

CLAVES PRÁCTICAS LABORALES
Sagardoy
FRANCIS LEFEBVRE

**Expediente de Regulación
Temporal de Empleo**
Instrumento fundamental
en la crisis del **COVID-19**

Fecha de edición: 28 de mayo de 2020

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS LABORALES Sagardoy
es una obra editada por Francis Lefebvre
bajo la coordinación de **MARTÍN GODINO REYES**
*Socio Director de Sagardoy Abogados. Doctor en Derecho y Profesor del Máster
de Acceso a la Abogacía de la Universidad Carlos III*

MARÍA JESÚS HERRERA DUQUE
Socia de Sagardoy Abogados. Doctora en Derecho

JUAN MEDINA SERRAMITJANA
Socio de Sagardoy Abogados

JORGE TRAVESEDO DASÍ
*Socio de Sagardoy Abogados.
Inspector de Trabajo y Seguridad Social en excedencia*

RICARDO GARCÍA FERNÁNDEZ
Abogado de Sagardoy

ALBERTO GODINO DE FRUTOS
Abogado de Sagardoy

ERNESTO HERNÁN GARCÍA
Abogado de Sagardoy

IGNACIO MORENO LUCENILLA
Abogado de Sagardoy

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
Fax: 91 210 80 01
www.efl.es
Precio: 30,16 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-18190-31-5
Depósito legal: M-14656-2020
Impreso en España por Printing'94
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

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

Plan general

	<u>nº</u> <u>marginal</u>
Capítulo 1. Marco normativo general, antes del COVID-19, de los ERTE (por causa de fuerza mayor y por causas ETOP)	10
A. Concepto general de las suspensiones y reducciones de jornada por causas objetivas y fuerza mayor.....	10
B. Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas ETOP	15
C. Suspensión de contratos o reducción de jornada motivados por fuerza mayor	250
D. Ideas Clave	400
Capítulo 2. ERTE por causa de fuerza mayor en el contexto del COVID-19	500
A. Concepto de fuerza mayor en el contexto de la emergencia sanitaria derivada del COVID-19	510
B. Procedimiento para la tramitación	600
C. Medidas, duración, efectos y gestión del ERTE por causa de fuerza mayor	700
D. Cuestiones diversas.....	850
E. Ideas Clave	900
Capítulo 3. ERTE por causas ETOP en el contexto del COVID-19	1000
A. Introducción: justificación del RDL 8/2020 art.23	1010
B. Especialidades relativas a la concurrencia de causas objetivas en el contexto del COVID-19	1025
C. Especialidades relativas al procedimiento aplicable a los ERTE	1100
D. Ideas Clave	1300
Capítulo 4. Compromiso de mantenimiento de empleo y suspensión del cómputo de los contratos temporales	1500
A. Compromiso de mantenimiento de empleo.....	1510
B. Suspensión del cómputo de los contratos temporales.....	1700
C. Ideas Clave	1900

	nº marginal
Capítulo 5. Efectos del ERTE en materia de protección por el desempleo y cotización a la Seguridad Social en el contexto del COVID-19	2000
A. Consecuencias en materia de desempleo y cotización en los ERTE antes del COVID-19	2010
B. Prestación por desempleo derivada de los ERTE COVID-19	2150
C. Cotización a la Seguridad Social durante la vigencia del ERTE COVID-19	2380
D. Otras cuestiones	2440
E. Ideas Clave	2490
Capítulo 6. Actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Autoridad laboral y SEPE para la revisión de los ERTE derivados del COVID-19	2500
A. Nuevo marco normativo sancionador establecido por el RDL 9/2020 y el RDL 15/2020	2540
B. Cuestiones relativas a incumplimientos en los que se puede incurrir en la solicitud del ERTE por causa de fuerza mayor y régimen sancionador	2680
C. Incumplimiento de la obligación de mantenimiento del empleo y régimen sancionador asociado	2740
D. Posibles incumplimientos en los que se puede incurrir en la gestión del ERTE de fuerza mayor y régimen sancionador	2790
E. Ideas Clave	2830
Capítulo 7. Impugnación judicial de las resoluciones administrativas en los ERTE por fuerza mayor y de las decisiones empresariales en los ERTE por causas ETOP	3000
A. ERTE por fuerza mayor y por causas ETOP	3005
B. Procedimiento judicial de impugnación de los ERTE por fuerza mayor y fuerza mayor COVID	3045
C. Procedimiento judicial de impugnación de los ERTE por causas ETOP y ETOP COVID	3190
D. Procedimiento de oficio: el control de los acuerdos en materia de suspensión de contratos y reducción de jornada de carácter colectivo	3345
E. Ideas Clave	3410

	nº marginal
Capítulo 8. Cuestiones prácticas relativas a la gestión de los ERTE	3500
A. Afectación de las personas trabajadoras en los ERTE.....	3510
B. Relación con el SEPE en los supuestos de reducción de jornada	3660
C. Desafectación de las personas trabajadoras en los ERTE.....	3710
D. Transición del ERTE de fuerza mayor al ERTE por causas ETOP	3830
E. Otras cuestiones prácticas originadas con la normativa «COVID»: del RDL 8/2020 al RDL 18/2020.....	3900
F. Ideas Clave	3950
	<u>Página</u>
Tabla Alfabética	193

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
art.	artículo/s
CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
CCAA	Comunidades Autónomas
Const	Constitución Española
DGTr	Dirección General de Trabajo
disp.adic.	disposición adicional
disp.final	disposición final
disp.trans.	disposición transitoria
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
ERTE	Expediente de Regulación Temporal de Empleo
ET	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015)
ETOP	Económicas, técnicas, organizativas o de producción
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
L	Ley
LGSS	Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 8/2015)
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (L 35/2006)
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg 5/2000)
LO	Ley Orgánica
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985)
LPAC	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (L 39/2015)
LRJS	Ley reguladora de la Jurisdicción Social (L 36/2011)
NIE	Número de Identificación de Extranjero
NIF	Número de Identificación Fiscal
OM	Orden Ministerial
p.e.	por ejemplo
Proc	procedimiento
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Rec	Recurso
Resol	Resolución
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal (antes INEM)
TCo	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

Capítulo 1. Marco normativo general, antes del COVID-19, de los ERTE (por causa de fuerza mayor y por causas ETOP)

A. Concepto general de las suspensiones y reducciones de jornada por causas objetivas y fuerza mayor.....	10	10
B. Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas ETOP.....	15	
1. Conceptos y tipos de causas objetivas	25	
2. Procedimiento para la suspensión de contratos de trabajo o reducción de jornada.....	50	
3. Efectos en el contrato de trabajo	170	
C. Suspensión de contratos o reducción de jornada motivados por fuerza mayor	250	
1. Elementos definidores de la fuerza mayor	255	
2. Procedimiento	270	
3. Efectos en el contrato de trabajo	300	
D. Ideas Clave.....	400	

A. Concepto general de las suspensiones y reducciones de jornada por causas objetivas y fuerza mayor

La suspensión del contrato de trabajo, así como la reducción de jornada provocada por causas ajenas a la voluntad del empresario forman parte de las medidas de **flexibilidad** interna de la empresa que el legislador reconoce a ésta como parte de su poder de dirección y organización que, con carácter general, se encuentran reconocidos en el ET (art.20).

La movilidad geográfica, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo son, entre otras, expresiones de dicha flexibilidad interna, si bien únicamente nos centraremos en la suspensión del contrato de trabajo y la reducción de jornada en la medida en que, debido a su menor impacto en la destrucción de empleo, ambas medidas se consideran las más típicas **alternativas al despido** colectivo en los momentos de crisis empresarial y, asimismo, han sido igualmente, sin lugar a dudas, las medidas más frecuentemente adoptadas con carácter general como consecuencia del impacto negativo provocado por el COVID-19.

Con fecha 7-7-2012 se publica en el BOE la **L 3/2012**, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo con entrada en vigor el 8 de julio.

En lo que aquí nos interesa, la L 3/2012 reformó el art.47 del ET, precepto estatutario que junto con el RD 1483/2012, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, constituyen las principales referencias normativas en esta materia.

Los cambios más significativos operados por dicha reforma fueron la supresión de la **autorización administrativa** –salvo para las suspensiones provocadas por fuerza mayor–, la definición de las causas objetivas y la asunción, en caso de no alcanzarse un acuerdo durante el periodo de consultas, por parte del empresario

de la decisión y alcance de la suspensión de contratos de trabajo y reducción de jornada sin perjuicio, naturalmente, de la ulterior impugnación judicial por las partes legitimadas para ello.

Como veremos seguidamente, tanto la reducción de jornada como la suspensión del contrato de trabajo se presentan como **medidas temporales** que alteran condiciones específicas del contrato de trabajo como consecuencia de un contexto coyuntural que justifica la adopción de estos cambios relevantes en el contrato de trabajo con las diferencias y especificidades que se exponen en los apartados siguientes y que, para su adopción, requieren seguir el procedimiento correspondiente atendiendo a la causa justificativa.

B. Suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada por causas ETOP

20	1. Conceptos y tipos de causas objetivas.....	25
	2. Procedimiento para la suspensión de contratos de trabajo o reducción de jornada.....	50
	a. Competencia de la Autoridad laboral.....	55
	b. Constitución de la mesa negociadora y comunicación previa de la empresa de su intención de iniciar un procedimiento con arreglo al ET art.47.....	60
	c. Aportación de documentación y periodo de consultas.....	100

I. Conceptos y tipos de causas objetivas

25 A continuación se exponen los conceptos de suspensión del contrato de trabajo y reducción de jornada, así como la tipología de las causas objetivas que pueden justificar estas medidas.

30 **Concepto de la suspensión del contrato de trabajo** (ET art.47.1) La suspensión del contrato de trabajo tal y como se encuentra configurada a partir del ET art.47.1, supone la existencia de una **coyuntura objetiva** que proyectada sobre el contrato de trabajo admite, con arreglo al procedimiento legalmente previsto, la no prestación de servicios de forma temporal por parte del trabajador o trabajadores afectados y de forma correlativa la desaparición temporal de la obligación de la empresa del pago del salario.

Por tanto, de la anterior definición se extraen los siguientes **elementos**:

a) El contrato de trabajo permanece en vigor sin perjuicio de que las partes queden liberadas de las indicadas obligaciones recíprocas que, principalmente, informan el contrato de trabajo.

b) El legislador concibe dicha figura de forma causal, es decir, **motivada en reales y concretas causas económicas, organizativas, técnicas y de producción y sometida obligatoriamente al seguimiento de un **procedimiento** esencialmente regulado en el RD 1483/2012.**

c) El ET art.47.1 párrafo cuarto concibe la suspensión de contratos de trabajo al margen de cualquier **umbral numérico al establecer «El procedimiento que será aplicable, cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados por la suspensión...».**

d) La medida de suspensión del contrato de trabajo es siempre temporal: 32

– El RD 1483/2012 art.16.3 se dedica a este aspecto y bajo la premisa lógica de conectar la duración a las causas objetivas que motivan el expediente suspensivo, indica: «El alcance y duración de las medidas de suspensión de los contratos o de reducción de jornada se adecuarán a **la situación coyuntural que se pretende superar**».

– Por otro lado, la suspensión del contrato de trabajo en lo que se refiere a la prestación del servicio o de la actividad que concierne al trabajador, debe llevarse a cabo conforme al RD 1483/2012 art.16.1 que exige que el cese de actividad «afecte a días completos, continuados o alternos, durante **al menos una jornada ordinaria de trabajo**».

Con el fin de completar el concepto esencial y contomo del carácter temporal y coyuntural de este tipo de medidas, la sentencia del TSJ Galicia social 20-11-19, EDJ 8011 nos enseña que es posible la **contratación temporal** durante la aplicación de una medida suspensiva «porque la contratación se hace para los servicios de televenta, que no eran los que hacían los trabajadores afectados» por el expediente suspensivo, al tiempo que el Tribunal Supremo (TS social 14-2-19, EDJ 519380) considera que «resulta contrario a la letra y al espíritu del artículo 47 ET mantener a los trabajadores en estado de suspensión y, al mismo tiempo, autorizar en el acuerdo, de manera genérica e indeterminada, la posibilidad de la empresa de recurrir a la contratación temporal».

Concepto de la reducción de jornada (RD 1483/2012 art.16.2) El RD 1483/2012 la define como la disminución temporal de **entre un 10% y un 70%** de la jornada de trabajo computada sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual. 35

Durante el periodo de reducción de jornada no pueden realizarse **horas extraordinarias** salvo fuerza mayor siendo, en lo demás, predicable lo indicado anteriormente para la suspensión contratos.

Tipos de causas objetivas (ET art.47.1) En el ET art.47.1 se distingue entre causas: 40

- económicas; y
- técnicas, productivas y organizativas.

PRECISIONES La regulación del ET art.47 se asimila en gran medida a la que dedica el ET art.51 a la hora de fijar las causas objetivas del **despido colectivo**. No obstante, existen lógicas diferencias entre los supuestos y efectos de ambos preceptos, ninguno de los cuales contiene remisión alguna al otro como ocurriera con anterioridad a la L 3/2012. La **diferencia** más evidente es la referencia a la disminución persistente durante dos trimestres consecutivos que contiene el ET art.47, en contraste al ET art.51 que fija dicha referencia en tres trimestres para las causas económicas. Sin embargo, aunque no sea tan patente en el tenor literal del ET art.47, en modo alguno puede olvidarse que la suspensión de contratos de trabajo debe venir siempre motivada por unas causas coyunturales cuya temporalidad explique de forma proporcional la duración de la medida suspensiva como se ha indicado anteriormente con base en el RD 1483/2012 art.16.

Causas económicas (ET art.47.1) Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprende una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de **pérdidas** actuales o previstas, o la **disminución** persistente de su nivel de **ingresos ordinarios o ventas**. 42

En todo caso, se entiende que la disminución es **persistente** si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

- 45 Causas técnicas, productivas y organizativas** (ET art.47.1) Se entiende que concurren causas técnicas cuando se producen **cambios**, entre otros, en el ámbito de los medios o **instrumentos de producción**; causas organizativas cuando se producen cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de **organizar la producción**; y causas productivas cuando se producen cambios, entre otros, en la **demand**a de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

2. Procedimiento para la suspensión de contratos de trabajo o reducción de jornada

- 50** El Capítulo II del Título I del RD 1483/2012 dedicado a la suspensión de contratos y reducción de jornada, regula el procedimiento aplicable en ambos casos (RD 1483/2012 art.16) y ello con independencia del número de trabajadores afectados.

a. Competencia de la Autoridad laboral

(RD 1483/2012 art.19.5 y 25.3)

- 55** Se atribuye la competencia a la Autoridad laboral de la **Comunidad Autónoma** correspondiente si el procedimiento afecta a trabajadores que desarrollan su actividad o se encuentran adscritos a centros de trabajo situados en el territorio de dos o más CCAA, pero el 85%, como mínimo, de plantilla de la empresa radica en el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma y existen trabajadores afectados en la misma.

En otro caso, se entiende que la competencia corresponde al **Estado**.

La Sala de lo social del Tribunal Supremo aborda la cuestión relativa a los efectos que deben desplegarse en caso de que el expediente administrativo sea tramitado por un **órgano no competente** para ello (TS social 16-6-15, EDJ 144601). Esta sentencia, dictada en resolución de un despido colectivo, si bien igualmente extrapolable a los casos de suspensión de contratos de trabajo debido a que interpreta una disposición común a ambos tipos de procedimientos, considera que ello no constituye causa de nulidad al tratarse «de una simple **irregularidad administrativa** que debió subsanarse de oficio por la Autoridad Laboral. Lo cierto es que como ya se anticipaba la intervención administrativa no constituye un presupuesto de decisión, como lo fue al amparo de la legislación anterior, haciendo depender de aquella la validez de actos ulteriores. En la actualidad sus funciones lo son de tutela del procedimiento, a través de la Inspección de Trabajo, que se limita a informar pero no a resolver o a imponer y por último una función de control de la existencia de expedientes y su culminación que precisamente en este caso vienen atribuidos la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.»

Finalmente, la Autoridad laboral que carezca de competencia debe dar **traslado** de la misma a la Autoridad laboral que resulta competente, dando conocimiento de ello simultáneamente al empresario y a los representantes de los trabajadores (RD 1483/2012 art.19.5).

b. Constitución de la mesa negociadora y comunicación previa de la empresa de su intención de iniciar un procedimiento con arreglo al ET art.47

La constitución de la mesa negociadora debe producirse antes de la comunicación de inicio del periodo de consultas. A tal efecto, es la **empresa** la que debe comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento (ET art.47).

60

A partir de dicha **comunicación**, la constitución de la comisión representativa será de 7 días, salvo que alguno de los centros afectados carezca de representantes de los trabajadores en cuyo caso el plazo se eleva a 15 días.

Las normas para la determinación de los **integrantes** de la representación de los trabajadores varían en función de la afectación del expediente suspensivo o de reducción de jornada en virtud de la remisión al ET art.41.4 contenida en el ET art.47, así como en el RD 1483/2012 art.26.

En todo caso debe existir una única comisión negociadora que estará integrada por un **máximo de trece** miembros en representación de cada una de las partes.

Reglas para la composición de la representación social En todos los supuestos, el número de representantes no podrá ser superior a trece; de ser superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

65

La regla general y prioritaria es la intervención de las **secciones sindicales** cuando éstas así lo acuerden, «siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados.»

En defecto de anterior, se ha de distinguir entre diversos supuestos:

- si el único centro afectado cuenta con representación de los trabajadores;
- si el único centro afectado carece de representación; y
- si hay varios centros de trabajo.

Único centro de trabajo con representación de trabajadores Si el único centro afectado cuenta con representación de los trabajadores es dicha representación la que asume la interlocución.

67

Único centro afectado que carece de representación Si el único centro afectado carece de representación, los trabajadores pueden formar una **comisión de tres miembros** integrada por trabajadores de la empresa elegidos por éstos democráticamente u optar que dicha comisión de tres miembros se designe por los sindicatos más representativos y representativos del sector de la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la empresa.

70

En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario puede atribuir su representación a las **organizaciones empresariales** en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

75 Varios centros de trabajo Si hay varios centros de trabajo afectados, los interlocutores serán

a) De existir, el **comité intercentros**, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación.

b) En defecto del comité intercentros, una **comisión** que debe formarse conforme a las siguientes **reglas**:

1.^a Si **todos los centros** de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con **representantes legales** de los trabajadores, la comisión estará integrada por ellos.

2.^a Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los **centros que cuenten** con dichos representantes.

Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión indicada en el n.º 70, en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho apartado, en proporción al número de trabajadores que representen.

77 En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión indicada en el n.º 70, se asigna su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen.

Lo anterior da lugar a las denominadas **comisiones híbridas** que son aceptadas en sede judicial siempre que se ajusten proporcionalmente al principio de correspondencia, es decir, garantizando la representación de todos los trabajadores afectados y sin injerencias de la empresa en la composición de la comisión (por todas, TS social 14-10-15, EDJ 230712).

3.^a Si **ninguno de los centros de trabajo** afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el n.º 70 en proporción al número de trabajadores que representen.

80 Corresponde a la parte social la obligación de constituir su comisión representativa Es importante destacar que la norma, si bien confiere a la empresa la obligación de comunicar fehacientemente a los trabajadores o a sus representantes la intención de iniciar el periodo de consultas, son éstos quienes deban constituir debidamente la comisión representativa de los trabajadores afectados. Es decir, la obligación que la **empresa** debe cumplir adecuadamente es la referida **comunicación** de la intención de iniciar un procedimiento suspensivo y/o de reducción de jornada.

Prueba de lo anterior es que si finaliza el **plazo** máximo (de 7 días o, en su caso, de 15 días) establecido para la constitución de la comisión representativa, la empresa puede comunicar el inicio del periodo de consultas a la Autoridad laboral y a los representantes de los trabajadores, sin que la falta de constitución de la comisión representativa impida el desarrollo del periodo de consultas ni su composición tardía implique un aumento de la duración del **periodo de consultas**.

Igualmente, la **jurisprudencia** corrobora esa idea en la medida en que el Tribunal Supremo (TS social 1-4-14, EDJ 117657) concluyó que la empresa había cumplido dicha obligación y, por ende, ello no comportaba ningún efecto en la medida. Entre otras, cabe acudir igualmente a la sentencia del Tribunal Supremo (TS social 23-3-15, EDJ 72676) que califica como **defecto puramente formal** e intrascendente que la comunicación inicial de la empresa no expresara las posibilidades de elección de representantes a los trabajadores.

En el sentido indicado, y a *sensu contrario*, la Audiencia Nacional (AN social 13-6-14, EDJ 92427) declaró la **nulidad** de la medida suspensiva al haberse omitido por el empresario la comunicación de inicio a los centros sin representación.

Efectos de una eventual composición inadecuada de la comisión representativa 90 El desarrollo de un periodo de consultas con una comisión representativa que posteriormente pueda rebelarse como defectuosa **no** conlleva de forma automática la declaración de **nulidad del procedimiento**.

Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo (TS social 20-7-16, EDJ 110881) que nos enseña que: «La configuración de la comisión negociadora de los trabajadores corresponde exclusivamente a los trabajadores, sin injerencias empresariales. Por tanto, la defectuosa o indebida conformación de la misma, con carácter general y a salvo de supuestos muy evidentes de los que pudiera aprovecharse la contraparte, no puede producir la nulidad de la medida por inexistencia del período de consultas. No sería admisible en este caso trasladar las consecuencias al empresario de una hipotética incorrecta decisión relativa a la configuración de la comisión negociadora y con ello pretender que todo el proceso quede por esta razón anulado, máxime cuando –como aprecia con acierto la sentencia recurrida– las posibles dificultades para constituir la comisión bien pudieron solventarse asumiéndola directamente los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito de su conformación; y teniendo en cuenta, añadimos nosotros, que la composición de la comisión no fue objeto de crítica u objeción alguna por parte de ningún sindicato o representante legal hasta el acuerdo de consultas.»

La práctica también ha revelado otro efecto importante en lo atinente a la adecuada composición de la comisión representativa cuando un periodo de consultas transcurre y concluye con **acuerdo** y, sin embargo, la comisión representativa no se ajusta a los parámetros del ET art.41.4. En estos casos parece clara la doctrina jurisprudencial en cuya virtud el resultado podría ser la nulidad del acuerdo al haberse celebrado y firmado por una parte **carente de representación**, pero no así de la decisión empresarial. 92

En este sentido, con respecto a un procedimiento de **despido colectivo**, la Audiencia Nacional (AN social 22-10-14, EDJ 181025), se ha pronunciado señalando que:

«De este modo, alcanzado acuerdo en el periodo consultivo, el empresario adquiere el compromiso de que la decisión que adopte se corresponda con lo negociado con la representación de los trabajadores. De no actuar así estaría incumpliendo en fraude de ley dando lugar a una decisión nula por esta causa (TS social 17-2-2014, EDJ 48254). Por otra parte es cierto que, si se alcanza acuerdo, éste puede tener contenidos muy diversos, que traten contenidos propios de la negociación colectiva laboral más allá del estricto despido colectivo objeto de las consultas. La legalidad de esos pactos, es cierto, pueden verse afectados por los

defectos en la constitución de la comisión negociadora, con criterios análogos a los aplicables a cualquier otro proceso de negociación colectiva. Pero la decisión empresarial de despido colectivo no está condicionada a la existencia de pacto, sino solamente a la existencia de negociación, por lo que la eventual nulidad del pacto no determina automáticamente la nulidad de la decisión de despido colectivo en todos los casos. Cuestión distinta es que se ejercitasen pretensiones de nulidad de lo pactado, pero en el caso que nos ocupa lo pedido por los demandantes es la nulidad del despido, no de un inexistente pacto. Esa nulidad pretendida del despido habría de derivar del incumplimiento de las obligaciones empresariales de negociación previa en el periodo de consultas».

95 Principio de correspondencia El principio de correspondencia tiende a garantizar que los miembros de la comisión representativa ostenten de forma adecuada, democrática y proporcionada el mandato representativo con respecto a los trabajadores representados, pero sin que los efectos de una indebida composición de la misma sean, en principio, extensibles al **empresario**.

Por esa razón, la Audiencia Nacional (AN 26-4-13 confirmada por TS social 15-9-14, EDJ 246767) concluye que resultan admisibles las **comisiones híbridas** compuestas por representantes unitarios **y comisiones ad hoc** «siempre que dicha composición se hubiera pactado y se asegurara la ponderación de voto, porque la acumulación de representatividades no perjudica el resultado democrático» mientras que con respecto a aquellas comisiones híbridas compuestas por secciones sindicales mayoritarias y representantes unitarios o comisiones ad hoc en principio se consideran defectuosas «puesto que las secciones sindicales mayoritarias, como anticipamos más arriba, representan a la totalidad de los trabajadores de la empresa, fuere cual fuere su implantación en cada uno de los centros de la misma, lo cual impide necesariamente, que compartan esa representación general con representatividades particulares de cada centro de trabajo y hace imposible definir criterios de ponderación de votos para identificar las mayorías exigidas por el art.28 RD 1483/2012».

Dicho principio inspira la sentencia del TS social 23-3-15, EDJ 72676 que incluso admite, en el caso concreto analizado de una **pequeña empresa** que ocupaba a 17 trabajadores sin representantes legales ni sindicales, que éstos asumieran la posición de interlocutores durante el periodo de consultas en lugar de haber elegido la comisión de 3 representantes que en ese caso ordena la ley.

c. Aportación de documentación y periodo de consultas

(RD 1483/2012 art.17 s.)

100 Se examina, a continuación:

- el contenido del escrito de inicio del procedimiento de suspensión; y
- el régimen aplicable al periodo de consultas.

105 Escrito de inicio a la representación de los trabajadores y a la Autoridad laboral (RD 1483/2012 art.17) Tras la comunicación de la intención empresarial a los trabajadores o a sus representantes de iniciar el procedimiento, éste se inicia mediante escrito dirigido a la representación legal de los trabajadores y, simultáneamente, a la Autoridad laboral.

El **contenido** del escrito debe incluir:

- La especificación de las **causas** que motivan la suspensión de contratos o la reducción de jornada.

- **Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados** por las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada. Cuando el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, esta información debe estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.

- **Número y clasificación profesional de los trabajadores empleados habitualmente en el último año.** Cuando el procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada afecte a más de un centro de trabajo, esta información debe estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, provincia y comunidad autónoma.

- **Concreción y detalle de las medidas** de suspensión de contratos o reducción de jornada. **107**

- **Criterios** tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por las medidas de suspensión de contratos o reducción de jornada.

PRECISIONES **1)** El Tribunal Supremo (TS social 16-9-15, EDJ 230718) aborda el cumplimiento de determinación de los **criterios de selección** del personal afectado por la decisión de suspensión de contratos y de reducción de jornada y concluye que «La circunstancia de que los criterios de designación de los trabajadores afectados no se especificaran en la comunicación inicial de la apertura del periodo de consultas como exige expresamente el art.17.2.e) del Real Decreto 1483/2012 aunque si en la Memoria también exigible y que fue entregada conjuntamente con dicha inicial comunicación no es un defecto del que quepa derivar la nulidad del procedimiento de suspensión o reducción de jornada.» Para ello se apoya en la ilustrativa sentencia TS social 18-7-14, EDJ 187205) dictada en Pleno que, aunque referida a los despidos colectivos, presenta identidad de razón con la suspensión o reducción de jornada siendo aplicable por analogía.

Con arreglo a la doctrina contenida en estas sentencias del Alto Tribunal, la determinación de los criterios de designación debe valorarse atendiendo a los **concretos hechos del caso**, siendo criterios considerados en precedentes anteriores que no es causa de nulidad la alegada falta de concreción de los criterios de selección cuando «en ninguna de las dos actas aparezca manifestación alguna por parte de los trabajadores sobre insuficiencia o extemporaneidad de esos criterios complementarios» (TS social 18-2-14, EDJ 57425), dictada en Pleno) ni tampoco lo es una inicial imprecisión sobre los criterios que es concretada posteriormente con la aquiescencia de la representación de los trabajadores (TS social 25-6-14, EDJ 124182).

2) Por su parte, es especialmente ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo (TS social 25-9-18, , EDJ 596636) que recoge los precedentes más relevantes en los que se analizan los criterios de selección de los que cabe destacar el resuelto por la sentencia del TS social 20-10-15, EDJ 244254) que desestima la nulidad cuando la empresa, al inicio del periodo de consultas, aporta los criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados (consistentes en el perfil individual en relación con el tipo de obra y necesidades de categoría en relación con la carga de trabajo tras la evaluación del responsable del departamento) que «pueden aparecer como un tanto genéricos y abstractos, si bien resulta justificado en el hecho de que se trata de fijar unos **criterios objetivos y generales que, posteriormente, se procede a concretar**» a través de la negociación.

- 110** • Copia de la **comunicación** dirigida a los trabajadores o a sus representantes por la dirección de la empresa de su intención de iniciar el procedimiento de suspensión de contratos o reducción de jornada.
- Indicación de los **representantes de los trabajadores** que integrarán la comisión negociadora o, en su caso, indicación de la falta de constitución de ésta en los plazos legales.
 - La referida comunicación debe ir acompañada de una **memoria explicativa** de las causas de la suspensión de contratos o reducción de jornada y restantes aspectos relacionados en este apartado.
 - Simultáneamente a dicha comunicación, la empresa debe solicitar por escrito a los representantes legales de los trabajadores la emisión del **informe** previsto en el ET art.64.5. a y b, lo que parece sugerir que debe hacerse mediante un escrito independiente.
- 115 Documentación que debe acompañar la comunicación de inicio a los representantes de los trabajadores y a la Autoridad laboral** La comunicación dirigida a los representantes de los trabajadores debe ir necesariamente acompañada de la documentación justificativa para acreditar la existencia de las **causas motivadoras** del expediente de suspensión de contratos de trabajo y de que se trata de una **situación coyuntural**.
- 120 Documentación para los supuestos de causa económica** (RD 1483/2012 art.4 y 18.2) La documentación es la prevista para los despidos colectivos con algunas especialidades; es decir:
- a) **Memoria explicativa.** Aunque expresamente la norma no lo indique –debido a que el legislador acude a la técnica de la remisión normativa desde el RD 1483/2012 art.18 al propio RD 1483/2012 art.4–, parece claro que la memoria explicativa debe hacer referencia a los extremos incluidos en el RD 1483/2012 art.4 e igualmente habrá de explicar y acreditar que se trata de una situación coyuntural junto con los resultados de la empresa de los que se desprenda una situación económica negativa. La memoria no puede ser genérica (TS social 19-11-13, EDJ 273979).
- 122 b)** Cualquier documentación que convenga para soportar la acreditación de la causa y, específicamente, la siguiente **documentación contable** del último ejercicio económico completo:
- **Balance de situación, cuentas de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivos,** memoria del ejercicio e informe de gestión o, en su caso, cuenta de pérdidas y ganancias abreviada y balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados, debidamente auditados en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, así como las cuentas provisionales al inicio del procedimiento, firmadas por los administradores o representantes de la empresa que inicia el procedimiento.
- PRECISIONES** **1)** Con respecto a las **cuentas provisionales** la Audiencia Nacional (AN social 19-3-13, EDJ 27948) consideró que su aportación al periodo de consultas sin estar debidamente firmadas no es motivo de nulidad.
- 2)** La existencia de una «**caja b**» no se consideró impeditiva para apreciar la concurrencia de una situación económica negativa por ser conocida por la representación social y la poca entidad de las irregularidades contables (TS social 31-3-16, EDJ 58439).