este último plano considera cómo, si bien el empresario dispone de un amplio margen de discrecionalidad en la gestión de las medidas a adoptar frente a una situación de crisis, tal dato no significa que disponga de un poder absoluto para modelar las condiciones de trabajo y, menos aún, decidir sobre la subsistencia de los contratos de trabajo. De este modo, los Tribunales están en disposición de verificar no solo la realidad de las causas alegadas, sino también ejercer un control de razonabilidad pleno y efectivo sobre la medida para comprobar si las causas alegadas y probadas, además de reales, tienen un impacto sobre los contratos de trabajo y entidad suficiente para justificar la pretensión de la medida “y, también [se llega a añadir], si la medida es plausible o razonable en términos de gestión empresarial”²⁰. Salto cualitativo importante para mostrar el sentido de por donde caminaba –casi siempre ha caminado– la doctrina jurisprudencial²¹, incluido el aval del Tribunal Constitucional²², bajo cuyo criterio “la redacción del precepto impugnado [art. 41 ET] no impide un control judicial pleno y efectivo tanto de la concurrencia de la causa como de la justificación de la modificación realizada, convirtiendo el ejercicio de la facultad en un actuación reglada y, por tanto, no discrecional, de cara a evitar un uso empresarial torticero de la facultad otorgada”²³.

Ha lugar, de este modo, a un ámbito de “incertidumbre causal”²⁴ en el cual parece claro que la “oportunidad” de la decisión concreta a adoptar pertenece (siempre ha pertenecido) a la gestión empresarial; también que “la razonabilidad” (“razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada”) “no ha de entenderse en el sentido de exigir que la medida adoptada sea la óptima para conseguir el objetivo perseguido con ella (...), sino en el de que también se adecúe idóneamente al mismo [juicio de idoneidad], excluyendo en todo caso que a través de la dependencia de las condiciones puede llegarse –incluso– a lo que se ha llamado ‘dumping’ social”²⁵.

²⁰ El tenor entrecomillado de STS 24 noviembre 2015 (rec. 1681/2014); reproducido en sus líneas fundamentales por SSTS 12 mayo y 30 noviembre 2016 (rec. 3222/2014 y 868/2015) –pronunciamiento que no duda en retrotraerse a la jurisprudencia anterior a la reforma– y STS 18 septiembre 2018 (rec. 1731/2016).

²¹ El discurso, con amplitud, en LLANO SÁNCHEZ, M.: “El expediente de regulación temporal de empleo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2020, en especial pp. 1081 y 1084-1085.

²² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: *ERTES y la transición a los despidos por necesidades empresariales. Consecuencias ante la crisis de la COVID-19*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2020, p. 151.

²³ STC 8/2015, de 22 de enero y STS 16 julio 2015 (rec. 180/2014).

²⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: “Razonabilidad o proporcionalidad en el control judicial de la justificación del despido colectivo”, en GODINO REYES, M. (Dir): *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2016, p. 168.

²⁵ STS 10 julio 2018 (rec. 1332/2017).

Lo cierto y verdad es que resulta en la práctica muy difícil discernir la operatividad de las causas sin ponerlas en relación con el concreto motivo bajo el cual aparecen dibujadas, siendo esta la vara de medir última sobre la intensidad en la razón requerida y la adecuación de la reacción proporcionada. Entrando en el desglose de algunas de sus principales expresiones cabrá entender que:

- a) Las causas económicas, como primer motivo, aparecen escuetamente enunciadas por referencia a unos resultados de la empresa que permitan colegir su situación negativa. Crisis a la cual acompaña el legislador, según hará con el resto de las razones, de un enunciado puramente ejemplificativo y abierto (“tales como”), en el cual menciona la existencia de pérdidas actuales o previstas y la disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas.

Quedando vedada la invocación para obtener beneficios²⁶, no requiere actualidad en la situación deficitaria, pudiendo servir la medida para anticiparse a un panorama irreversible²⁷, sin prejuzgar el mayor o menor celo en el resultado del quehacer del titular de la entidad²⁸.

Por más que el precepto parece equiparar las pérdidas actuales y las previsibles, la prueba en este último caso se torna “más exigente”²⁹, requiriendo, por ejemplo, cifras de negocio e ingresos descendentes en el tiempo³⁰, reducción de la actividad³¹, disminución de la facturación³², reducción de encargos³³, rescisión de contratos por clientes³⁴ o situaciones de crisis en la actividad propia o en la desarrollada por las empresas de las cuales depende³⁵. Acreditadas tales circunstancias, sin embargo, no enervará la aplicación de la decisión empresarial el hecho de que, por ejemplo, se hubieran obtenido ayudas públicas³⁶ (por el contrario, sí podrá dar lugar al despido con este fundamento la reducción de

²⁶ SSTS 12 mayo y 21 diciembre 2016 (reces. 3222/2014 y 131/2016).

²⁷ STS 25 febrero 2015 (rec. 74/2014).

²⁸ STS 20 julio 2016 (rec. 303/2014).

²⁹ SSTS 25 febrero y 20 octubre 2015 (reces. 74 y 172/2014).

³⁰ STS 25 junio 2014 (rec. 165/2013).

³¹ STS 11 julio 2018 (rec. 81/2017).

³² STS 21 octubre 2021 (rec. 112/2021).

³³ STS 25 septiembre 2018 (rec. 43/2018).

³⁴ STS 21 octubre 2021 (rec. 112/2021).

³⁵ STS 24 noviembre 2015 (rec. 86/2015).

³⁶ STS 18 julio 2014 (rec. 288/2013).

subvenciones o transferencias³⁷), ni cabrá exigir un funcionamiento a costa de endeudamiento o utilizando las reservas de que dispusiera la entidad³⁸

- b) Las razones técnicas pueden ser apreciadas cuando acaezcan cambios, entre otros, en los medios y/o instrumentos de producción. La mera transformación en el equipamiento pudiera no justificar la reducción o suspensión de jornada, pues resulta preciso estar al impacto de la medida sobre la plantilla, ya sea cuantitativo o cualitativo en atención a la necesidad de su reorganización³⁹. Así ocurre, por ejemplo, cuando media la decisión previa de externalizar la actividad mientras se acomete el ajuste o ha lugar a la consiguiente reestructuración que conlleva la eliminación de maquinaria y personal al ponderar cómo la obsolescencia tecnológica hace preferible acudir a la provisión temporal por terceros que renovar de una sola vez todo el equipo⁴⁰.

Como tal factor han sido considerados, igualmente, los supuestos de determinadas innovaciones científicas⁴¹ o técnicas y, también, las paradas biológicas, aun cuando en este caso resulta cuanto menos discutible su catalogación como causa tecnológica y no de fuerza mayor⁴².

- c) En profunda conexión con las razones técnicas⁴³, los rasgos propios o autónomos de las causas organizativas afloran cuando las alteraciones de los sistemas de producción y métodos de trabajo (aludidos a modo de muestra por el legislador) afectan, por ejemplo, a aspectos intangibles o inmateriales con menor o nula inversión financiera; supuesto en el cual, sin embargo, reaparecerá con fuerza su vinculación a las causas productivas⁴⁴.

A examinar en el concreto espacio o estructura de la empresa donde ha sido detectada la necesidad⁴⁵, su especificidad hace, precisamente, que puedan operar en los diversos ámbitos, fases o dimensiones dentro de la organización productiva⁴⁶, ceñirse a la logística de bienes o recursos o a determinadas instalaciones en su concreta ubicación⁴⁷, atender en exclusiva a reordenar el

³⁷ STS 18 mayo 2017 (rec. 71/2016).

³⁸ SSTs 2 junio 2014 (rec. 2534/2013) o 23 febrero 2015 (rec. 1031/2014).

³⁹ STS 20 octubre 2021 (rec. 121/2021).

⁴⁰ STS 22 febrero 2018 (rec. 192/2017).

⁴¹ STS, Cont.-Admtivo., 16 diciembre 1999 (rec. 156/1994).

⁴² STS, Cont.-Admtivo., 16 julio 2001 (rec. 8783/1995).

⁴³ SSTs 22 febrero 2018 (rec. 192/2017) o 20 octubre 2021 (rec. 121/2021).

⁴⁴ STS 20 diciembre 2017 (rec. 116/2017).

⁴⁵ STS 31 enero 2013 (rec. 709/2012).

⁴⁶ STS 20 julio 2017 (rec. 253/2015).

⁴⁷ STS 20 diciembre 2017 (rec. 116/2017).

plantel para corregir distribuciones ineficientes⁴⁸, aplicar mejores prácticas en la gestión al simplificar organizaciones y crear sinergias⁴⁹ o, incluso, provenir de una simple reordenación de las condiciones laborales⁵⁰.

- d) Las causas productivas suponen, en esencia, una lectura de la actividad en descenso por mor y en función de la dinámica del mercado⁵¹, obediente a una contracción de la demanda del producto con el resultado de un sobredimensionamiento de la capacidad de producción⁵², que puede encontrar expresión bajo formas tales como la disminución de encargos, pedidos o ventas⁵³, recortes en la producción y la facturación⁵⁴, rescisión y reducción de contratos o pérdida de clientes⁵⁵ aumentos de stocks vinculados a una menor actividad⁵⁶ o, entre muchísimas más⁵⁷, reducción de las contrataciones de las cuales depende la actividad del empleador⁵⁸.

En este panorama judicial incierto irrumpen varios datos de la última reforma capaces de abrir nuevos horizontes. El primero cabría inducirlo a partir de la sutil referencia incorporada como segundo párrafo de la letra a) del art. 47.7 ET, cuando establece que, “en la medida en que ello sea viable, se priorizará la adopción de las medidas de reducción” de jornada frente a las de suspensión. Con ello persigue, sin duda, un reparto de la ocupación efectiva entre todas las personas sometidas a medidas de regulación de empleo, en lugar de la privación temporal solo para algunos⁵⁹; con todo, sirve también para indicar el espíritu de la graduación apuntada, haciéndolo precisamente en un eslabón de la cadena en el cual hasta ahora no obraba prelación de ningún tipo.

⁴⁸ STS 12 mayo 2017 (rec. 210/2015).

⁴⁹ SSTs 28 enero 2015 (rec. 87/2014) y 17 mayo 2017 (rec. 221/2016).

⁵⁰ SSTs 21 diciembre 2015 (rec. 69/2015) y 22 febrero 2018 (rec. 192/2017).

⁵¹ STS 17 mayo 2017 (rec. 221/2016).

⁵² SSTs 20 abril 2016 (rec. 105/2015) y 12 mayo 2017 (rec. 210/2015).

⁵³ SSTs 26 enero y 20 abril 2016 (recs. 114 y 105/2015) o 25 septiembre 2018 (rec. 43/2018).

⁵⁴ SSTs 16 septiembre 2015 (rec. 230/2014) y 18 noviembre 2020 (rec. 143/2019).

⁵⁵ SSTs 28 julio 2017 (rec. 45/2017), 25 enero 2018 (rec. 176/2017) o 14 enero 2020 (rec. 126/2019).

⁵⁶ STS 18 noviembre 2020 (rec. 143/2019).

⁵⁷ Algunas tan singulares como el lanzamiento de local en un procedimiento de desahucio, STS 22 junio 2020 (rec. 195/2019).

⁵⁸ SSTs 21 abril y 12 julio 2017 (recs. 258 y 20/2017) y 22 marzo 2018 (rec. 195/2017).

⁵⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad en el empleo en la nueva reforma laboral 2021”, *NET21*, núm. 8, 2022, p. 3, en <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021/> o MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”, *Briefs de la AEDTSS*, 19 enero 2022, p. 3, en <https://www.aedtss.com/erte-flexibilidad/>.

A ello procederá unir otro argumento de peso a la hora de solventar cualquier duda hermenéutica, en partidas cuando de conceptos indeterminados se trata⁶⁰, no en vano la exposición de motivos de la norma contempla las medidas de regulación de empleo “como fórmula alternativa y prioritaria a las extinciones”. Con ello, la “oportunidad” a la cual aludía la jurisprudencia reseñada encuentra un nuevo motivo para ser corregida, pues en la voluntad del legislador aparece clara la idea de apostar por las iniciativas de flexibilidad interna frente a los despidos⁶¹. Buena prueba de lo cual es la continuidad en el tiempo de la medida que apoya la solución del ERTE frente a la opción por rescindir los contratos a partir de las exoneraciones en la cotización recogidas en la disposición adicional 44ª TRLGSS, sometidas a la condición –de ahí su carácter estrictamente voluntario– de mantener el empleo de los trabajadores afectados durante los seis meses siguientes a la finalización de la vigencia del expediente.

Así entendida la secuencia, dos escenarios principales habrán de concitar el interés en la propuesta aquí acometida: en primer lugar, el proporcionado por los supuestos en los cuales a la adopción de medidas de flexibilidad interna (acompañadas o no de decisiones extintivas bajo la forma de bajas incentivadas o despidos objetivos) subsigue el recurso al despido colectivo; en segundo término, aquel otro en el cual resulta ser en la sede de cuanto regula el art. 51 ET donde ha lugar a la adopción de medidas de alteración del contrato que mantiene su vigencia.

Ninguno de los dos pasajes reseñados resulta sencillo de describir para un jurista, y menos aún de ponderar con tiento, pues sus variables circunstancias distan de permitir el recurso a la imagen fija de una cuestión-tipo. Terreno de arenas movedizas, por tanto, que en el paso desde la flexibilidad interna al despido colectivo presentará el aspecto crucial de la eventual presencia de cláusulas o compromisos de empleo, y en el desenvolvimiento del procedimiento de la extinción colectiva cabrá asistir a casos de utilización torticera de esta vía para facilitar el consentimiento del banco social a la iniciativa de la modificación proyectada como meta a alcanzar por el empresario.

⁶⁰ ORTEGA LOZANO, P.G.: “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017, pp. 587-608

⁶¹ CRUZ VILLALÓN, J.: “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *Briefs de la AEDTSS*, 20 enero 2022, p. 4, en <https://www.aedtss.com/el-sistema-red/>.

3.- MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA PREVIAS A DESPIDOS COLECTIVOS

La visión copulativa de unas medidas de flexibilidad interna a las cuales subsigue la decisión empresarial de plantear despidos colectivos supone, en principio, que aquellas fueron insuficientes para afrontar la situación crítica. Conlleva, bajo la interpretación propuesta, avanzar hacia el último y más traumático de los momentos diseñados por el legislador, donde ni siquiera el recurso a unas pocas extinciones o despidos es bastante para afrontarla con solvencia.

De este modo, aquella visión profiláctica que oponía la flexibilidad interna a la externa habrá de dejar paso a la paliativa en la cual esta cobra protagonismo. Tránsito lamentable, pero que no deja de ser natural y frecuente, por más que el legislador o las partes en la negociación colectiva intenten poner diques a través de distintos tipos de compromisos de empleo llamados a contener el uso de esta decisión extrema: el primero, incentivando el recurso a la suspensión y a la reducción de jornada con exoneraciones en la cotización vinculadas a un plazo durante el cual el empresario no podrá despedir; las segundas estableciendo una variable gama de medidas que, previstas en convenio o acuerdo de empresa, confluyen en idéntico propósito de cerrar la vía de las extinciones de contratos.

3.1.- LA TRANSICIÓN SIN OBSTÁCULOS DESDE LA FLEXIBILIDAD INTERNA AL DESPIDO COLECTIVO

La constatación de que las medidas de ajuste intentadas no han dado su fruto y la decisión del empresario de proceder a un despido colectivo resulta ser un paisaje lamentablemente frecuente, pero que conforma la lectura efectuada en torno a la graduación en la manera de afrontar la crisis.

De forma patente queda reflejo en numerosos pronunciamientos judiciales a través de una relación de hechos probados donde cabe descubrir ese primer o primeros intentos de atajar la crisis mediante modificaciones sustanciales de contratos, movilidad geográfica, descuelgues convencionales o reducciones de jornada y suspensiones de contrato, a menudo con la compañía de reducciones de plantilla donde priman las extinciones a las cuales, bien, se acojan los trabajadores de manera voluntaria, bien, y en último extremo, se haga necesario acudir a cierto número de despidos objetivos. Bastará la mención de algunos supuestos emblemáticos en los cuales consta este itinerario como

algo “natural”, en ocasiones precediendo al despido colectivo alguna medida de flexibilidad interna concreta, como la reubicación de trabajadores a partir de una movilidad geográfica acompañada de modificación sustancial de condiciones de trabajo⁶² o una suspensión de contratos⁶³; en muchas de ellas la conjunción de varias, como aquella en la cual se describe un itinerario con fases documentadas en vía judicial en las cuales constan, al menos, los siguientes cuatro momentos de su azaroso devenir⁶⁴: 1) Modificación sustancial de condiciones de trabajo y reducción colectiva de jornada⁶⁵; 2) Modificación sustancial, inaplicación del convenio, sucesión de contratos y reducción de jornadas y medidas de movilidad geográfica⁶⁶; 3) Plan de “excedencias pactadas compensadas” de carácter individual⁶⁷; finalmente, y en el propio pronunciamiento, 4) Extinciones voluntarias, reducción de jornada y movilidad geográfica, incluyendo otras medidas de protección de colectivos con salarios inferiores.

El despido colectivo no suele ser, por tanto, la primera de las alternativas barajadas por el empresario, incluso cuando la gravedad de la situación pudiera inclinar su criterio a tal decisión. La razón la expone de manera magnífica, a partir de su destacada posición en la cátedra y experiencia en un prestigioso bufete de abogados, quien ahora forma parte del Tribunal Supremo: “desde la perspectiva del abogado laboralista y aunque en modo alguno se trate de una exigencia legal, es sumamente conveniente que se hayan explorado las vías de flexibilidad interna aunque sea para rechazarlas por no ser suficientes para superar la situación en presencia (...) [; no en vano], si se puede acreditar que la empresa se ha planteado las medidas de flexibilidad interna seguramente esa empresa vaya mejor ‘equipada’ al procedimiento de impugnación judicial del despido colectivo”⁶⁸.

Unas precisiones importantes habrán de acompañar este panorama sin aparentes obstáculos vinculados al elemento causal y al temporal, pues desde el primer plano habrá de ser acreditado y probado el cambio de circunstancias que en un primer momento aconsejaron una iniciativa menos drástica que la pretendida finalmente, para, si constatada, abrir la vía extintiva sin exigencia de acudir a otras medidas alternativas⁶⁹;

⁶² STS 15 diciembre 2021 (rec. 196/2020).

⁶³ STS 16 diciembre 2021 (rec. 210/2021).

⁶⁴ STS 17 octubre 2018 (rec. 60/2018).

⁶⁵ SAN 23 septiembre 2016 (proc. 265/2013) y STS 21 junio 2017 (rec. 12/2017).

⁶⁶ SSTS 22 julio y 18 noviembre 2015 (recs. 130/2014 y 19/2015).

⁶⁷ SAN 11 febrero 2015 (proc. 252/2015).

⁶⁸ GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I.: “Flexibilidad externa e interna en las últimas reformas laborales”, cit., p. 172.

⁶⁹ Sobre la opción alternativa de recolocación interna la STS 8 noviembre 2020 (rec. 143/2019), con adecuada reflexión de MONEREO PÉREZ, J.L.: “El despido colectivo por causas productivas en un centro

desde el segundo, y sobre todo en los ERTE, será menester abordar el problema relativo a la viabilidad de plantear un procedimiento de regulación de empleo extintivo durante su vigencia.

A este respecto, y con plena seguridad de aplicación tras la reforma⁷⁰, cabrá seguir cómo el procedimiento de regulación de empleo no excluye que, incluso tras eventuales prórrogas previstas, el panorama del empleo no se enderece y sea preciso acudir a medidas extintivas. Para ello, y de constatar que las adoptadas no fueron suficientes, las circunstancias han cambiado y no procede esperar al vencimiento de aquella temporalmente adoptada, la jurisprudencia viene a exigir la presencia de al menos una de las dos condiciones sobre las cuales procederá volver con calma: “bien la concurrencia de una causa distinta y sobrevenida de la invocada y tenida en cuenta para la suspensión, bien, tratándose de la misma causa, un cambio sustancial y relevante con referencia a las circunstancias sobre las que se fundamentó la actividad de suspensión”⁷¹.

3.2.- EL COMPROMISO DE EMPLEO INCORPORADO A LA LEY EN CASO DE SUSPENSIÓN DE CONTRATOS Y REDUCCIÓN DE JORNADA

No cabrá ignorar desde un punto de vista sistemático esta variante en el contexto propuesto, pues, heredada de la positiva utilización durante el contexto de crisis provocada por el COVID de cuanto con enorme semejanza venía siendo de aplicación a las medidas de fomento de empleo para incentivar la contratación de determinados colectivos⁷², pasa ahora de coyuntural a estructural y se asienta de manera formal en el art. 47 ET.

Así, producto de esta transfusión a la nueva regulación de los ERTES, se incorpora la previsión con carácter permanente de beneficios en la cotización a la Seguridad Social para ayudar al empresario a tratar de superar la crisis sin tener que acudir a iniciativas

de trabajo de una empresa multi-centros: elementos configuradores y negociación colectiva gestional o participativa”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2021, p. 11.

⁷⁰ Mencionando incluso un pronunciamiento coetáneo a la reforma, el argumento de CRUZ VILLALÓN, J.: “El sistema RED de regulación temporal de empleo”, cit., p. 3.

⁷¹ Doctrina sentida en STS 12 marzo 2014 (rec. 673/2013); su continuidad en el tiempo a través de SSTS 16 abril, 17 julio y 24 septiembre 2014 (rec. 57, 125 y 271/2013), 19 mayo 2015 (rec. 286/2014), 31 marzo 2016 (rec. 272/2015) o, coetánea a la reforma, la STS 16 diciembre 2021 (rec. 210/2021).

⁷² Aun cuando la Dirección General de Trabajo calificaba la medida como algo “inédito en nuestro ordenamiento prever que se vinculan de manera específica al uso de medidas de ajuste interno que tienen como objeto la preservación de empleo” (DGT-SGON-850CRA, de 11 de abril de 2020), no deja de reconocer “cierta identidad sistemática y de propósito” (DGT-SGON-919CRA, de 29 de abril de 2020). El elemento aparece convenientemente destacado en el análisis completísimo de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Facultades extintivas del empresario en la era COVID*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 117 y ss.; en este punto en concreto, p. 119, notas 236 y 237.

más gravosas para los trabajadores. Regulados en la DA 44ª TRLGSS, cuando el ERTE responde a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción consisten en la exoneración de la aportación empresarial del 20% (el abono de la parte correspondiente al trabajador, como es tradicional, sigue corriendo a cargo del SEPE –art. 153 bis TRLGSS–), debiendo mediar las oportunas acciones formativas en favor de los afectados; por su parte, cuando la suspensión o reducción lo es por fuerza mayor, su entidad alcanza el 90%.

Con independencia del tipo de expediente, y por cuanto importa, las exenciones de cotización aparecen condicionadas al mantenimiento en el empleo de los trabajadores afectados durante un plazo de seis meses. La norma despeja numerosos interrogantes que suscitó la medida en su versión original, acogiendo muchas de las respuestas proporcionadas en sus sucesivas reformas⁷³, en particular en tres aspectos sustanciales: en primer lugar, y del máximo interés para el discurso, el *dies a quo* para el cómputo de los seis meses durante los cuales, en principio, queda cerrada *ex lege* la posible transición de un ERTE a un ERE, situado en la finalización de la medida de reducción de jornada o suspensión de la relación laboral “para todos los trabajadores”⁷⁴; en segundo término, el carácter estrictamente voluntario para el empresario de la posibilidad de acogerse a las reducciones en la cotización, en el sentido de que su solicitud corresponde al interesado, pudiendo este optar por no instarlas y, en consecuencia, no asumir el mentado deber, permitiendo que obre aquella secuencia arriba analizada sin ningún límite temporal; por último, las resultas del incumplimiento del compromiso, ceñidas en exclusiva a reintegrar el importe de las cotizaciones de cuyo pago resultó exonerado en relación a la persona o personas trabajadora(s) respecto de la cual(es) haya sido incumplido el requisito, con el recargo y los intereses de demora correspondientes.

⁷³ El ingente cúmulo de preguntas suscitadas en CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda de empleo en la legislación social anti-COVID”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 240, 2021, pp. 49 y 50 o MERCADER UGINA, J.R.: “El RD 18/2020 y la ‘nueva’ concepción del compromiso de empleo: caminando entre tinieblas”, *Foro de Labos*, 28 mayo 2000 en <https://www.elforodelabos.es/el-rd-ley-18-2020-y-la-nueva-concepcion-del-compromiso-de-empleo-caminando-entre-tinieblas/>. La respuesta a tales interrogantes a lo largo de la evolución legislativa así como algunos temas pendientes, en la obra del primer autor (pp. 51-64) o MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Facultades extintivas del empresario en la era COVID*, cit., pp. 167-201, FALGUERA BARÓ, M.A.: *Los ERTEs en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*, Albacete, Bomarzo, 2020, pp. 96 y ss. o RUEDA MONROY, J.A.: “La cláusula de salvaguarda del empleo”, en VILA TIERNO, F. (Dir.) y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (Coord.): *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Murcia, Laborum, 2020, pp. 77-102.

⁷⁴ COLLADO GARCÍA, L. y TRILLO PÁRRAGA, F.J.: *ERTEs por causas de fuerza mayor y ETOP*, Albacete, Bomarzo, 2020, p.136.

3.3.- LOS COMPROMISOS O CLÁUSULAS DE EMPLEO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU VIRTUALIDAD OPERATIVA EN EL CONTEXTO PROPUESTO

La segunda de las alternativas antes enunciada alude a la existencia de un compromiso adquirido a través de la negociación colectiva en virtud del cual el empleador asume que, durante la vigencia de lo pactado, no utilizará los despidos por causas empresariales.

Aunque cabría plantear su virtualidad en un ámbito superior (en particular en los supuestos de grupos de empresas), estas cláusulas tratan en esencia de proporcionar respuesta a las especiales situaciones o circunstancias de una entidad concreta⁷⁵, bien en el contexto de un convenio colectivo, bien a partir de un acuerdo específico al efecto.

De este modo, cada vez es más frecuente contemplar previsiones de empleo en la negociación colectiva de muy diverso sentido, entre las cuales destacan con luz propia aquellas destinadas a preservar la relación laboral, estableciendo una garantía expresa sobre su mantenimiento, estabilidad o recuperación en medio de un contexto de elevadas cifras de temporalidad e inestabilidad económica y de ocupación⁷⁶.

Un examen atento de la realidad que muestra la negociación colectiva permite comprobar la relativamente frecuente presencia de esta decisión en convenio colectivo si puesta en relación con la jubilación forzosa, bien para demandar que durante un período anterior no se hubiera tramitado ningún procedimiento de regulación de empleo⁷⁷, bien para recoger la renuncia durante toda su vigencia de la posibilidad de extinguir los contratos por la vía de despido objetivo o colectivo⁷⁸. Pudiendo incorporar, en este último caso, el compromiso de proceder a la cobertura de vacantes siguiendo el orden de

⁷⁵ Su limitación a la empresa y eventual ampliación –con sus problemas– al grupo de empresas en GARCÍA MURCIA, J.: “Los acuerdos de empresa”, *Temas Laborales*, núm. 76, 2004, pp. 100-106.

⁷⁶ Un tratamiento monográfico en el contexto de otro conjunto de cláusulas de empleo en SERRANO OLIVARES, R.: *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 96-98.

⁷⁷ Art. 24.2 b) CC marco de la Unión General de Trabajadores (BOE núm. 237, 2 octubre 2019).

⁷⁸ DA 10ª CC de Compañía Logística de Hidrocarburos CLH, SA (BOE núm. 53, 3 marzo 2021) y art. 50.3 V CC de aparcamientos, estacionamientos regulados de superficie, garajes, servicios de lavado y engrase de vehículos de Cataluña (DO Generalitat de Catalunya núm. 8273, 17 noviembre 2020). Incorporando el compromiso de proceder a la cobertura de vacantes siguiendo el orden de prioridades convencional. En igual línea de compromiso vinculado al mantenimiento de empleo por la vía de no eliminarlo, DA CC de Orange Espagne, SAU (BOE núm. 251, 18 octubre 2019).

prioridades convencional⁷⁹ o, sencillamente, asumir el mantenimiento del empleo por la vía de no eliminarlo⁸⁰.

En verdad cabrá localizar algún ejemplo más de convenio donde figura tal asociación⁸¹, con la valoración que en su momento mereció a los órganos judiciales cuando dejaron constancia de que el contenido de un pacto de este tipo impide a las empresas incoar expedientes de regulación de empleo que afecten al colectivo si no es en los términos y con los requisitos recogidos en el propio acuerdo⁸². Por lo común, sin embargo, suelen ser recogidos en un proceso de negociación separado, dando pie a un acuerdo en virtud del cual obra el intercambio de alguna medida de flexibilidad en favor del empleador a cambio de decaer en la facultad extintiva al calor de lo previsto en los arts. 51 y 52 c) ET.

La presencia de este tipo de pactos a través de los cuales la autonomía colectiva se perfila como un elemento de protección del empleo frente a los despidos por razones empresariales previendo medidas menos agresivas para no perjudicar la estabilidad laboral de los trabajadores sirve perfectamente a un doble propósito: de un lado, permite manejar de manera eficiente la gestión de la flexibilidad en la empresa, evitando, a través de una interlocución fluida, que las decisiones unilaterales del empresario debiliten la participación de los trabajadores; de otro, ofrece la perspectiva más acabada de cualquier negociación, recogiendo la distribución de sacrificios característica de este intercambio de ofertas entre el banco económico y el social, de singular relieve a la hora de paliar la destrucción de empleo como salida habitual en circunstancias o periodos de recesión y crisis⁸³.

Su mayor presencia en la negociación, en particular a partir de los acuerdos alcanzados en los períodos de consulta previstos en la ley para adoptar medidas de flexibilidad interna (y/o externa), no deja de suscitar problemas jurídicos de interés, que

⁷⁹ Art. 45 CC de la empresa Casino Nueva Andalucía, Marbella, SA (BOP Málaga núm. 234, 9 diciembre 2020)

⁸⁰ DA CC de Aldeas Infantiles SOS de España (BOE núm 239, 7 septiembre 2020) o art. 23 VIII CC de Iberdrola Grupo (BOE núm. 52, 2 marzo 2021).

⁸¹ Así el histórico art. 8 CC de Tripulantes Técnicos de Vuelo de Air Europa (BOE núm. 268, 8 noviembre 2001), de singular trascendencia por haber dado lugar, en su evolución, a la SAN 21 abril 2014 (rec. 218/2012), donde consta que el contenido de un pacto de este tipo impide a las empresas incoar expedientes de regulación de empleo que afectan al colectivo sino en los términos y con los requisitos recogidos en el propio acuerdo. Su versión actual en art. 8 IV CC de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, y los Tripulantes Técnicos de Vuelo (BOE núm. 256, 24 octubre 2017).

⁸² SAN 21 abril 2014 (rec. 2715/2014).

⁸³ CRUZ VILLALÓN, J.: “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo”, *Revista de Economía Laboral*, Vol. 13, núm. 2, 2016, pp. 21 y ss.

bien cabría revisitar a través de aquel pronunciamiento del Tribunal Supremo donde desgrana varios elementos clave a la hora de comprender su dimensión final⁸⁴.

3.3.1.- Sobre la naturaleza de los acuerdos con cláusulas de empleo

La primera de las cuestiones a suscitar viene de la mano del intento de aquilatar la naturaleza jurídica que pueda tener un pacto de garantía del tenor expuesto. Mientras ninguna duda cabe de su naturaleza normativa si recogido en convenio, la perspectiva cambia –o puede hacerlo– cuando aparezca recogido en un acuerdo de empresa.

En este sentido, y de atender a las reflexiones sobre los acuerdos como género, en tanto para un sector de la doctrina no cabe duda de su naturaleza normativa, con las consiguientes prerrogativas –por cuanto ahora pudiera interesar– de su carácter irrenunciable, inviabilidad de la modificación unilateral e inaplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*⁸⁵, para otro significativo grupo de autores no dejará de ser “algo más que un contrato (dada su eficacia colectiva) y bastante menos que un convenio (dado que no es una norma)”⁸⁶, es decir, carecerán de la eficacia propia de un convenio, pues no lo son, “ni regulares ni irregulares”, aun cuando constituyan un “producto especial de la negociación colectiva”, un “producto *sui generis*” susceptible de ser incluido dentro de la extensa gama de instrumentos colectivos⁸⁷.

Indeterminación entre los autores ante las variables circunstancias y contenidos en presencia⁸⁸ que tiene continuidad en los pronunciamientos del Tribunal Supremo, pues si bien en algunos aparecen como fruto de la negociación informal que toma forma de

⁸⁴ STS 23 octubre 2018 (rec. 2715/2016). Entre sus comentaristas, a los cuales procede remitir para un tratamiento a fondo de sus aportaciones y singularidad, BERNAL SANTAMARÍA, F.: “La controversia de las cláusulas de empleo ante la flexibilidad externa de las empresas”, *Temas Laborales*, núm. 147, 2019, pp. 219-244; ÁLVAREZ MONTERO, A.: “Garantías colectivas de empleo, flexibilidad interna y despido objetivo: ¿deberes de renegociación versus libertad de empresa?”, *Revista de Trabajo y Seguridad social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 430, 2019, pp. 157-166 o BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Cláusula de empleo prevista en un acuerdo de empresa: un despido objetivo incumpléndola debe calificarse como improcedente”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (Blog), 18 noviembre 2018, en <https://ignasibeltran.com/2018/11/18/clausula-de-empleo-prevista-en-acuerdo-de-empresa-un-despido-objetivo-incumplendola-debe-calificarse-como-improcedente/>.

⁸⁵ Entre otros, CORREA CARRASCO, M.: *Acuerdos de empresa (instrumentos de regulación flexible de las relaciones laborales)*, Madrid, Francis Lefebvre, 2012, pp. 95 y ss. o PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *La negociación colectiva en la empresa*, Madrid, Lex Nova-Thomson, 2014, pp. 252 y ss.

⁸⁶ Por acudir al literal de MONTOYA MELGAR, A.: “Recensión a ‘Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido’, de Raquel Quintanilla Navarro”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 118, 2003, p. 656.

⁸⁷ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 28 y 29.

⁸⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 79 y 80.

contrato colectivo o acuerdo colectivo no normativo⁸⁹, en otros cabe constatar el expreso reconocimiento de la eficacia general y naturaleza normativa de los acuerdos que recogen estas cláusulas⁹⁰.

No faltan, dentro de este debate, posiciones intermedias o más pragmáticas con autores para los cuales lo importante, por encima de la calificación técnica, es su papel llamado a superar el poder de dirección unilateral del empresario, limitando la libertad que otorga el art. 38 CE en un aspecto tan consustancial al mismo cual es la facultad de despedir cuando concurra una causa legal⁹¹; o, con igual indeterminación, aunque en algún caso sea solo aparente⁹², cuando el Tribunal Supremo elude entrar en polémicas y no argumenta mínimamente sobre la naturaleza jurídica del pacto, pero a la postre actúa e interpreta como si lo acordado fuera de aplicación general y proviniera de una norma⁹³.

Pragmatismo, al fin y a la postre, por cuanto, con independencia del interés del debate teórico, la consecuencia vendría a ser la misma: tanto si su valor es contractual como si lo es normativo, cuanto importa es la exigibilidad al empresario de la obligación asumida, valorando su incumplimiento en atención a los perjuicios ocasionados a los trabajadores afectados.

3.3.2.- Sobre la legalidad de la cláusula de seguridad en el empleo

Asentado cuanto habría de ser la razón de ser de este tipo de pactos y su funcionalidad final, se ha planteado la necesidad de avalar su legalidad, proporcionando una triple razón para considerarlos plenamente ajustados a derecho⁹⁴:

- a) No constituye “una renuncia en sentido técnico y estricto (abandono o expulsión de un derecho del ámbito de su titular), sino un compromiso de no ejercicio de

⁸⁹ Sirvan los ejemplos obtenidos de las SSTs 22 julio 2013 (rec. 106/2012) o 22 enero y 21 febrero 2014 (reces. 89 y 186/2013). Tras una amplia disquisición, inclinándose por este criterio, BERNAL SANTAMARÍA, F.: “La controversia de las cláusulas de empleo ante la flexibilidad externa de las empresas”, cit., pp. 230-232, en particular la reflexión contenida en esta última página.

⁹⁰ SSTs 30 octubre 2013 (rec. 47/2013) o 24 noviembre 2015 (rec. 103/2015).

⁹¹ Con apoyos firmes para su opinión MONTOYA MEDINA, D.: “En torno a la cuestionada licitud del despido por causas empresariales acometido durante la vigencia de una regulación temporal de empleo”, *Información Laboral*, núm. 4, 2014, BIB 2014\1540.

⁹² Así la STS 1 junio 2016 (rec. 3338/2014), pues si bien no resuelve la cuestión al no emitir un pronunciamiento sobre el fondo, da pie a una serie de autos en los cuales late de manera patente la solución favorable a la adaptabilidad empresarial o garantía colectiva como criterio operativo (SSTs 7 julio y 10 noviembre 2016 –reces. 3325 y 4074/2015–).

⁹³ La valoración, compartida, sobre el tenor de la STS 23 octubre 2018 (rec. 2715/2016) en ÁLVAREZ MONTERO, A.: “Garantías colectivas de empleo, flexibilidad interna y despido objetivo: ¿deberes de renegociación versus libertad de empresa?, cit., p. 162.

⁹⁴ STS 23 octubre 2018 (rec. 2715/2016).

una facultad que le concede el ordenamiento jurídico –extinguir el contrato cuando concurren causas habilitantes para ello– a cambio de otros compromisos adquiridos por la parte del acuerdo colectivo”.

Dista de conformar, por tanto, un acto definitivo e irrevocable; antes bien, supone una abdicación temporal y transitoria, que únicamente afecta al ejercicio del derecho en el tiempo y en su intensidad, pero no al derecho en sí mismo. Mucho menos cuando, además, a cambio se obtienen concesiones de distinta índole por quienes representan a las personas trabajadoras.

- b) “Tal compromiso de no ejercicio del despido por causas técnicas, organizativas, productivas o económicas se produce en el marco de un acuerdo de empresa en el que –a diferencia de lo que ocurre en un convenio de ámbito supraempresarial– quien asume el compromiso de no utilización del despido es el titular del derecho o de la facultad a cuya utilización se renuncia temporalmente. Por ello, aunque se pueda entender que la facultad de despedir cuando concorra causa legalmente habilitante para ello es consustancial o parte integrante del derecho la que realiza su titular y no una asociación empresarial en la que puede estar integrado o no”. Mientras ningún óbice cabía oponer al anterior argumento, este rasgo ha sido contestado por la doctrina en el entendimiento de que no existe un derecho omnipresente a despedir en virtud del art. 38 CE cuando el acuerdo hubiera sido negociado en un ámbito supraempresarial. Y ello no solo por cuanto el ordenamiento otorga a la autonomía colectiva la posibilidad de modelizar o limitar el ejercicio de los poderes de empleador con incidencia directa en el contenido y extinción de la relación laboral⁹⁵, sino por lo innecesario de distinguir entre el acuerdo suscrito en un ámbito u otro, no en vano su licitud deriva de la fuerza vinculante que le confiere el art. 37 CE⁹⁶.

La situación no solo resulta extraordinaria en la práctica, convertida casi en una hipótesis de laboratorio, sino que incluso desde ese plano teórico procedería atender al caso concreto y a la redacción de la cláusula en cuestión para poder emitir un pronunciamiento, pues los derechos constitucionales en juego serían ciertamente más difíciles de cohonestar cuando su tenor no dejara espacio alguno

⁹⁵ SERRANO OLIVARES, R.: *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, cit., pp. 97 y 98.

⁹⁶ CABEZA PEREIRO, J. *et alii*: “Comentario de jurisprudencia del Tribunal Supremo del cuarto trimestre de 2018”, *Revista de Derecho Social*, núm. 85, 2019, pp. 184-185 o BERNAL SANTAMARÍA, F.: “La controversia de las cláusulas de empleo ante la flexibilidad externa de las empresas”, cit., p. 233.

a la posibilidad de alterar el nivel de empleo a través de cláusulas de este tipo, por cuanto bajo tal condicionante sí cabría plantear las objeciones propias de atentar contra la libertad de empresa⁹⁷.

- c) En fin, “hay que tener en cuenta, además, que ese sacrificio de la libertad de empresa se realiza en beneficio de la estabilidad o garantía en el empleo (art. 35 CE) y a través del instrumento de la negociación colectiva en el marco de la libertad negocial (art. 37 CE).

3.3.3.- Sobre la aplicabilidad (o no) de la cláusula *rebus sic stantibus* a los compromisos de empleo

Admitida la validez de cláusula de empleo del tenor expuesto y su valor en derecho, emerge un nuevo problema derivado de la tensión que pudiera producirse entre el respeto a los compromisos o garantías de seguridad pactados y cuanto la jurisprudencia denomina “facultad empresarial de adaptabilidad” permanente del contenido de las relaciones de trabajo a los imperativos cambiantes del mercado y la incertidumbre de sus exigencias en cada momento.

En alguna ocasión no se ha dudado en solventar esta tensión admitiendo la operatividad de la cláusula *rebus sic stantibus*, para así posibilitar la exoneración de la obligación de no utilizar la facultad extintiva cuando se alteren de manera trascendente e imprevisible las circunstancias tenidas en cuenta por las partes para su celebración y desarrollo, así como la consecución del propósito perseguido. Con todo, la aplicación del principio *pacta sunt servanda* será regla y la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* excepción, demandando que esa alteración sea sustancial e, incluso si prevista, la entidad de los acontecimientos posteriores haga extremadamente oneroso para el empresario mantener la garantía de estabilidad en el empleo⁹⁸; no, por consiguiente, si no ha acaecido un cambio radical y la crisis, así como su carácter estructural, resultaban notorias aun cuando se desconocieran las proporciones de su gravedad⁹⁹.

Juego limitadísimo de la excepción que, además, aparece ceñido a las obligaciones derivadas del contrato, quebrando “cuando existe una regla de origen legal que permite

⁹⁷ TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Empleo y negociación colectiva*, Madrid, La Ley, 2014, pp. 142 y 143.

⁹⁸ STS 17 julio 2014 (rec. 32/2014).

⁹⁹ SSTs 12 marzo 2013 (rec. 30/2012) y 18 marzo 2014 (rec. 25/2013).

modificar aquellos compromisos cuando concurren determinadas causas en determinadas circunstancias”¹⁰⁰.

Pese a los intentos por recuperar ocasionalmente esta perspectiva, utilizando, por ejemplo, la tesis de la “alteración de la base jurídica del negocio”¹⁰¹, lo cierto y verdad es que la variación unilateral por el empresario únicamente se sostendría en el supuesto de otorgar al acuerdo colectivo una naturaleza contractual; e incluso bajo tal consideración habría de sortear dos obstáculos importantes: de un lado –y de menor enjundia para los supuestos donde obra la bilateralidad del negocio jurídico– la doctrina de los actos propios; de otro –y fundamental–, la obligación de la empresa de acudir a la vía prevista en el art. 41 ET, sin ser de recibo, por contraria a derecho, la supresión o modificación por voluntad unilateral del empleador¹⁰².

4.- MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL SENO DEL ACUERDO DE UN DESPIDO COLECTIVO

Frente a la situación hasta el momento descrita –y “natural” en la secuencia defendida–, con medidas de flexibilidad interna que intentan proporcionar una solución a las necesidades empresariales sin obligación de tener recurrir al despido, y menos aún al colectivo, cabrá dar cuenta de la otra variante anunciada en la cual aquellas acompañan a las de extinción como parte de la misma solución.

La frecuencia con la que tal sucede invita a prestar atención, cuando menos, a la justificación de tal posibilidad y sus límites, la entidad de las adoptadas en el seno del conjunto de medidas sociales de acompañamiento, así como la vía procesal a seguir cuando la impugnación no afecte a la totalidad del acuerdo, sino únicamente a algunos aspectos relacionados con iniciativas de flexibilidad interna.

¹⁰⁰ STS 21 febrero 2014 (rec. 186/2013).

¹⁰¹ De ahí las vicisitudes del voto particular comentadas por ÁLVAREZ MONTERO, A.: “Garantías colectivas de empleo, flexibilidad interna y despido objetivo: ¿deberes de renegociación versus libertad de empresa?”, cit., p. 166.

¹⁰² GARCÍA PAREDES, M.L.: “La flexibilidad interna: problemas aplicativos”, *III Jornada Laboral ASNALA-FORELAB: Las Reformas Laborales 2012-2014; problemas aplicativos*, 2014, en <https://studylib.es/doc/7917848/la-flexibilidad-interna--problemas-aplicativos-1>.

4.1.- LA POSIBILIDAD DE ACORDAR MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL SENO DEL DESPIDO COLECTIVO Y SUS LÍMITES

Al analizar el contenido del art. 8.1 Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, algunos de sus más cualificados comentaristas hacían ver cómo, en la lista abierta que recoge, aparecen algunas de las medidas más importantes de flexibilidad interna (movilidad funcional, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales o inaplicación de condiciones previstas en convenio), aun cuando no lo hace ni la reducción de jornada ni la suspensión. Consideraban lógica tal omisión en la medida en la cual la suspensión parte de una situación coyuntural que no concurre en el ámbito del despido, definitiva por definición¹⁰³.

La experiencia precedente avalaba tal impresión, pues la exigencia de actualidad y realidad en la crisis, proveniente del antiguo canon hermenéutico de la Dirección General de Trabajo, había sido recibido como patrón por los órganos judiciales a falta de otra previsión legal clarificadora¹⁰⁴. No fue, sin embargo, ni la práctica seguida cuando mediaba acuerdo (con claridad desde la reforma de 2010), ni la tesis por la cual finalmente inclinó su parecer el Tribunal Supremo.

Así, en temprana aplicación de las reformas laborales con las cuales se abría la segunda década del siglo, vino a afirmar que las medidas alternativas pactadas durante la negociación de un despido colectivo, entre ellas las de flexibilidad interna, “constituyen no solo un contenido lícito, sino también conveniente del acuerdo en el periodo de consultas, ya que sería absurdo y perjudicial para la coherencia de los acuerdos que ante una misma situación de crisis se fragmentara la negociación de las medidas adecuadas para hacer frente a aquella”¹⁰⁵. La tesis aparece reiterada en otros dos pronunciamientos posteriores, el primero de los cuales insiste en que “la finalidad del periodo de consultas es la de buscar alternativas a los despidos, y una de ellas puede ser la novación que aquí se establece”¹⁰⁶; más contundente es aún el segundo, a cuyo tenor “resulta de elemental

¹⁰³ MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 135.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid, Trotta, 1993.

¹⁰⁵ STS 16 septiembre 2013 (rec. 45/2012).

¹⁰⁶ STS 19 marzo 2014 (rec. 226/2013). Implícita en SSTS 16 noviembre 2012 (rec. 236/2011) y 16 diciembre 2014 (rec. 263/2013) en el análisis de MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Aplicación judicial de los derechos de información y consulta en los procesos de reestructuración empresarial”, en ESCUDERO

racionalidad entender que quien tiene legitimación para negociar la extinción de la relación laboral, igualmente la tiene para pactar –en el curso de la negociación dirigida a reducir el alcance del despido colectivo– aspectos accesorios en las condiciones de la relación laboral de los trabajadores cuyo cese se logra evitar”¹⁰⁷.

La Audiencia Nacional, y en paralelo los Tribunales Superiores de Justicia¹⁰⁸, proporcionan continuidad al criterio, en particular al añadir como argumento el objetivo recogido en el art. 2.2 de la Directiva 1998/59 y concluir que “es parte del periodo de consultas el debate que pueda suscitarse sobre cada una de estas cuestiones, y ello podrá dar lugar, en su caso, a la adopción de medidas de flexibilidad interna que sustituyan o acompañen a la flexibilidad externa, puesto que, si no pudieran contemplarse en el proceso de despido colectivo, sería absurdo que el legislador las planteara al hilo del mismo”¹⁰⁹. Más aún, en la medida en la cual “este elenco normativo apuesta a favor del mantenimiento del empleo y para alcanzar este objetivo, lógico es que se genere la posibilidad de evitar o reducir los despidos implementando medidas alternativas de flexibilidad interna, lo que solo es viable si en un mismo contexto negocial todo ello puede llevarse a cabo, lo que supone que todo en conjunto sea debatido en un único periodo de consultas”¹¹⁰.

La cuestión parecía darse ya por superada en distintos pleitos en los cuales el debate nunca afectó a la acumulación de medidas de flexibilidad externa o interna, sino a la vía procesal para impugnar estas últimas¹¹¹, cuando vuelve a reaparecer al calor de un asunto donde consta un único procedimiento para llegar al acuerdo final en el cual figuran modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones y despidos colectivos. Abundando en su doctrina anterior (“no vulnera ningún precepto legal el hecho de que el pacto con el que se finaliza el periodo de consultas incluya la adopción

RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Las reestructuraciones empresariales: un análisis trasversal y aplicado*, Madrid, Cinca, 2015, pp. 336-337.

¹⁰⁷ STS 22 septiembre 2011 (rec. 305/2013).

¹⁰⁸ ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Valladolid, Lex Nova-Thomson, 2015, pp. 224-227.

¹⁰⁹ SAN 13 mayo 2013 (proc. 108/2013).

¹¹⁰ SAN 16 mayo 2014 (proc. 500/2013). Para un análisis en los Tribunales Superiores de Justicia de esta tesis en sus inicios, ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas procedimiento y control judicial*, cit., pp. 224-227.

¹¹¹ Así cuando en un mismo periodo de consultas se pactan la modificación sustancial de condiciones de trabajo y despidos colectivos [STS 27 enero 2015 (rec. 28/2014)] o estos y una suspensión temporal de contrato [STS 14 octubre 2015 (rec. 8/2015)].

de otro tipo de medidas distintas a la mera y simple extinción de contratos de trabajo”), añade cuatro consideraciones destinadas a afinar el criterio con matices de alto interés¹¹²:

- a) La lectura del art. 51.2 ET y del art. 8 RD 1483/2012 impone “a todas las partes el deber de implicarse en la búsqueda de soluciones para evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias, con la adopción de otras medidas que puedan ser adecuadas al efecto. Esto supone que cualquiera de ellas puede poner sobre la mesa durante la negociación todas aquellas posibles medidas que coadyuven a minorar las consecuencias del despido colectivo, con independencia de que la empresa las hubiere o no anunciado en la comunicación que debe dirigir a los representantes legales de los trabajadores para iniciar el periodo de consultas”.

Por tal motivo, no es necesario “que sean ya anunciadas por la empresa en la comunicación inicial de apertura del periodo de consultas, sino que pueden ser planteadas posteriormente durante la negociación como un mecanismo adecuado para cumplir con ese desiderátum que el legislador ha venido a instituir en el pilar esencial sobre el que debería descansar el periodo de consultas (...). Admitir lo contrario y aceptar que las modificaciones de condiciones de trabajo que puedan finalmente pactarse debieran estar ya anunciadas por la empresa en el escrito inicial de apertura del proceso negociador, iría contra la propia naturaleza y finalidad de ese proceso y supondría vaciar de contenido el periodo de consultas, cegando la posibilidad de que las partes abran otras vías de negociación para cerrar un acuerdo cuando la empresa no ha anunciado desde el principio la opción de hablar sobre ese tipo de propuestas”.

- b) La situación merece idéntica solución en los supuestos en los cuales el empresario anuncia, ya en la notificación a los representantes de las personas trabajadoras, su intención de llevar a cabo un despido y, al tiempo, alguna otra medida de flexibilidad interna. Ante tal eventualidad, la vía a seguir será también la expuesta, “sin que deban articularse para ello dos procesos de

¹¹² STS 17 mayo 2017 (rec. 221/2016). Con más detalle sobre su contenido, LLANO SÁNCHEZ, M.: “El expediente de regulación temporal de empleo en la doctrina del Tribunal Supremo”, cit., p. 1083 o VALLEJO DA COSTA, R., LAFUENTE PASTOR, V.P. y AYERRA DUESCA, N.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: avances y retrocesos”, en GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A.L. (Dirs.): *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2021, pp. 360 y 370.

negociación separados y diferentes, uno para el despido colectivo y otro para la suspensión de contratos. Bien al contrario, imponer esa exigencia sería un sinsentido que podría causar gravosas distorsiones en perjuicio de todas las partes, cuando la causa económica, técnica, organizativa o de producción que subyace bajo esa decisión empresarial es una y la misma, lo que aconseja y obliga a tratar conjuntamente todas estas posibles medidas en un solo proceso de consultas, para evitar una fragmentación inconexa del tratamiento de una misma problemática que es homogénea y exige una respuesta coordinada y global, tanto en la fase de negociación durante el periodo de consultas, como, aún más si cabe, en la respuesta que haya de darse a una eventual impugnación en un único procedimiento judicial”.

- c) A las anteriores valoraciones cabrá añadir, “y esto es lo verdaderamente relevante, que las garantías, exigencias y requisitos del proceso de negociación del despido colectivo que regula el art. 51 ET son muy similares, y en cualquier caso, superiores y más rigurosas, a las que requieren los periodos de consultas de los arts. 47 y 41 ET para la suspensión de contratos y modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que garantiza plenamente los derechos de los trabajadores sin menoscabo alguno de la finalidad que la ley otorga al periodo de consultas”.
- d) En fin, y afirmado todo lo cual, recuerda cómo, según ya había sostenido con anterioridad, “nada impide que la sentencia que deba resolver en un único proceso de despido colectivo, ofrezca una respuesta separada y diferente para cada una de estas medidas en el caso de que alguna de ellas resulte contraria a derecho”¹¹³.

Tan concluyente formulación no impidió que la cuestión volviera a aflorar en un momento posterior y sirviera al Tribunal Supremo para recordar su doctrina a través de las distintas ocasiones en las cuales había admitido la posibilidad de, en el seno de un despido colectivo, recoger otras medidas de reestructuración laboral. No solo es que este procedimiento ofrezca mayores garantías que el previsto para la movilidad geográfica, la modificación sustancial de condiciones o la reducción de jornada y la suspensión (con lo cual no cabrá compartir que su introducción “comporte, por ello, una minoración de derechos, una elusión de la regulación aplicable”), o que obren precedentes en la doctrina

¹¹³ STS 20 julio 2016 (rec. 323/2014).

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹⁴, sino que “ni vulnera la libertad sindical, ni ataca el derecho a la negociación colectiva, ni sobrepasa los límites del diseño legal de lo que sea el procedimiento de despido colectivo”.

Este pronunciamiento, sin embargo, tiene la virtud de mostrar algún límite significativo a la acumulación. Así ocurre en el caso concreto cuando la empresa, con sus actos previos (ofrecimiento de un número de puestos de trabajo susceptibles de ser ocupados por los potencialmente afectados por la extinción), demuestra que el despido estaba claramente sobredimensionado y el objetivo último del empleador era presionar para conseguir la modificación de las condiciones de trabajo del personal. Lo hace poniendo en la tesitura a las personas trabajadoras de, o adherirse a las nuevas cláusulas de movilidad y modificación propuestas, o aceptar como única alternativa la pérdida de los puestos de trabajo.

Esta oferta final de pactos individuales en masa, desde la perspectiva del conjunto, deja ver no solo que perfectamente hubiera podido haber una negociación *ex ante* al calor de los arts. 40 y 41 ET, a partir de la cual hubiera resultado innecesario el procedimiento de despido colectivo, sino que, una vez iniciado este, la negociación no fue desarrollada de buena fe, pues estaba orientada desde el principio a forzar la voluntad individual de los eventualmente implicados para que mostraran su adhesión a la propuesta final y unilateral del empleador.

En resumen, y conectando con aquel criterio de base a partir del cual lo recomendable de las medidas de flexibilidad no puede extenderse más allá de las finalidades legalmente asignadas a las consultas¹¹⁵, “el problema no es que se haya incorporado al procedimiento de despido colectivo la negociación, originaria o sobrevenida, de medidas flexibilizadoras de carácter no extintivo. Ni siquiera que, tras

¹¹⁴ Y se recuerda las SSTJUE 21 septiembre 2017, C-149 y 229/16, asuntos *Socha* y *Ciupa*, respectivamente. Una reflexión imprescindible al respecto en ALFONSO MELLADO, C.L.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y despido colectivo (A propósito de dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2017)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 37, 2018, pp. 71-79; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Modificaciones de las condiciones de trabajo y su incidencia en el cómputo de los umbrales del despido en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2018, BIB 2018/8355 o MONEREO PÉREZ, J.L.: “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (SSTJUE de 21 de septiembre de 2017, asuntos *Ciupa* y *Socha*)”, *La Ley*, núm. 54, 2017, p. 19.

¹¹⁵ STS 21 abril 2017 (rec. 149/2016) con comparativa significativa de su valor en SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M.: “La modificación de las condiciones de trabajo contractuales”, en SALA FRANCO, T. (Dir. y Coord.): *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Madrid, Francis y Taylor, 2018, p. 291.

fracasar el procedimiento negociador, se haya realizado una oferta de adscripción voluntaria a las mismas. El problema es que la empresa no ha negociado realmente durante el procedimiento previsto al efecto esas medidas, poniendo en conexión sus problemas organizativos o productivos con la entidad y tipología de las decisiones que pretendía implementar”¹¹⁶.

4.2.- EL PAPEL DE LAS DECISIONES DE FLEXIBILIDAD INTERNA EN EL SENO DE LAS MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO

Diseminados a lo largo del discurso precedente han quedado ejemplos de distintas muestras de flexibilidad interna incorporadas a los acuerdos alcanzados en el período de consultas de un despido colectivo, bien tomando de una en una cuantas enuncia el art. 8.1 RD 1483/2012, bien combinadas variablemente e, incluso, obrando la posibilidad de incorporar cualesquiera otras no previstas expresamente “con el único límite de que no constituyan en sí mismas una vulneración del derecho necesario”¹¹⁷.

Un mayor detalle sobre este conjunto multifuncional llevará a examinar el entronque con las iniciativas europeas sobre reestructuración empresarial, su mezcla con otras medidas “paliativas” o destinadas a atenuar las consecuencias de los despidos y, muy brevemente, su eventual operatividad ante condiciones más beneficiosas establecidas en contrato.

4.2.1.- Flexibilidad interna en consonancia con las medidas para anticipar y gestionar las reestructuraciones empresariales en la Unión Europea

De atender a algunos de los documentos más significativos de la primera década del siglo sobre la materia (COM/2005/0120 final, “Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo”, o COM/2009/257 final, “Un compromiso compartido en favor del empleo”) resulta patente que desde la Comisión Europea se han intensificado notablemente en los últimos años las iniciativas que, como constante a lo

¹¹⁶ STS 29 enero 2019 (rec. 168/2018). Un medido comentario en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Nulidad de despido colectivo por vulneración de la libertad sindical: ausencia de negociación real de medidas de flexibilidad interna y oferta individual en masa”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2019, p. 6 en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-L-2019-00000000365

¹¹⁷ DE LA VILLA GIL, L.E.: “El acuerdo de finalización del período de consultas. Naturaleza y contenido posible”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, pp. 446 y 447.

largo del tiempo, han pretendido poder anticipar las reestructuraciones empresariales, gestionar los momentos de incertidumbre y saber reaccionar con tiempo.

La anticipación estratégica y operativa del cambio figura así entre sus directrices fundamentales, al entender que constituye un requisito imprescindible a la hora de afrontar tales procesos de manera socialmente responsable, pues está en disposición de mitigar su impacto para las personas trabajadoras en la medida en la cual involucra a sus representantes en el consenso interno relativo a la necesidad de la reconversión y sus concretos márgenes.

A tal efecto, el itinerario propuesto es similar al aquí adoptado, pues parte siempre de estudiar todas las opciones posibles antes de plantear las extinciones contractuales y, en el otro extremo, llega hasta alcanzar a la organización y prestación de ayuda individual y personalizada a aquellos cuyo despido es inevitable, con la finalidad de aumentar sus posibilidades de reinserción ¹¹⁸.

De tales fuentes bebe el Libro Verde cuando se ocupa del problema y sus consecuencias sociales (COM/2010/2020), alimentando también la “planificación estratégica” con “participación continua de los representantes de los trabajadores” que recoge el Marco de calidad de la Unión Europea para la anticipación del cambio y la reestructuración (COM/2013/882 final)¹¹⁹, para acabar desembocando en la Directiva 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, donde aparecen como claves dos aspectos básicos:

- a) De un lado, “y en un intento de reforzar el apoyo a los trabajadores y sus representantes” la obligación que pesa sobre los Estados de velar porque se les permita “acceder a una información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana (considerando 23), así como de mantenerles informados de la decisión de recurrir a un marco de reestructuración (considerando 60), lo cual toma forma bajo los términos propuestos en los apartados 3 y 5 del art. 3 y 8 del art. 4.

¹¹⁸ Una visión ilustrativa de estos documentos en el contexto que interesa a este discurso en SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 189-191.

¹¹⁹ Su valoración en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S.: “El papel de la Unión Europea frente a las reestructuraciones empresariales”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Las reestructuraciones empresariales: un análisis trasversal y aplicado*, cit., pp. 88 y 89.

- b) De otro, el diálogo con los interesados tanto sobre el marco como sobre la elección de las medidas alternativas, debiendo existir, en todo caso, “una adecuada participación de los representantes de los trabajadores” (considerando 10), a cuyo fin obra la remisión a los derechos de consulta y participación previstos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y nacional y recogidos de manera explícita en el apartado 1 g) iii) del art. 8 y en el art. 13.1 b).

4.2.2.- Decisiones de flexibilidad interna en el seno de las medidas de acompañamiento

Aun cuando en teoría cabría un acuerdo en consultas en cuyo seno no se hubiera dado cabida a medida social alguna¹²⁰, sin perjuicio de tener que justificar de manera explícita tal decisión por aparecer configurado tal contenido como un mínimo de la negociación¹²¹, la práctica enseña que la generalidad de los pactos alcanzados recogen alguna, y muchos de ellos conjugan las de flexibilidad interna con otras apuntadas en el precepto, avaladas por una forma de proceder tradicional o de nueva creación por las partes en atención a las circunstancias presentes en el caso.

La lectura del art. 8 RD 1483/2012 permite variadísimas combinaciones cuando, en primer lugar, introduce, junto a las medidas de flexibilidad tradicionales, otras que contribuyan a evitar o reducir los despidos colectivos; en segundo término, a tales iniciativas “proactivas” acompaña la presencia de otras “paliativas” destinadas a atenuar las consecuencias para los afectados; por último, deja abierto (“se podrán considerar, entre otras” o “cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción”) el elenco de decisiones para que las partes puedan incorporar la variada gama de alternativas de una u otra naturaleza que a su interés convenga. Elenco extenso con el que la norma “invita” a las partes a negociar¹²², para dejar patente el momento y lugar de hacerlo, debiendo asumir que la falta de propuesta por cualquiera de los bancos servirá como vara para medir la buena fe en el proceso negocial¹²³.

¹²⁰ TERRADILLOS ORMAECHEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013, pp. 77 y 88.

¹²¹ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, cit., p. 192.

¹²² ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo (Evolución normativa y régimen jurídico)*, Granada, Comares, 2017, p. 97.

¹²³ SAN 13 mayo 2013 (proc. 89/2013).

En este sentido, y de fijar la atención en el apartado 1 del meritado art. 8 cabrá descubrir que, junto a las medidas de flexibilidad tradicionales, aparecen otras que las presuponen o acompañan. Así, de un lado, la recolocación interna dentro de la empresa o del grupo de empresas, con las variaciones funcionales y locativas que fueran oportunas¹²⁴ y pudiendo incluir como tales los compromisos de readmisión de la contratación temporal¹²⁵; de otro, las acciones de formación y reciclaje profesional, que la letra f) del precepto vincula a la continuidad del proyecto empresarial¹²⁶.

Por su parte, dentro de las iniciativas llamadas a atenuar los efectos sobre los afectados que podrán adoptarse conjuntamente con aquellas en exclusiva o acompañando a otras no mencionadas por el legislador, cobran singular relieve las relativas al reingreso preferente en las vacantes del servicio o similar grupo profesional acaecidas en la empresa dentro del plazo estipulado¹²⁷, incluyendo, como variante específica, la constitución de bolsas de empleo en favor de los afectados¹²⁸; la recolocación externa al margen del plan previsto en el art. 9.4 RD 1483/2012; las medidas de formación o reciclaje profesional destinadas a la mejora de la empleabilidad o la promoción del empleo por cuenta propia o en empresas de economía social, como vías que conjugan la empleabilidad con el emprendimiento¹²⁹; en fin, las medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica o de las diferencias salariales en un nuevo empleo u ocupación¹³⁰.

Como complemento habitual, pero sin que resulte extraño que constituya su único contenido, cabrá dar cuenta de un conjunto de decisiones que, sin aparecer en el elenco legal, suelen acompañar estos procesos. Entre ellas, las prejubilaciones y bajas incentivadas¹³¹, la prohibición de horas extraordinarias¹³², o la controvertida cuestión de la conversión de contratos a tiempo completo en contratos a tiempo parcial¹³³, finalmente

¹²⁴ SSTS 20 diciembre 2016 (rec. 128/2016), 18 mayo 2017 (rec. 71/2016) y 15 diciembre 2021 (rec. 196/2021).

¹²⁵ STS 17 mayo 2017 (rec. 221/2016).

¹²⁶ STS 23 noviembre 2016 (rec. 94/2016).

¹²⁷ SSTS 17 mayo 2017 (rec. 221/2016) o 10 septiembre 2020 (rec. 2018/2019).

¹²⁸ SSTS 31 marzo y 20 julio 2016 (recs. 272/2015 y 323/2014).

¹²⁹ STS 8 noviembre 2017 (rec. 134/2017).

¹³⁰ STS 12 septiembre 2016 (rec. 42/2015).

¹³¹ SSTS 10 marzo 2014 (rec. 226/2013) y 30 abril 2021 (rec. 479/2020) y LÓPEZ AHUMADA, O.E.: "Prejubilaciones y remodelación de empresa: efectos de un ajuste penalizado", en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Las reestructuraciones empresariales: análisis trasversal y aplicado*, cit., pp. 371 y ss.

¹³² SSTS 10 marzo y 22 septiembre 2014 (rec. 226 y 305/2013) o 20 octubre 2021 (rec. 72/2021).

¹³³ ABRIL LARRAÍNZA, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, cit., pp. 329 y ss.

avalada por el Tribunal Supremo¹³⁴, en particular cuando se trate de supuestos de adscripción estrictamente voluntaria¹³⁵. Entre todas ellas, sin embargo, destaca con luz propia la previsión de indemnizaciones adicionales a la legal.

En un pasado próximo contenido fundamental en cualquier expediente de regulación de empleo, no dejan de ser materia de recurrente actualidad, abierta a cuestiones jurídicas de tanto interés como el aval jurisdiccional a la renuncia a la indemnización a cambio de un compromiso de futura contratación¹³⁶, la posibilidad de fijar cuantías diferentes para los afectados si existen causas objetivas y razonables¹³⁷ o la posible compatibilidad de su abono con la recepción de ayudas públicas por la empresa¹³⁸.

El discurso siempre ha partido de la ubicación de las medidas dentro del acuerdo alcanzado en fase de consultas, aun cuando cabría plantear su adopción unilateral por el empresario al margen del mismo. Para salvar los obstáculos arriba reseñados relacionados con la trasgresión de la buena fe que cabe seguir de un comportamiento empresarial dirigido a privar de contenido a la negociación colectiva, al afectar a las competencias de los representantes, preciso será poner coto a tales “excesos”¹³⁹ y entender que será menester su ofrecimiento previo a la parte social bajo iguales términos; nunca mejorarlas ni introducir propuestas nuevas no planteadas a lo largo de las consultas. A la postre, la clave habrá de quedar establecida en que haya habido verdadera negociación también sobre este extremo¹⁴⁰.

4.2.3.- Medidas de flexibilidad interna adoptadas en el acuerdo alcanzado en consultas y condición más beneficiosa prevista en contrato

Saludada con calor por un sector de la doctrina¹⁴¹, poco después de la reforma de 2012 vio la luz una sentencia de la Audiencia Nacional en la cual el órgano jurisdiccional entendía que el legislador había regulado el despido colectivo confiando a sujetos

¹³⁴ SSTS 19 marzo y 22 septiembre 2014 (rec. 226 y 305/2013).

¹³⁵ STS 24 noviembre 2015 (rec. 154/2015).

¹³⁶ STS 22 septiembre 2014 (rec. 305/2013).

¹³⁷ STJUE 5 diciembre 2012, C-152/11, asunto *Odar*, STC 66/2015, de 13 de abril o SSTS 22 julio 2015 (rec. 2127, 2161 y 2358/2014).

¹³⁸ STJUE 15 octubre 2015, C-352 y 353/2014, asuntos acumulados *Iglesias Gutiérrez y Rión Bea*.

¹³⁹ GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, en *XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013, p. 126.

¹⁴⁰ GODINO REYES, M.: “El período de consultas: el valor de las propuestas de las partes durante el período de consultas y la eventual vinculación a los mismos por la decisión final en caso de finalización sin acuerdo”, en GODINO REYES, M. (Dir.): *Tratado de despido colectivo*, cit., pp. 365-368.

¹⁴¹ DURÁN LÓPEZ, F.: “Exigencias finales y procedimentales para los despidos colectivos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. Extra, 2014, p. 143.

colectivos la adopción de los mejores resultados para las personas trabajadoras, “desplazando a estos la decisión (...) [pues si] restamos armas a aquellos sobre la base de unos derechos individuales de los que los trabajadores también pueden disponer, blindaríamos artificialmente unos derechos que, por ello, devienen ineficaces”¹⁴².

La sentencia, anulada por el Tribunal Supremo por infracción del orden público procesal (sin entrar, por tanto, en cuestiones de fondo)¹⁴³, ha dejado en el aire la cuestión relativa a la disponibilidad de las condiciones más beneficiosas disfrutadas con origen en el contrato. Aunque el propio órgano encargado de crear jurisprudencia en alguna ocasión ha parecido inclinar su parecer hacia su carácter negocial –bien que *obiter dicta*–, al reconocer, por ejemplo, que las mejores medidas para las personas trabajadoras implican siempre un juego de alternativas “que individualmente consideradas pueden arrojar alguna deficiencia, pero que han de ser valoradas en su conjunto como solución al problema”¹⁴⁴, existen razones de peso para considerar que la gran flexibilidad a la hora de alcanzar un acuerdo colectivo en período de consultas no puede alterar aquel acervo convertido en patrimonio particular a través del contrato de trabajo, inmune siempre tanto a la voluntad unilateral de quien esté interesado en el caso concreto, como a la voluntad concorde de los sujetos colectivos¹⁴⁵.

4.3.- IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LAS MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INCLUIDAS EN EL ACUERDO CONTENIDO EN EL PERÍODO DE CONSULTAS DE UN DESPIDO COLECTIVO QUE INCLUYE MEDIDAS DE FLEXIBILIDAD INTERNA

El hecho de admitir que el acuerdo alcanzado durante el período de consultas de un despido colectivo puede contemplar distintas iniciativas de flexibilidad interna, ha suscitado la cuestión procesal derivada de determinar la vía procesal adecuada cuando no se impugnaban las extinciones, sino las otras medidas complementarias o alternativas incluidas en el pacto final.

Reconociendo que “el legislador procesal no ha contribuido en absoluto a enfocar los casos” como lo va a hacer Tribunal Supremo, el *leader case* al respecto traza las pautas

¹⁴² SAN 17 julio 2013 (proc. 146/2013).

¹⁴³ STS 27 enero 2015 (rec. 28/2014).

¹⁴⁴ STS 19 marzo 2014 (rec. 226/2013).

¹⁴⁵ DE LA VILLA GIL, L.E.: “El acuerdo de finalización del período de consultas. Naturaleza y contenido posible”, cit., pp. 447 y 448.

a observar ante tales supuestos de coexistencia en un mismo pacto de los dos tipos de medidas; no, por tanto, cuando el despido y las decisiones de flexibilidad interna hubieran sido tramitadas “en paralelo”¹⁴⁶. Señala, a tal efecto, en doctrina que ya antes había apuntado y a partir de entonces repetirá total o parcialmente como invocación casi ritual¹⁴⁷, tres aspectos de gran interés:

- a) Las alternativas para la tramitación son, básicamente, dos: o bien considerar que el ámbito de la impugnación colectiva de un despido colectivo comprende no solo la calificación de las extinciones contractuales, sino también la validez de las medidas y decisiones complementarias pero relevantes; o, por el contrario, remitir el análisis de la legalidad o ilegalidad de esas otras medidas a posibles procedimientos separados, incluido el proceso de conflicto colectivo.

La respuesta es contundente en favor de la primera de las alternativas, al sopesar cómo “esta segunda opción sustrae a la impugnación de los despidos colectivos una parte esencial de su contenido, como si fuese separable de la decisión extintiva en su conjunto (...). Cuando existe acuerdo en la fase de consultas surge una inescindible unidad entre la extinción colectiva y las medidas en que se basa, una completa vinculación a la totalidad del acuerdo. No es pensable que se resuelva de forma separada sobre un extremo que ha condicionado la concurrencia de voluntades y que el resto quede inamovible. Otro inconveniente de esta segunda vía es el riesgo de que exista una duplicidad de procedimientos en ámbito en el que el legislador ni siquiera ha querido que haya procesos de despido individuales, ya que quedan en suspenso, generando la inseguridad propia de los cuestionamientos paralelos de una misma medida empresarial. Además (...), las reglas sobre legitimación, los plazos, las peculiaridades de la demanda o de la prueba del art. 124 LRJS (modalidad de despido colectivo) quedarían desplazadas por otras (sea del proceso ordinario, sea de la modalidad de impugnación de convenios, sea de la modalidad de conflictos colectivos)”.

¹⁴⁶ STS 21 mayo 2015 (rec. 257/2014) y comentario de ABRIL LARRAÍN ZAR, M.P.: “Comentario al artículo 124”, en BARRIOS BAUDOR, G., Dir.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2020, p. 803 y nota 159.

¹⁴⁷ STS 27 enero 2015 (rec. 28/2014), luego confirmada, entre otras, por SSTs 22 abril y 29 septiembre 2015 (rec. 14/2014 y 75/2015), 20 julio 2016 (rec. 323/2014), 17 octubre 2018 (rec. 60/2018) o 29 enero 2019 (rec. 168/2018).

Riesgos teóricos que encuentran traducción en otros prácticos, pues además de poder dar lugar a pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes, desde el plano material cabría la posibilidad de apreciar la impugnación de las medidas de flexibilidad internas, y romper con ello el equilibrio del acuerdo final, al ver alterados sustancialmente los sacrificios que asumió cada colectivo cuando lo suscribió. Ha lugar, por tanto, a una inescindible unidad entre la extinción colectiva y las medidas que la acompañan¹⁴⁸.

- b) Afirmada la unidad de procedimiento, la sentencia llamada a crear jurisprudencia defiende que los aspectos esenciales del pacto alcanzado en el período de consultas del despido colectivo han de combatirse a través de la modalidad procesal contemplada en el art. 124 LRJS, no en vano “la íntima conexión de unas cuestiones con otras comporta la existencia de una conexidad objetiva en el objeto procesal”; carácter inseparable entre despido y aspectos esenciales del acuerdo¹⁴⁹ a partir del cual cabrá afirmar que “los arts. 51 ET y 124 LRJS son a estos fines complementarios entre sí a la hora de impugnar una extinción colectiva de contratos de trabajo que desemboca en acuerdo, conforme a lo previsto por el art. 51.2 ET y preceptos concordantes”. En este sentido, y como conclusión: por una parte, “la impugnación del acuerdo sobre despido colectivo no puede hacerse por aspectos parciales sin tomar en consideración el conjunto de las medidas y sus efectos sobre el empleo”; por otra, “en estos casos la modalidad del art. 124 debe considerarse excluyente y prioritaria”.
- c) Para completar la doctrina anterior, cabrá incorporar dos aclaraciones importantes, como la relativa a que el plazo de caducidad para la impugnación es de 20 días, aun cuando el *dies a quo* sea diferente según se haya alcanzado acuerdo (fecha del mismo) o no (fecha de notificación de la decisión empresarial)¹⁵⁰; o la que precisa, a partir de la doctrina del equilibrio interno del pacto, que este se puede mantener pese a la declaración de no conformidad con la norma que obre sobre alguna de sus medidas, pues “el análisis conjunto

¹⁴⁸ Sobre su sentido final, VALLEJO DACOSTA, R.; LAFUENTE PASTOR, V.P. y AYERRA DUESCA, N.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: avances y retrocesos”, cit., pp. 369 y 370.

¹⁴⁹ ABRIL LARRAÍNZA, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, cit., pp. 409-414.

¹⁵⁰ STS 29 enero 2019 (rec. 168/2018).

de todos los aspectos del acuerdo sobre el despido colectivo puede determinar que alguno de los examinados sea calificado como no ajustado a derecho, manteniendo el carácter justificado del propio despido y del resto de condiciones incluidas en el pacto”¹⁵¹.

¹⁵¹ STS 20 julio 2016 (rec. 323/2014).

CONCLUSIONES

A modo de asientos contables, la investigación realizada permite dejar noticia de las siguientes valoraciones finales:

PRIMERA: En el frontispicio de la Directiva 98/58/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, resalta con luz propia la preocupación por evitar que los procesos de reestructuración empresarial siembren de despidos el panorama socioeconómico de los Estados miembros. A tal fin establece la obligación de incorporar, como contenido necesario del periodo de consultas a celebrar entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras, la negociación de las medidas destinadas a evitar o reducir el número de despidos y/o la introducción de iniciativas de acompañamiento social ordenadas a atenuar las consecuencias de quienes ven extinguidos sus contratos.

Lejos de atender a tal requerimiento con la prontitud que cabía esperar, el legislador español siguió durante mucho tiempo apegado a la práctica de una intervención administrativa muy rígida y a una concepción parcelada de los institutos laborales, demorando sus deberes hasta las reformas acaecidas en 2010 y 2012.

Únicamente en ese momento, y a cuentagotas, se ha ido añadiendo a la gestión concertada de los despidos colectivos toda la riqueza de matices que permite el artículo 8 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. Haciendo, por ende, que una vez —y al fin— apartados de procesos diacrónicos en torno a una misma realidad, se aborde en unidad de acto la flexibilidad interna junto a la flexibilidad externa.

SEGUNDA: El espíritu de la reforma legal permite al jurista construir un discurso en defensa del escalonamiento de las diferentes medidas de novación o reestructuración proyectadas por el empresario, de manera que ante la concurrencia de una causa económica, técnica, organizativa o de producción, se habrá de optar, en primer lugar, por los ajustes menos gravosos para el empleo dados por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o la movilidad geográfica. De no ser suficientes, procedería recurrir a la reducción de jornada o a la suspensión de contratos (y ahora precisamente por este orden), así como a la inaplicación de convenios colectivos. En último término, y únicamente de no resultar suficiente ninguna de las variantes anteriores, cabrá el recurso a la extinción de contratos, otorgando prioridad a la desvinculación voluntaria frente a la forzosa y, dentro de esta, a los despidos objetivos frente a los colectivos, concebidos, a la

postre, como la *ultima ratio* (y no la primera opción, según venía ocurriendo hasta ahora) en cualquier proceso de ajuste empresarial.

Una lectura de este tenor enervaría el tan difundido control de oportunidad otorgado al empleador, capaz de investirlo del poder de separar lo temporal de lo definitivo y, a sus resultas, de poder elegir la vía modificativa, suspensiva o extintiva según su leal saber y entender. Bajo el nuevo espíritu de la norma, el principio de proporcionalidad, unido al juicio de razonabilidad, debe llevar a rectificar ese parecer convertido en jurisprudencia durante siete años, para proclamar la prioridad de la flexibilidad interna frente a la externa; más aún, haciendo hueco dentro de esta última a medidas de acompañamiento social que reduzcan las dimensiones y consecuencias habituales en un despido colectivo cuando responda a una verdadera crisis y no, en réplica lacerante, a la simple cobertura de prejubilaciones de las élites laborales.

TERCERA: El procedimiento de regulación temporal de empleo aparece elevado al altar de las soluciones menos traumáticas para atajar crisis futuras. Con una breve remodelación normativa, la flexibilidad interna resulta ser una de las cuatro piezas (junto a la remodelación de la contratación temporal, la reordenación de contrata y subcontratas, y ligeros retoques en la negociación colectiva) llamada a recomponer el maltrecho panorama de las relaciones laborales en medio de sucesivas crisis. Dotando de un doble perfil a la fuerza mayor (la “clásica” y la proveniente de un muy específico *factum principis*), reduciendo plazos y agilizando el procedimiento de reducción de jornada y suspensión de contratos, así como incorporando el denominado mecanismo RED de flexibilidad y estabilidad en el empleo, se aspira a construir un dique firme que ataje no solo los despidos de mayores dimensiones, sino la ingente cantidad de extinciones objetivas por goteo que en España llegan a alcanzar la suma de decenas de miles.

Pendiente ha quedado en la reforma una mayor atención a la delimitación de las causas previstas en el artículo 47 ET para justificar la reducción o la suspensión de la jornada laboral; persistiendo, por ende, su enumeración genérica y la utilización de conceptos jurídicos difusos, en muchas ocasiones de naturaleza puramente ejemplificativa y abierta. A sus resultas, no cabrá esperar una reducción apreciable en la excesiva litigiosidad existente hasta este momento; tampoco en el incierto panorama judicial a la hora de aquilatar aquel lábil referente.

Con todo, algunas de las previsiones incorporadas en el artículo 47 ET fuerzan a analizar dos nuevos caminos por los que transitar en el estudio de la flexibilidad interna: en primer término, la prioridad que otorga la ley a las medidas de reducción de jornada frente a aquellas de naturaleza suspensiva, tratando con ello, sin duda, de repartir los efectos de la crisis entre toda la plantilla de trabajadores, frente a la difícil tarea de elegir aquellos que van a verse privados durante algún tiempo de su ocupación; en segundo lugar, el valor de las medidas novatorias o de afectación temporal, convertidas *ministerio legis* en fórmulas alternativas y prioritarias a las decisiones que venían apostando por la resolución del contrato de trabajo.

CUARTA: Novedad trascendente en la última reforma es la proveniente de haber incorporado compromisos de empleo en los supuestos de reducción de jornada y suspensión de contratos. De esta manera, se vienen a establecer exoneraciones en las cotizaciones empresariales condicionadas al mantenimiento de la relación laboral de los trabajadores afectados al menos en los siguientes seis meses a la finalización de la medida, durante los cuales el titular de la unidad productiva no puede transitar desde un ERTE a un ERE si no quiere verse compelido a tener que devolver el importe de las cotizaciones (principal, recargo e intereses de demora correspondientes) de las cuales se ha visto beneficiado. La posibilidad también queda abierta a la negociación colectiva, donde el empresario puede asumir el compromiso de que, durante la vigencia del convenio, no utilizará los despidos por causas empresariales, ni siquiera al calor de una aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuya invocación queda neutralizada en el ordenamiento laboral por la pertinente aplicación de la modificación sustancial recogida en el artículo 41 ET.

El incentivo derivado de las medidas de Seguridad Social recogidas en la nueva disposición adicional 44ª TRLGSS para los compromisos autónomos del artículo 47 ET podría y debería extenderse a los acuerdos alcanzados en el seno de las consultas abiertas en aplicación de cuanto dispone el artículo 51 ET, no en vano en ambos procesos es posible apreciar la identidad de partes llamadas a negociar, el propósito análogo ofrecido a la interlocución y la eventual similitud en las consecuencias derivadas de aplicar lo acordado.

En atención a tales factores, sin duda, se ha habilitado un doble cauce: bien previo, bien en unidad de acto. En este último caso poniendo de relieve la legitimidad por cuatro razones fundamentales: cualquiera de las partes puede poner encima de la mesa durante

el íter negociador iniciativas destinadas a paliar las consecuencias del despido colectivo, con independencia de que hubieran sido o no incorporadas en la comunicación inicial dirigida por la empresa a la representación de las personas trabajadoras; la respuesta es la misma cuando el empleador las ha anunciado en la notificación que da inicio al periodo de consultas, transmitiendo su intención de realizar un despido que viene acompañando por alguna medida de flexibilidad interna; los derechos de los trabajadores no se ven minorados por este tratamiento conjunto, en tanto las garantías, exigencias y requisitos del proceso negociador son similares y, en ocasiones, más rigurosos en el artículo 51 ET si comparado con los previstos en los artículos 40, 41 y 47 ET; en fin, el órgano judicial llamado a resolver el despido puede ofrecer una respuesta separada y diferente para cada una de estas medidas en el caso de que alguna de ellas contravenga la ley.

QUINTA: La posibilidad de contenidos separables en el seno del acuerdo alcanzado en un despido colectivo plantea la cuestión procesal de enjundia relativa a la viabilidad de una impugnación judicial diferenciada de las medidas de flexibilidad interna a través de las modalidades previstas en el artículo 138 o en los artículos 153 y ss. LRJS.

La respuesta pasa, primero, por negarla sin margen alguno a cualquier variante posible, optando por la unidad de procedimiento, de manera que, en el seno de la impugnación del despido colectivo el juzgador pueda extender su función jurisdiccional también a las otras medidas que acompañan a las extintivas. Cabría defender, en tal sentido, la necesidad de tener una visión de conjunto, pues sin la misma no cabría entender las negociaciones y posibles acuerdos alcanzados en el periodo de consultas; más aún, de separar los procesos se perdería el horizonte de un análisis equilibrado respecto a las renuncias y contrapartidas que cada una de las partes pudieron sufrir u obtener durante la negociación.

En segundo término, y en lógica conexión con la conclusión precedente, la modalidad procesal más adecuada para juzgar estos litigios es la prevista en el artículo 124 LRJS. Nueva muestra de la naturaleza inseparable entre el despido y otros aspectos esenciales incorporados en el acuerdo, habida cuenta no resulta viable parcializar el conocimiento de la extinción colectiva, dejando para un proceso distinto e independiente las decisiones de flexibilidad interna y sus repercusiones en el empleo.

En fin, el Tribunal Supremo aclara que el plazo de caducidad para la impugnación es de veinte días; ahora bien, el comienzo del cómputo será diferente de existir o no

acuerdo entre las partes: en el primer caso, queda situado en la fecha del pacto; en el segundo, en la data de notificación de la decisión empresarial. Por otra parte, y en aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, la declaración de ilicitud de alguna de las medidas no contamina de manera automática al pacto en su totalidad, resultando factible mantener la naturaleza acorde a derecho de la extinción colectiva y el resto de las condiciones no afectadas por la contravención.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: BARRIOS BAUDOR, G., Dir.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2020.

AA.VV.: CARDONA RUBERT, M.B. y BARONI CECATO, M.A. (Coords.): *Ciudadanía y desarrollo*, Albacete, Bomarzo, 2013.

AA.VV.: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Las reestructuraciones empresariales: un análisis trasversal y aplicado*, Madrid, Cinca, 2015.

AA.VV.: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (Dir.): *Tratado de despido*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

AA.VV.: GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A.L. (Dirs.): *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2021.

AA.VV.: GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.

AA.VV.: GUTIÉRREZ VELASCO, I. (Dir.): *Balance crítico de la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

AA.VV.: RAMOS QUINTANA, M. y ROJAS RIVERO, G. (Coords.): *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo. Libro Homenaje al Profesor Manuel Álvarez de la Rosa, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2014.

AA.VV.: SALA FRANCO, T. (Dir. y Coord.): *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018.

AA.VV.: VILA TIERNO, F. (Dir.) y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (Coord.): *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Murcia, Laborum, 2020.

ABRIL LARRAÍNZA, M.P.: “Comentario al artículo 124”, en BARRIOS BAUDOR, G., Dir.: *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2020.

ALCÁZAR ORTIZ, S.: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*, Valladolid, Lex Nova-Thomson, 2015.

ALFONSO MELLADO, C.L.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo y despido colectivo (A propósito de dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de septiembre de 2017)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 37, 2018.

ÁLVAREZ MONTERO, A.: “Garantías colectivas de empleo, flexibilidad interna y despido objetivo: ¿deberes de renegociación versus libertad de empresa?”, *Revista de Trabajo y Seguridad social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 430, 2019.

BALLESTER PASTOR, M.A.: “Flexibilidad interna, flexibilidad externa, reformas y distorsiones en el mercado de trabajo español”, en CARDONA RUBERT, M.B. y BARONI CECATO, M.A. (Coords.): *Ciudadanía y desarrollo*, Albacete, Bomarzo, 2013.

BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I.: “Cláusula de empleo prevista en un acuerdo de empresa: un despido objetivo incumpléndola debe calificarse como improcedente”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (Blog), 18 noviembre 2018, en <https://ignasibeltran.com/2018/11/18/clausula-de-empleo-prevista-en-acuerdo-de-empresa-un-despido-objetivo-incumplendola-debe-calificarse-como-improcedente/>.

--- “Nueva reforma laboral 2021 (TRD Ley 32/2021): valoraciones críticas sobre el nuevo régimen jurídico de los ERTE (art. 47 ET) y ERTE Mecanismo RED (art. 47 bis ET)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (Blog), 3 enero 2022, en <https://ignasibeltran.com/2022/01/03/nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-valoraciones-criticas-sobre-el-nuevo-regimen-juridico-de-los-erte-ex-art-47-et-y-erte-mecanismo-red-art-47-bis-et/>.

BENSUSÁN, G.; EICHHORST, W. y RODRÍGUEZ, J. M.: *Las transformaciones tecnológicas y sus desafíos para el empleo, las relaciones laborales y la identificación de la demanda de cualificaciones*, Santiago, CEPAL, 2017.

BERNAL SANTAMARÍA, F.: “La controversia de las cláusulas de empleo ante la flexibilidad externa de las empresas”, *Temas Laborales*, núm. 147, 2019.

BLASCO PELLICER, A.: “Medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos tras la reforma: balance de situación”, en GUTIÉRREZ VELASCO, I. (Dir.): *Balance crítico de la reforma laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

CABEZA PEREIRO, J. *et alii*: “Comentario de jurisprudencia del Tribunal Supremo del cuarto trimestre de 2018”, *Revista de Derecho Social*, núm. 85, 2019.

---“ERTE y garantía de ocupación: incertidumbres y certezas”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 456, 2021.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El Derecho Social ante la crisis”, *Aranzadi Social*, Vol. 1, núm. 19, 2009.

--- “Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda de empleo en la legislación social anti-COVID”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 240, 2021

---“El refuerzo de los ERTE como garantía de estabilidad en el empleo en la nueva reforma laboral 2021”, *NET21*, núm. 8, 2022, en <https://www.net21.org/el-refuerzo-de-los-erte-como-garantia-de-estabilidad-del-empleo-en-la-nueva-reforma-laboral-2021>

CID BABARRO, C.: “Criterios sobre el despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a siete años vista de la reforma de 2012”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019.

COLLADO GARCÍA, L. y TRILLO PÁRRAGA, F.J.: *ERTEs por causas de fuerza mayor y ETOP*, Albacete, Bomarzo, 2020.

CORREA CARRASCO, M.: *Acuerdos de empresa (instrumentos de regulación flexible de las relaciones laborales)*, Madrid, Francis Lefebvre, 2012.

CRUZ VILLALÓN, J.: “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo”, *Revista de Economía Laboral*, Vol. 13, núm. 2, 2016.

---Una reforma estructural con futuro”, *El País*, 29 diciembre 2021, en <https://elpais.com/economia/2021-12-29/una-reforma-estructural-con-futuro.html>.

---“El sistema RED de regulación temporal de empleo”, *Briefs de la AEDTSS*, 20 enero 2022, en <https://www.aedtss.com/el-sistema-red/>.

DE LA VILLA GIL, L.E.: “El acuerdo de finalización del período de consultas. Naturaleza y contenido posible”, en GODINO REYES, M. (Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.

DURÁN LÓPEZ, F.: “Exigencias finales y procedimentales para los despidos colectivos”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*”, núm. Extra, 2014.

FAHLBECK, R.: “Flexibility: potentials and challenges for Labour Law”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 19, núm. 4, 1998.

FALGUERA BARÓ, M.A.: *Los ERTES en la legislación extraordinaria derivada de la crisis sanitaria*, Albacete, Bomarzo, 2020.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Expedientes de regulación de empleo*, Madrid, Trotta, 1993.

---“Despido colectivo”, en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (Dir.): *Tratado de despido*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018

GARCÍA MURCIA, J.: “Los acuerdos de empresa”, *Temas Laborales*, núm. 76, 2004.

GARCÍA PAREDES, M.L.: “La flexibilidad interna: problemas aplicativos”, *III Jornada Laboral ASNALA-FORELAB: Las Reformas Laborales 2012-2014; problemas aplicativos*, 2014, en <https://studylib.es/doc/7917848/la-flexibilidad-interna--problemas-aplicativos-1>.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Flexibilidad externa e interna en las últimas reformas laborales”, en RAMOS QUINTANA, M. y ROJAS RIVERO, G. (Coords.): *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo. Libro Homenaje al Profesor Manuel Álvarez de la Rosa, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2014.

GOERLICH PESET, J.M.: “Desarrollo y contenido de las consultas”, en *XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2013.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Modificaciones de las condiciones de trabajo y su incidencia en el cómputo de los umbrales del despido en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2018.

---*ERTES y la transición a los despidos por necesidades empresariales. Consecuencias ante la crisis de la COVID-19*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2020.

HERRAIZ MARTÍN, M.S.: “El reforzamiento de los mecanismos de flexibilidad interna a la luz de la última jurisprudencia”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2017.

LAHERA FORTEZA, J.: “Los ERTES en y tras la pandemia”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. Extra 3, 2021.

LLANO SÁNCHEZ, M.: “El expediente de regulación temporal de empleo en la doctrina del Tribunal Supremo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8, 2020.

LÓPEZ AHUMADA, O.E.: “Prejubilaciones y remodelación de empresa: efectos de un ajuste penalizado”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Las reestructuraciones empresariales: un análisis trasversal y aplicado*, Madrid, Cinca, 2015.

MARTÍN VALVERDE, A.: “Razonabilidad o proporcionalidad en el control judicial de la justificación del despido colectivo”, en GODINO REYES, M. (Dir): *Tratado de despido colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2016.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “El refuerzo de la flexibilidad interna y la formación a través de los ERTE clásicos u ordinarios”, *Briefs de la AEDTSS*, 19 enero 2022, en <https://www.aedtss.com/erte-flexibilidad/>.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Facultades extintivas del empresario en la era COVID*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

MERCADER UGINA, J.R.: “El RD 18/2020 y la ‘nueva’ concepción del compromiso de empleo: caminando entre tinieblas”, *Foro de Labos*, 28 mayo 2000 en <https://www.elforodelabos.es/el-rd-ley-18-2020-y-la-nueva-concepcion-del-compromiso-de-empleo-caminando-entre-tinieblas/>.

MERCADER UGUINA, J.R. y DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

---“La Reforma Laboral de 2021: elogio de la sensatez”, *El Foro de Labos*, 30 diciembre 2021, en <https://www.elforodelabos.es/la-reforma-laboral-de-2021-elogio-de-la-sensatez/>.

MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Aplicación judicial de los derechos de información y consulta en los procesos de reestructuración empresarial”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (Coord.): *Las reestructuraciones empresariales: un análisis trasversal y aplicado*, Madrid, Cinca, 2015.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

---“Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (SSTJUE de 21 de septiembre de 2017, asuntos *Ciupa y Socha*), *La Ley*, núm. 54, 2017.

---“El despido colectivo por causas productivas en un centro de trabajo de una empresa multi-centros: elementos configuradores y negociación colectiva gestional o participativa”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2021.

MONTOYA MEDINA, D.: “En torno a la cuestionada licitud del despido por causas empresariales acometido durante la vigencia de una regulación temporal de empleo”, *Información Laboral*, núm. 4, 2014.

MONTOYA MELGAR, A.: “Recensión a ‘Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido’, de Raquel Quintanilla Navarro”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 118, 2003.

ORTEGA LOZANO, P.G.: “El despido colectivo en el ordenamiento interno y comunitario. Interpretación valorativa y discrecional en el juicio de razonabilidad: los conceptos jurídicos indeterminados”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7, 2017.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *La negociación colectiva en la empresa*, Madrid, Lex Nova-Thomson, 2014.

QUINTANILLA NAVARRO. R.Y.: *Los acuerdos de empresa: naturaleza, función y contenido*, Madrid, Civitas, 2003.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “El despido colectivo frente a la flexibilidad interna”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017.

ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo (Evolución normativa y régimen jurídico)*, Granada, Comares, 2017.

RUEDA MONROY, J.A.: “La cláusula de salvaguardia del empleo”, en VILA TIERNO, F. (Dir.) y FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (Coord.): *La respuesta normativa a la crisis laboral por el COVID-19*, Murcia, Laborum, 2020.

SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J.M.: “La modificación de las condiciones de trabajo contractuales”, en SALA FRANCO, T. (Dir. y Coord.): *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2018.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. y FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C.: “Nulidad de despido colectivo por vulneración de la libertad sindical: ausencia de negociación real de medidas de flexibilidad interna y oferta individual en masa”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2019.

SERRANO OLIVARES, R.: *Los compromisos de empleo en la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: *Empleo y negociación colectiva*, Madrid, La Ley, 2014.

TERRADILLOS ORMAECHEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 64, 2013.

VALLEJO DA COSTA, R., LAFUENTE PASTOR, V.P. y AYERRA DUESCA, N.: “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: avances y retrocesos”, en GARCÍA BLASCO, J. y DE VAL TENA, A.L. (Dirs.): *Crisis económica y empleo: la experiencia judicial aplicativa de las últimas reformas laborales*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2021.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

STJUE 16 julio 2009, C-12/08, asunto *Mono Car Styling SA*.

STJUE 5 diciembre 2012, C-152/11, asunto *Odar*.

STJUE 15 octubre 2015, C-352 y 353/2014, asuntos acumulados *Iglesias Gutiérrez y Rión Bea*.

STJUE 21 septiembre 2017, C-149, asunto *Socha*.

STJUE 21 septiembre 2017, C-229/16, asunto *Ciupa*.

STC 192/2003, de 27 de octubre.

STC 8/2015, de 22 de enero.

STC 66/2015, de 13 de abril.

STS, Cont.-Admtivo., 16 diciembre 1999 (rec. 156/1994).

STS, Cont.-Admtivo., 16 julio 2001 (rec. 8783/1995).

STS 22 septiembre 2011 (rec. 305/2013).

STS 16 noviembre 2012 (rec. 236/2011).

STS 21 diciembre 2012 (rec. 199/2012)

STS 31 enero 2013 (rec. 709/2012).

STS 12 marzo 2013 (rec. 30/2012).

STS 22 julio 2013 (rec. 106/2012).

STS 16 septiembre 2013 (rec. 45/2012).

STS 30 octubre 2013 (rec. 47/2013).

STS 22 enero 2014 (recs. 89/2013).

STS 27 enero 2014 (rec. 100/2013).

STS 21 febrero 2014 (rec. 186/2013).

STS 10 marzo 2014 (rec. 226/2013).

STS 12 marzo 2014 (rec. 673/2013).

STS 18 marzo 2014 (rec. 25/2013).

STS 19 marzo 2014 (rec. 226/2013).

STS 15 abril 2014 (rec. 136/2013).

STS 16 abril 2014 (rec. 57/2013).

STS 2 junio 2014 ((rec. 2534/2013).

STS 25 junio 2014 (rec. 165/2013).

STS 17 julio 2014 (rec. 125/2013).

STS 17 julio 2014 (rec. 32/2014).

STS 18 julio 2014 (rec. 288/2013).

STS 22 septiembre 2014 (rec. 305/2013).

STS 24 septiembre 2014 (rec. 271/2013).

STS 24 noviembre 2015 (rec. 103/2015).

STS 16 diciembre 2014 (rec. 263/2013).

STS 27 enero 2015 (rec. 28/2014).

STS 28 enero 2015 (rec. 87/2014).

STS 23 febrero 2015 (rec. 1031/2014).

STS 25 febrero 2015 (rec. 74/2014).

STS 22 abril 2015 (rec. 14/2014).

STS 19 mayo 2015 (rec. 286/2014).

STS 21 mayo 2015 (rec. 257/2014).

STS 16 julio 2015 (rec. 180/2014).

STS 22 julio 2015 (rec. 130/2014).

STS 22 julio 2015 (rec. 2127/2014).

STS 22 julio 2015 (rec. 2161/2014).

STS 22 julio 2015 (rec. 2358/2014).

STS 16 septiembre 2015 (rec. 230/2014).

STS 29 septiembre 2015 (rec. 75/2015).

STS 14 octubre 2015 (rec. 8/2015).

STS 20 octubre 2015 (rec. 172/2014).

STS 18 noviembre 2015 (rec. 19/2015).

STS 24 noviembre 2015 (rec. 154/2015).

STS 24 noviembre 2015 (rec. 1681/2014).

STS 24 noviembre 2015 (rec. 86/2015).

STS 21 diciembre 2015 (rec. 69/2015).

STS 26 enero 2016 (rec. 114/2015).

STS 31 marzo 2016 (rec. 272/2015).

STS 20 abril 2016 (rec. 105/2015).

STS 12 mayo 2016 (rec. 3222/2014).

STS 1 junio 2016 (rec. 3338/2014).

STS 7 julio 2016 (rec. 3325/2015).

STS 20 julio 2016 (rec. 303/2014).

STS 20 julio 2016 (rec. 323/2014).

STS 12 septiembre 2016 (rec. 42/2015).

STS 10 noviembre 2016 (rec. 4074/2015).

STS 23 noviembre 2016 (rec. 94/2016).

STS 30 noviembre 2016 (rec. 868/2015).

STS 20 diciembre 2016 (rec. 128/2016).

STS 21 diciembre 2016 (rec. 131/2016).

STS 21 abril 2017 (recs. 258/2017).
STS 21 abril 2017 (rec. 149/2016).
STS 12 mayo 2017 (rec. 210/2015).
STS 17 mayo 2017 (rec. 221/2016).
STS 18 mayo 2017 (rec. 71/2016).
STS 21 junio 2017 (rec. 12/2017).
STS 12 julio 2017 (rec. 20/2017).
STS 20 julio 2017 (rec. 253/2015).
STS 28 julio 2017 (rec. 45/2017).
STS 8 noviembre 2017 (rec. 134/2017).
STS 20 diciembre 2017 (rec. 116/2017).
STS 25 enero 2018 (rec. 176/2017).
STS 22 febrero 2018 (rec. 192/2017).
STS 22 marzo 2018 (rec. 195/2017).
STS 10 julio 2018 (rec. 1332/2017).
STS 11 julio 2018 (rec. 467/2017).
STS 11 julio 2018 (rec. 81/2017).
STS 18 septiembre 2018 (rec. 3451/2016).
STS 18 septiembre 2018 (rec. 1731/2016).
STS 25 septiembre 2018 (rec. 43/2018).
STS 17 octubre 2018 (rec. 60/2018).
STS 23 octubre 2018 (rec. 2715/2016).
STS 29 enero 2019 (rec. 168/2018).
STS 14 enero 2020 (rec. 126/2019).

STS 22 junio 2020 (rec. 195/2019).

STS 10 septiembre 2020 (rec. 2018/2019).

STS 8 noviembre 2020 (rec. 143/2019).

STS 18 noviembre 2020 (rec. 143/2019).

STS 30 abril 2021 (rec. 479/2020).

STS 20 octubre 2021 (rec. 72/2021).

STS 20 octubre 2021 (rec. 121/2021).

STS 21 octubre 2021 (rec. 112/2021).

STS 15 diciembre 2021 (rec. 196/2020).

STS 16 diciembre 2021 (rec. 210/2021).

SAN 13 mayo 2013 (proc. 89/2013).

SAN 13 mayo 2013 (proc. 108/2013).

SAN 17 julio 2013 (proc. 146/2013).

SAN 21 abril 2014 (rec. 2715/2014).

SAN 16 mayo 2014 (proc. 500/2013).

SAN 11 febrero 2015 (proc. 252/2015).

SAN 23 septiembre 2016 (proc. 265/2013).