

EMPLEO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Comunicaciones del XXXIII Congreso
Anual de la Asociación Española de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023



INFORMES
Y ESTUDIOS
EMPLEO



GOBIERNO
DE ESPAÑA

VICEPRESIDENCIA
SEGUNDA DEL GOBIERNO

MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

**Subdirección General de Informes,
Recursos y Publicaciones**

RET: 23-2.413

Empleo y protección social

Comunicaciones del
XXXIII Congreso Nacional de la
Asociación Española de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS
Serie Empleo

Núm. 66

Empleo y protección social

Comunicaciones del
XXXIII Congreso Nacional de la
Asociación Española de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social

Cuenca, 25 y 26 de mayo de 2023

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://cpage.mpr.gob.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo y Economía Social
Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mites.gob.es

Internet: www.mites.gob.es

NIPO Epub: 117-23-034-8

NIPO PDF: 117-23-035-3

ISBN Epub: 978-84-8417-619-0

ISBN PDF: 978-84-8417-620-6

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.
Imprime: Solana e hijos A. G., S.A.U.



ÍNDICE

PRÓLOGO	
<i>Eva López Terrada</i>	13
Panel A. EMPLEABILIDAD Y FORMACIÓN TRAS LA LEY 3/2023, DE 28 DE FEBRERO, DE EMPLEO	19
1. Políticas dirigidas a la empleabilidad y a la formación de las perso- nas jóvenes: en especial, en los “nuevos sectores de actividad” <i>Francisca Bernal Santamaría</i>	21
2. El empleo de las personas con discapacidad en el entorno actual marcado por la transición digital: cambios en la contratación y hoja de ruta para la negociación colectiva <i>Carolina Blasco Jover</i>	39
3. Formación en el trabajo, negociación colectiva y transiciones justas <i>Dulce María Cairós Barreto</i>	57
4. Ingreso mínimo vital y empleo: estrategias para la inserción labo- ral de los beneficiarios <i>Matthieu Chabannes</i>	73
5. La empleabilidad de las personas con discapacidad: retos de la economía digital inclusiva en la nueva ley de empleo <i>Carmen Delgado Garrido</i>	93
6. Los retos actuales y futuros en la formación y cualificación de la gente de mar ante la digitalización y la automatización de buques <i>María Gorrochategui Polo</i>	111
7. El desarrollo de la inteligencia artificial y sus consecuencias en el empleo <i>José Eduardo López Ahumada</i>	129

8.	Cambios normativos en los expedientes de regulación temporal de empleo y refuerzo de formación y empleabilidad <i>María Olaya Martínez Rodríguez</i>	145
9.	Apuntes para la mejora de la participación femenina en el mercado de trabajo digital: superando la brecha digital <i>Arturo Montesdeoca Suárez</i>	163
10.	Medidas de mejora de la empleabilidad y/o del mantenimiento en el empleo de las personas trabajadoras en la regulación del despido por causas empresariales <i>Rubén Parres Miralles</i>	181
11.	Inclusión laboral interseccional en el empleo público y en los contratos del sector público: cuotas reservadas de empleo <i>José Miguel Sánchez Ocaña</i>	191
12.	La empleabilidad de las personas con discapacidad en el marco de la nueva ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo <i>Catalina Smintinica</i>	207
13.	Sobre el sistema único e integrado de formación profesional regulado en la ley orgánica 3/2022 <i>Silvia Fernández Martínez</i>	225
14.	El sistema de formación para el empleo en el ámbito laboral: tribulaciones de un modelo formativo deficitario <i>Marina Fernández Ramírez</i>	241
15.	El impacto de la automatización cognitiva y la robótica avanzada en el mercado laboral <i>Julio Losada Carreño</i>	259
16.	Las estancias no laborales en el entorno profesional como instrumento de mejora de la empleabilidad de los jóvenes. Algunas propuestas a la espera del anunciado estatuto del becario <i>Josep Moreno Gené</i>	279
17.	Formación profesional e incorporación al mercado de trabajo: complejos y retos <i>Mariola Serrano Argüeso</i>	297
18.	El proyecto de estatuto de las personas en formación práctica en el ámbito de la empresa. ¿El final de los falsos becarios? <i>Nancy Sirvent Hernández</i>	313
19.	La “nueva” dimensión territorial de las políticas de empleo <i>María Rosa Vallecillo Gámez</i>	331
Panel B.	LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO	357
1.	La intermediación laboral para un empleo digno, en el nuevo planteamiento de la ley de empleo <i>Stefano Bini</i>	359

2.	La actuación de los servicios públicos de empleo en la configuración de un mercado de trabajo inclusivo y no discriminatorio ¿realidad o ficción? <i>Irene Dozo Mougán</i>	375
3.	El rechazo a las personas desempleadas de larga duración ¿una discriminación en el acceso al empleo por situación socioeconómica? <i>Antonio Fernández García</i>	393
4.	La intermediación laboral en el ámbito del mercado laboral del deporte profesional <i>Juan Luis García Ríos</i>	411
5.	La responsabilidad por las violaciones de derechos laborales cometidas en los momentos previos al contrato: empresas de selección y violencias sexogénicas en el ámbito laboral <i>Miguel Ángel Garrido Palacios</i>	433
6.	La intermediación laboral como herramienta de igualdad social en el acceso al empleo <i>Jaime Piqueras García</i>	453
7.	Los retos de la intermediación laboral a través del uso de algoritmos <i>Noelia de Torres Bóveda</i>	471
8.	Empleo, intermediación y movilidad actual de trabajadores en la unión europea: la red Eures <i>Macarena Ángel Quiroga</i>	489
9.	Prospección empresarial e intermediación laboral. Claves de un programa fallido <i>Brais Columba Iglesias Osorio</i>	507
10.	La influencia de los convenios y las recomendaciones de la OIT en la legislación laboral española en materia de agencias de empleo <i>Juan Carlos García Quiñones</i>	523
11.	Mecanismos de intermediación y coordinación laboral en el marco europeo: la red Eures como mecanismo de acceso al trabajo y la coordinación de servicios públicos de empleo <i>Natalia Ordóñez Pascua</i>	535
12.	El servicio público de empleo estatal: configuración, competencias y transformación hacia a una agencia española de empleo <i>Luis Ramos Poley</i>	557
13.	La igualdad efectiva y no discriminación en la intermediación laboral del siglo XXI <i>José Enrique Ruiz Saura</i>	575
Panel C.	LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO CONTRIBUTIVA: ¿LA REFORMA PENDIENTE?	593
1.	Análisis crítico del régimen de incompatibilidades y compatibilidades de la prestación por desempleo <i>Francisco Javier Arrieta Idiakez</i>	595

2.	Prestación por desempleo de nivel contributivo. Especial referencia al pago único de la prestación <i>Ana María Castro Franco</i>	615
3.	La incompatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo autónomo: la necesaria reconsideración del artículo 282.1 LGSS <i>Juan Miguel Díaz Rodríguez</i>	635
4.	Protección por desempleo e incapacidad permanente en personas con discapacidad <i>Francisco Javier Fernández Orrico</i>	655
5.	Interacción entre las situaciones de excedencia y el derecho a la prestación por desempleo <i>Elena Lasaosa Irigoyen</i>	675
6.	La capitalización de la prestación por desempleo como mecanismo de fomento de las cooperativas y las sociedades laborales <i>Alexandra Lenis Escobar</i>	693
7.	La protección por desempleo en el ámbito del empleo doméstico <i>Francisco Lozano Lares</i>	713
8.	La conciliación de la vida familiar y laboral como criterio de determinación de la colocación adecuada a la luz de las últimas reformas <i>Delyana Milenova Koseva</i>	741
9.	Capitalización del desempleo: últimas líneas <i>Raquel Poquet Catala</i>	757
10.	Un acercamiento a la nueva protección social en el empleo doméstico con perspectiva de género <i>Josefa Romeral Hernández</i>	775
11.	La extensión de la protección por desempleo a los trabajadores ilegales como sanción empresarial por incumplimiento de la normativa de contratación <i>Carlos García-Giralda Casas</i>	791
12.	La prestación por desempleo de las personas trabajadoras al servicio del hogar <i>Pilar Palomino Saurina</i>	807
Panel D.	LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO ASISTENCIAL Y OTRAS POLÍTICAS DE PROTECCIÓN DEL DESEMPLEO	825
1.	Acceso al subsidio por desempleo de las empleadas de hogar tras el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre <i>Laura Casanova Martín</i>	827
2.	Subsidio y renta agraria tras el ingreso mínimo vital: un futuro incierto <i>Francisco Javier Hierro Hierro</i>	843
3.	Protección de la seguridad social en caso de ERTE red alternativa al desempleo <i>Elena Castro Surís</i>	861

4.	Rentas de garantías de ingresos como la última red del sistema de protección social: la experiencia en el País Vasco <i>Enea Ispizua Dorna</i>	879
5.	Prestaciones por desempleo asistencial y trabajadores maduros: la delgada línea entre la inserción y la jubilación <i>Juan María Roldán Conesa</i>	899
6.	La renta activa de inserción como instrumento para mejorar la inclusión de las PCD <i>Noemí Serrano Argüello</i>	917
Panel E.	EL GOBIERNO DEL EMPLEO Y EL DESEMPLEO	927
1.	La situación de los “teletrabajadores” de carácter internacional en la legislación española <i>Julia Dormido Abril</i>	929
2.	La contratación laboral en el VI convenio colectivo general de la construcción tras la reforma laboral de 2021 <i>Fernando Elorza Guerrero</i>	939
3.	Una nueva herramienta para la autoevaluación de la transversalidad de género en los servicios públicos de empleo. El caso de <i>Labora. Servicio Valenciano de Empleo y Formación</i> <i>Santiago García Campá</i>	955
4.	La estabilización del empleo y el control de la temporalidad en el sector público <i>Laura María Melián China</i>	985
5.	La protección del empleo de las trabajadoras víctimas de violencia sexual: ¿un conjunto de derechos efímeros? <i>Belén Morant Torán</i>	999
6.	El derecho al trabajo y las políticas de empleo: una revisión a la luz de las reformas (y transformaciones) laborales <i>Gratiela-Florentina Moraru</i>	1013
7.	Negociación colectiva y gobernanza del impacto de la digitalización sobre el empleo <i>María Sepúlveda Gómez</i>	1029
8.	Los mecanismos de adaptación y mantenimiento del empleo y su impacto en las personas trabajadoras de mayor edad <i>María Belén Fernández Docampo</i>	1047
9.	La configuración del empleo en la ley 3/2023: ¿una reestructuración para superar las deficiencias del mercado de trabajo o simple continuismo? <i>Esther Guerrero Vizuete</i>	1063

Panel F.	LAS REFORMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL PREVISTAS EN EL PLAN DE RECUPERACIÓN, TRANSFORMACIÓN Y RESILIENCIA	1081
1.	La nueva garantía de suficiencia de las pensiones públicas establecida la segunda fase de la reforma de pensiones (RDL 2/2023, de 16 de marzo): una evaluación del mandato constitucional de suficiencia (art. 41 CE) <i>Enrique Martín-Serrano Jiménez</i>	1083
2.	Políticas de empleo y personas de edad avanzada: medidas para favorecer su permanencia en el mercado de trabajo <i>Juan José Rodríguez Bravo de Laguna</i>	1105
3.	La asistencia personal en España: un modelo asistencial insuficiente en lo cuantitativo y en lo cualitativo <i>José Antonio Rueda Monroy</i>	1123
4.	El deber de comprobación y la eventual exoneración del art. 42 ET tras la reciente jurisprudencia de la sala tercera del TS <i>José María Ruz López</i>	1141
5.	Incentivos a la jubilación activa en sectores sensibles. El caso de los profesionales sanitarios del sistema nacional de salud <i>Andrés Urbano Medina</i>	1159
6.	La revalorización de pensiones para el año 2023 y la alineación de la edad efectiva de jubilación con la edad legal de jubilación <i>Elisabet Errandonea Ulazia</i>	1173

MEDIDAS DE MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD Y/O
DEL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO DE LAS PERSONAS
TRABAJADORAS EN LA REGULACIÓN DEL DESPIDO
POR CAUSAS EMPRESARIALES

RUBÉN PARRES MIRALLES

Profesor Ayudante (LOU)

*Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Alicante*

ruben.parres@ua.es

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. MEDIDAS DE MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD Y/O DEL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES INDIVIDUAL/PLURAL. 3. MEDIDAS DE MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD Y/O DEL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES COLECTIVO. 4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de revertir el grave problema que el desempleo supone desde todo punto de vista en nuestro país, el ordenamiento prevé distintas medidas que, en su conjunto, conforman la política pública de empleo. En efecto, la nueva Ley de Empleo (LE)¹ señala que esta última se integra, de un lado, por las políticas pasivas o de protección frente al desempleo, a las que define como “el conjunto de prestaciones y subsidios orientados a la protección económica de las situaciones de desempleo”, y, de otro, por las políticas activas, entendiendo por tales “el conjunto de decisiones, medidas, servicios y programas orientados a la contribución a la mejora de la empleabilidad y reducción del desempleo, al pleno desarrollo del derecho al empleo digno, estable y de calidad, a la generación de trabajo decente y a la consecución del objetivo de pleno empleo” (art. 2 de la LE).

Entre las políticas activas, destacan las medidas de formación como una de las claves para el mantenimiento y la mejora de la empleabilidad de las personas tanto trabajadoras como desempleadas. De hecho, el art. 4.c) de la LE señala que uno de los objetivos de la política de empleo lo constituye “el mantenimiento del empleo y la progresión profesional de las personas ocupadas, mediante la mejora y la actualización preventivas y activas de sus cualificaciones a través de la formación en el trabajo”. Y es que, sin duda, la mejor medida contra el desempleo es aquella que consigue que este no llegue a producirse, manteniendo al trabajador en activo.

Como es sabido, uno de los supuestos que dan lugar a la situación legal de desempleo es, según señala el art. 267.a) de la LGSS², el despido por causas empresariales, con independencia del número de trabajadores al que este afecte; esto es, tanto el despido individual/plural como el despido colectivo, según los umbrales del art. 51 del ET.

Pues bien, en la regulación de ambas modalidades extintivas se pueden encontrar diversas medidas que, a fin de paliar el daño que el despido produce

¹ Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

² Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

en el trabajador, pretenden favorecer su empleabilidad y/o su mantenimiento en el empleo y evitar que, finalmente, termine desempleado por tal motivo, por lo que, en cierta forma, persiguen una finalidad similar a las políticas activas de empleo a las que antes se ha hecho referencia.

Siendo así, la presente comunicación tiene como objetivo analizar las distintas medidas de protección de la empleabilidad y/o del mantenimiento en el empleo de los trabajadores que se prevén en la regulación del despido por causas empresariales, tanto en su vertiente individual/plural, como en su vertiente colectiva, a fin de examinar los problemas e insuficiencias que presentan en la actualidad.

2. MEDIDAS DE MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD Y/O DEL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES INDIVIDUAL/PLURAL

El marco normativo del despido por causas empresariales individual/plural (art. 52.c y 53 del ET) prevé como medidas de mantenimiento en el empleo del trabajador o trabajadores afectados por aquel la obligación de preaviso que se contiene en el art. 53.1.c) del ET y el derecho a la licencia retribuida para la búsqueda de empleo que se anuda al mismo.

El preaviso, señala el TS, “es simplemente el anuncio previo de que próximamente se va a rescindir el contrato, pero se trata sólo de una advertencia que se hace por exigencia de la Ley para prevenir al otro de algo que se realizará. El contrato no se extingue, por ende, ese día, sino aquél en el que se decide el cese y se liquida, conforme al artículo 49.2 ET”³. A través del preaviso, en efecto, se hace emerger un período de tiempo entre la manifestación de la voluntad extintiva del empresario y la efectividad de la extinción del contrato por razón de esta última, evitando que ambas circunstancias se produzcan en un mismo momento.

A la imposición de esta obligación de preavisar se le ha reconocido, tradicionalmente, una finalidad principal cual es la de facilitar al trabajador la búsqueda de empleo antes de que se produzca la extinción contractual para que pueda reestablecer su situación laboral en otra empresa sin que en dicho transcurso se vea privado de ingresos⁴. En este sentido, PÉREZ ESPINOSA apunta que el interés preferentemente protegido a través de esta institución es “la continuidad en el empleo sin deterioro de los salarios del trabajador”⁵. Para dar satisfacción a tal finalidad, el art. 53.2 del ET dispone que “durante el periodo de preaviso el

³ Cfr: STS de 7/12/2009 (Rec. 210/2009).

⁴ En este sentido, cfr: STSJ Comunidad Valenciana de 8/11/2004 (Rec. 1202/2004), STSJ de Asturias de 17/11/2006 (Rec. 3972/2005), STSJ de Andalucía de 18/11/2021 (Rec. 908/2020), STSJ de Madrid de 15/11/2018 (Rec. 469/2018).

⁵ Vid. PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: *El preaviso en la extinción del contrato de trabajo*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1980, p. 90.

trabajador, o su representante legal si se trata de una persona con discapacidad que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo”.

Dicha finalidad, sin embargo, se ve truncada en la práctica por dos circunstancias. La primera es la escasa duración del propio plazo de preaviso, cada vez más reducido tras las sucesivas reformas. Así, en su redacción original, el art. 53.1.c) del ET preveía distintos plazos de preaviso en función de la antigüedad del trabajador en la empresa. En concreto, se disponía que la duración del plazo de preaviso debía ser, como mínimo, la siguiente: a) Un mes, para los trabajadores cuya antigüedad en la empresa sea inferior a un año; b) Dos meses, cuando la antigüedad sea superior a un año y no alcance a dos; y c) Tres meses, cuando la antigüedad sea de dos o más años. Sin embargo, la reforma llevada a cabo en el ET por la Ley 11/1994⁶ unificó los distintos plazos de preaviso y estableció un único plazo de treinta días, el cual se vio reducido, a su vez, a quince con la reforma introducida por la Ley 35/2010⁷, de la que es tributaria la redacción legal vigente.

Y la segunda es la facultad que se otorga al empresario de sustituir la concesión del efectivo disfrute del preaviso por el abono de una cuantía económica equivalente a los salarios correspondientes al plazo de preaviso no concedido. Ello se deduce del último párrafo del art. 53.4 del ET, el cual señala que “la no concesión del preaviso (...) no determinará la improcedencia del despido, sin perjuicio de la obligación del empresario de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo”. A través de esta posibilidad, en fin, se permite al empresario proceder al despido efectivo en el mismo momento de su comunicación, con la única consecuencia de abonar la referida cuantía.

En tal caso se ha afirmado que el trabajador dispondría de mayor tiempo para la búsqueda de empleo, con lo que la finalidad esencial reconocida al preaviso se mantendría intacta⁸. Ello, a mi parecer, no es del todo cierto, ya que, no se olvide, lo que se pretende con dicha institución es, como ya se apuntó, la continuidad en el empleo del trabajador sin merma económica para el mismo, lo cual no puede ocurrir en caso de que el empresario opte por no conceder el preaviso y extinguir directamente el contrato.

⁶ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁷ Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

⁸ Vid. PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ, F.: *El preaviso...*, *Op. cit.*, p. 91: “La lectura del precepto (art. 43 del DLRT) da pie para destacar que el legislador pretende garantizar, por medio de la indemnización sustitutiva, los derechos del trabajador que pudieran esperarse durante el preaviso. Se tratará de combinar el interés del empresario a dar por finalizada de forma inmediata la relación, y los derechos del trabajador que, en opinión de Zanini, tendría la ventaja no sólo de percibir anticipadamente la “indemnización”, sino sobre todo porque, al ser dispensado definitivamente del servicio, dispondría de más tiempo para buscar otra ocupación (...) Se pondría así de manifiesto que el legislador tutela los intereses del trabajador tanto a través del preaviso como, en su defecto, con la indemnización sustitutiva”.

Al margen del preaviso y la licencia semanal, la regulación legal del despido individual/plural por causas empresariales no prevé en la actualidad otras medidas que persigan el mantenimiento en el empleo del trabajador o la mejora de su empleabilidad, pues la prioridad de permanencia que se reconoce a los representantes de los trabajadores en el art. 52.c) del ET responde, en realidad, a una finalidad bien distinta y que se relaciona con la protección del ejercicio de las funciones que aquellos están llamados a ejercer en su cargo representativo.

En su versión de 1980, sin embargo, el ET sí rodeaba a esta modalidad extintiva de otras medidas protectoras del mantenimiento en el empleo del trabajador. En este sentido, el art. 52.c) del ET configuraba la propia causa extintiva condicionándola al intento de recolocación del trabajador en la empresa (“cuando no proceda utilizar los servicios del trabajador afectado en otras tareas de la empresa en la misma localidad. Si la empresa contase con un puesto vacante en otro centro de trabajo en distinta localidad, el trabajador podrá ocuparlo, solicitando el traslado con derecho a las compensaciones económicas legales”) y le reconocía al mismo un derecho de preferencia para el reingreso (“si en el plazo de un año se volviera a crear la plaza amortizada, el trabajador despedido tendrá preferencia absoluta para ocuparla”). Estas previsiones, sin embargo, desaparecieron del ET con la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994 antes citada, sin que la legislación posterior haya vuelto a contemplar medidas similares. Ello, claro está, sin perjuicio de lo que a este respecto se haya podido o se pueda disponer en virtud de la autonomía de la voluntad superando los mínimos legales.

3. MEDIDAS DE MEJORA DE LA EMPLEABILIDAD Y/O DEL MANTENIMIENTO EN EL EMPLEO EN EL DESPIDO POR CAUSAS EMPRESARIALES COLECTIVO

Más abundantes son las medidas protección de la empleabilidad y del mantenimiento en el empleo de los trabajadores en la regulación legal del despido por causas empresariales cuando este alcanza los umbrales que le otorgan el calificativo de colectivo. En este caso, como es sabido, el legislador, atendiendo a los intereses contrapuestos que entran en juego, somete la decisión del empresario al previo desarrollo de un período de consultas con los representantes de los trabajadores, las cuales, según dispone el art. 51.2 del ET, deberán versar, “como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad”.

En desarrollo de esta previsión, el art. 8 del Real Decreto 1483/2012⁹ señala a título ejemplificativo en su apartado primero que, entre otras medidas

⁹ 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.

destinadas a evitar o reducir los despidos colectivos, se podrán considerar las siguientes: a) La recolocación interna de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte; b) Movilidad funcional; c) Movilidad geográfica; d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo; e) Inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del ET; f) Acciones de formación o reciclaje profesional de los trabajadores que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial; g) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.

En igual sentido, el apartado 2 del mismo precepto señala que, entre otras medidas para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados por el despido, se podrán considerar las siguientes: a) El derecho de reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule; b) La recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas; c) Acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores; d) Promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social; e) Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica; f) Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo.

Además de ello, para el caso de que el despido colectivo afecte a más de cincuenta empleados, el art. 51.10 del ET establece que la empresa “deberá ofrecer a los trabajadores afectados un Plan de Recolocación Externa (PRE) a través de empresas de recolocación autorizadas”. A este respecto, el art. 9 del ya citado Real Decreto 1483/2012 añade que el PRE deberá garantizar a aquellos trabajadores, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad, una atención continuada por un periodo mínimo de seis meses, con vistas a la realización de las acciones exigidas por las medidas que en el mismo se contengan, las cuales habrán de versar sobre las materias a las que se refiere el apartado 3 y que son: a) De intermediación consistentes en la puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con los trabajadores afectados por el despido colectivo; b) De orientación profesional destinadas a la identificación del perfil profesional de los trabajadores para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación; c) De formación profesional dirigidas a la capacitación de los trabajadores para el desempeño de las actividades laborales en dichas empresas; d) De atención personalizada destinadas al asesoramiento de los trabajadores respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo por parte de los mismo.

El PRE y las medidas que del mismo se derivan encuentran reflejo en la LE, cuyo art. 40.3 pone en conexión la regulación del despido colectivo con la política pública de empleo al señalar que “se considerará colocación especializada la actividad destinada a la recolocación de las personas trabajadoras o desempleadas que resultaran afectadas en procesos de reestructu-

ración empresarial, cuando aquella hubiera sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación, o decidida por los servicios públicos de empleo, de oficio o a instancia de las personas afectadas por transiciones industriales o por transformaciones en los sectores productivos”.

La previsión normativa de tan amplio abanico de medidas de protección de los trabajadores afectados por el despido colectivo es resultado de la visión socialmente responsable de los procesos de reestructuración empresarial que el legislador ha venido asumiendo progresivamente y con la que pretende dar a estos últimos una respuesta que exceda de lo meramente indemnizatorio¹⁰. En la práctica, sin embargo, la efectividad y garantía de tales medidas se ven comprometidas por distintas circunstancias que terminan por frustrar la finalidad protectora en principio perseguida por la norma.

Entre dichas circunstancias se podría destacar, en primer lugar, la falta de obligatoriedad de las medidas sociales de acompañamiento (MSA) del art. 51.2 del ET. Estas, en efecto, no se establecen como obligatorias para el empresario, ni siquiera como de discusión necesaria en el marco del período de consultas¹¹. De hecho, entre la documentación que la empresa debe presentar para iniciar las negociaciones en cumplimiento de aquel precepto no se incluye la relativa a las MSA, lo cual, aún de manera indirecta, tiene dos consecuencias de gran calado. En efecto, el hecho que la empresa no aporte documentación sobre las MSA, por un lado, va a impedir que se pueda desarrollar *de facto* un verdadero debate y negociación en torno a las mismas durante el período de consultas¹² y, por otro, no va a encontrar nin-

¹⁰ Sobre la evolución experimentada a este respecto por la regulación del despido colectivo, *vid.* NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo” en AAVV, Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I Ponencias, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2021, pp. 247-304, p. 287; TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento social” en AAVV, Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I Ponencias, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones, 2021, pp. 305-341.

¹¹ En este sentido, BLASCO PELLICER (“Las medidas sociales de acompañamiento en los despidos colectivos” en AA.VV., SÁEZ LARA, C.; NAVARRO NIETO, F. y GÓMEZ CABALLERO, P. (Coords.), *Los desafíos del Derecho del Trabajo ante el cambio social y económico. Libro en homenaje a Federico Durán López*, Iustel, 2021, pp. 365-371, p. 369) señala que “el propósito de la norma es más modesto: se pretende ofrecer una serie de posibilidades para que puedan ser contempladas, negociadas y eventualmente acordadas por las partes o implementadas unilateralmente por el empresario”.

¹² A este respecto, puede encontrarse algún pronunciamiento en el que se considera que la falta de negociación de las MSA en el marco del período de consultas constituye una violación del deber de negociar de buena fe, lo cual debiera dar lugar a la nulidad del despido. En este sentido, la STSJ del País Vasco de 7/7/2020 (Rec. 30/2020) señala que: “entendiendo que las medidas de acompañamiento se erigen en parte del núcleo troncal del período de consultas, pues este, según la norma antedicha -art. 7 RD 1483/2012 y art. 51.2.g) ET- debe versar, “como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento”, ha de entenderse que su falta afecta

guna repercusión sobre la calificación del despido al escapar de la sanción de nulidad que impone el art. 124.13.a).3.^a de la LRJS¹³ (“El despido será nulo, además de por los motivos recogidos en el artículo 122.2 de esta ley, únicamente cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista en el artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores”)¹⁴. Es más, el ordenamiento jurídico no contempla ninguna sanción por la falta de negociación de las MSA o por su no previsión en el acuerdo resultante del periodo de consultas, sino que, únicamente, sanciona el hecho de que el empresario asuma su puesta en marcha y después no las ejecute¹⁵.

En segundo lugar, se podría destacar, igualmente, la disponibilidad que la configuración del PRE otorga al empresario para asumir su cumplimiento. Y es que, ciertamente, el hecho de que la obligación de ofrecer un PRE se anude, únicamente, al número de trabajadores afectados por el despido y no a otras circunstancias como pudieran ser el volumen de la empresa, la dimensión de su crisis, las posibilidades de recuperación o la viabilidad del negocio empresarial¹⁶, deja indirectamente en manos del empresario la decisión de asumir o no su cumplimiento, pues para evitarlo le basta con despedir a un trabajador menos de los exigidos por la norma a tal efecto, esto es, a cincuenta en vez de a cincuenta y uno¹⁷. Además de ello, la vinculación del PRE a la afectación por el despido de cincuenta y un trabajadores o más, hace que dicha obligación resulte, por un lado, inaplicable en la mayoría de los despidos

a la esencia de la negociación de buena fe, por lo que, junto con la falta de otras propuestas sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, tal como se ha dicho más arriba, el despido colectivo debe reputarse nulo por la falta de buena fe en la negociación y falta de auténtica medida social de acompañamiento, en los términos expresados, siguiendo igualmente el criterio de esta Sala, plasmado en, entre otras, nuestra sentencia [sic.] de 8 de julio de 2014 (AS 2014, 2665) - Demanda 20/2014 -”

¹³ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

¹⁴ Vid. NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales...”, *Op. cit.*, p. 287; TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento...”, *Op. cit.*, p. 331.

¹⁵ Vid. TERRADILLOS ORMAETXEA, E.: “Las medidas de acompañamiento...”, *Op. cit.*, p. 333.

¹⁶ Vid. BLASCO PELLICER, A.: “Las medidas sociales...”, *Op. cit.*, p. 371.

¹⁷ A este respecto, BLASCO PELLICER (“Las medidas sociales...”, *Op. cit.*, p. 371) apunta que “una decisión unilateral de la empresa -la elección del número de afectados- permite asumir o no una obligación de extraordinaria trascendencia. En efecto despedir a 50 trabajadores o a 51 resulta difícilmente controlable en las consultas ni, posteriormente, por el órgano judicial, en su caso. Sin embargo, la decisión implica de suyo tener la obligación o no de implementar un plan de recolocación que podría ser vital para la empleabilidad futura de los afectados. No parece, por tanto, que una decisión unilateral de la empresa, la elección del número de trabajadores afectados, se erija como elemento determinante de la puesta en marcha de un plan de recolocación que debe incluir medidas tan ambiciosas como las examinadas”. En la misma dirección, NAVARRO NIETO (“Medidas sociales...”, *Op. cit.*, p. 285) señala que “las reglas sobre el criterio numérico (un despido de más de 50 trabajadores) y su cómputo temporal (los 90 días precedentes) conducen a dejar claramente en poder del empresario asumir o no la obligación de un PRE al adoptar la determinación de las extinciones que tendrán lugar en los 90 días anteriores y la concreción del proyecto de despidos. En ambos casos fórmulas como la extinción de común acuerdo bastarán al empresario para graduar la cuantificación de despidos y extinciones acumulables”.

colectivos debido al reducido tamaño de las empresas españolas¹⁸ y, por otro, que solo sea asumible por las grandes empresas y los grupos empresariales habida cuenta del alto coste que supone la financiación del propio PRE y la contratación de una agencia de colocación para su implementación¹⁹.

4. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto hasta el momento, en fin, permite apreciar la debilidad jurídica de las medidas de mejora de la empleabilidad y/o del mantenimiento en el empleo de los trabajadores que se pueden encontrar en la regulación del despido por causas empresariales, ya sea este individual/plural, ya sea colectivo. En efecto, la total ineficacia que encuentra en la práctica la puesta en marcha de tales medidas permite concluir que la respuesta que el ordenamiento jurídico ofrece en la actualidad a los procesos de reestructuración empresarial reviste, únicamente, carácter indemnizatorio, dejando que la tutela del empleo y, por ende, del desempleo de los trabajadores afectados por tales procesos sea asumida de forma exclusiva por las políticas públicas de empleo. Ello, ciertamente, exige una revisión por parte del legislador con la que, desde la perspectiva de una gestión preventiva del empleo, se garantice la efectividad de las medidas analizadas. Y ello porque, como ya se afirmó al inicio de este trabajo, la mejor forma de luchar contra el desempleo es, sin duda, la de adoptar medidas que consigan que este no llegue producirse y mantengan a las personas trabajadoras en activo.

¹⁸ En este sentido, NAVARRO NIETO (“Medidas sociales...”, *Op. cit.*, p. 254) apunta que “de acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Trabajo, de las empresas afectadas por expedientes de empleo, entre 2014-2019, el 75-80% de empresas tienen menos de 50 trabajadores, y en este periodo temporal los expedientes referidos a tales empresas abarcan en torno al 25-30% de los trabajadores afectados”.

¹⁹ *Ibid.*, p. 285.