Cuadernos

Cuadernos de
12 **información sindical**
2010

Cuadernos

Guía sindical sobre los procesos de expedientes de regulación de empleo

Documento de las Secretarías confederales de Acción Sindical y de Empleo

CCOO

CCOO
tú ganas

Guía sindical sobre los procesos de expedientes de regulación de empleo

Edita: Confederación Sindical de Comisiones Obreras
(Documento de las Secretarías confederales de Acción Sindical y de Empleo)

Autores: Julián Iglesias Casanova, adjunto a las Secretarías confederales de Empleo y de Acción Sindical de CCOO
Enrique Lillo Pérez, abogado y responsable del Gabinete Interfederal de CCOO

Número 12 • Nueva etapa

© Madrid, febrero 2010

Realiza: Paralelo Edición, SA

Depósito legal: M-7594-2010

Impreso en papel reciclado

ÍNDICE

1. Introducción 4

2. El expediente de regulación de empleo (ERE) desde el punto de vista legal y los criterios de intervención sindical en la negociación de los planes sociales de acompañamiento 6

2.1. El período de consultas 6
a) Supuestos en los que la crisis empresarial tiene características coyunturales 8
b) Supuestos en los que la crisis empresarial requiere de medidas que afecten al volumen de empleo y/o a las condiciones laborales 9

2.2. El plan de viabilidad 9

2.3. El plan social de acompañamiento 9

2.4. Papel de la Administración 11

1. Introducción

Los expedientes de regulación de empleo son un procedimiento o mecanismo que se aplica ante situaciones de crisis de la empresa, que amenaza incluso su propia supervivencia. Según los datos del Ministerio de Trabajo, el número de expedientes de regulación de empleo aprobados durante el período de enero a noviembre de 2009 aumentó en un 270% en relación a los aprobados en el mismo período del año anterior, multiplicando por 3,7 el número de procesos y por 5 el volumen de afectados, que se situó en cifras cercanas al medio millón de personas.

Ante esta crítica y traumática situación de enorme crecimiento de los expedientes de regulación de empleo, estamos obligados a intensificar nuestra acción sindical, elaborando instrumentos que, como esta guía, exponen algunas de las claves y criterios sindicales para orientar los procedimientos y modos de actuación; así como los mecanismos y las posibles vías de intervención sindical que la ley reconoce a los representantes de los trabajadores y trabajadoras a través de la negociación colectiva.

Los autores de esta guía, Julián Iglesias (adjunto a las Secretarías confederales de Empleo y Migraciones y de Acción Sindical) y Enrique Lillo (abogado del Gabinete Interfederal de CCOO), se ocupan de dos aspectos claves de los ERE: el primero, referido a las pautas de actuación e intervención sindical y, el segundo, a los aspectos más jurídicos relativos a los ERE.

Parten de la consideración de que el análisis de la causa alegada por la empresa en la solicitud del expediente en la fase de consultas debe ser el elemento central en el proceso, y por ello se deben explorar, de forma precisa y contextualizada, tanto la realidad empresarial como los efectos indirectos que genera en otras empresas y trabajadores funcionalmente dependientes de aquéllas. Así, se destaca que de no producirse esta justificación hemos de oponernos a abordar la negociación de cualquier medida no justificada.

De justificarse la medida, el establecimiento y desarrollo de mecanismos previos o alternativos a la extinción del contrato constituyen una práctica cada vez más frecuente en el ámbito de la negociación colectiva. La negociación del ERE debe plantear propuestas y alternativas que posibiliten minimizar los efectos negativos sobre

los afectados, de donde se deriva la enorme importancia de configurar un plan social de acompañamiento que, junto con los compromisos empresariales, permita garantizar la estabilidad futura del empleo en torno a la negociación de un plan de viabilidad.

En este sentido, se refuerza la centralidad de la función de la autoridad laboral que los autores consideran debe ejercer una labor de tutela de la legalidad y de control de las pretensiones empresariales, tratando de agotar las vías de intervención sindical así como de todas las posibilidades que la ley reconoce en relación con los derechos de representación colectiva.

Agradecemos a los autores el esfuerzo de síntesis que han realizado de un procedimiento especialmente complejo, porque en sus distintas fases participan los diversos sujetos concernidos: la empresa, los trabajadores y sus representantes, y la propia autoridad laboral.

Ramón Górriz
Secretario confederal de Acción Sindical

Paloma López
Secretaria confederal de Empleo y Migraciones

2. El expediente de regulación de empleo (ERE) desde el punto de vista legal y los criterios de intervención sindical en la negociación de los planes sociales de acompañamiento

El expediente de regulación de empleo (ERE) es un procedimiento administrativo-laboral de carácter especial dirigido a obtener de la autoridad laboral competente autorización para suspender o extinguir las relaciones laborales cuando concurran determinadas causas y garantizando los derechos de los trabajadores.

Dichos procedimientos conllevan un proceso de información, consulta y negociación con los representantes legales de los trabajadores, que varía en función del caso concreto y del número de trabajadores afectados.

Los diferentes supuestos se regulan según el procedimiento recogido en el art. 51 del ET, el cual establece que para la adopción de tales medidas, «*se entenderá que concurren las causas (económicas, organizativas o productivas) cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las causas son económicas, a superar la situación económica negativa de la empresa o, si son organizativas y de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos…*»

2.1. El periodo de consultas

El proceso de negociación que se contempla en el art. 51 del ET (período legal de consultas) tendrá una duración no inferior a treinta días o de quince en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores; entendiéndose finalizado dicho período, cualquiera que sea el tiempo transcurrido, únicamente cuando concluido el proceso el empresario comunique a la Administración en el acta final (debidamente firmada por la representación legal de los trabajadores) el resultado del mismo (acuerdo o desacuerdo).

Por tanto, hemos de tener presente que la norma establece *un período mínimo de negociación,* no limitando a las partes la ampliación o prórroga del plazo.

Durante este período, «*las partes deberán negociar de buena fe sobre las causas motivadoras del ERE y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos…»;* en ningún caso está referido, ni puede circunscribirse, a asumir la situación sin más por parte de la RLT y, como consecuencia, aceptada la mayor, enmarcar el proceso exclusivamente en la negociación de las medidas propuestas por la empresa, que son justificadas como «el mal menor»; sino que, por el contrario, *con carácter previo a cualquier negociación es obligada la objetivación de la causa, así como el análisis de la proporcionalidad de las medidas planteadas por la empresa.*

Por tanto, hay que analizar y constatar la verosimilitud de las causas alegadas, las cuales, salvo determinados supuestos ajenos al devenir propio de la empresa (situaciones de fuerza mayor, crisis económica generalizada que incide gravemente…), pudieran ser sólo la consecuencia de un modelo organizativo y de empresa que ha sido decidido unilateralmente por ésta al amparo de la potestad prevista en la ley. En este sentido, es necesario persistir en la reivindicación de una mayor participación en la organización del trabajo con el fin de anticipar conjuntamente medidas preventivas ante los problemas organizativos y/o económicos de la empresa y, con ello, evitar posteriores procesos traumáticos de reestructuración.

La causa justificativa del expediente de regulación de empleo tiene que deducirse de la documentación que la representación de la empresa debe entregar a la representación legal de los trabajadores antes de iniciarse el período de consultas, y ha de estar auditada conforme exige el reglamento de despidos y traslados colectivos de 1996.

Por tanto, el informe de auditorías debe acompañarse inexorablemente junto con los balances, las memorias económicas, las cuentas de resultados, el plan de viabilidad, el plan social de acompañamiento. De no ser así, el período de consultas no puede iniciarse, puesto que no se cumplen los requisitos formales de entrega de documentación legalmente obligatoria y, por tanto, la negociación no puede comenzar.

De no proceder en los términos solicitados se estaría vulnerando el principio de buena fe negocial contemplado en la norma, obstaculizando la labor de representación colectiva, y colocando a los afectados y a sus representantes en una situación de absoluta indefensión.

Cuestiones que, de forma ineludible, hemos de argumentar tanto de manera directa ante la Administración (Inspección y Direcciones de Trabajo) como en el correspondiente informe contradictorio que ha de entregarse a la finalización del período de consultas.

Por tanto, dentro de las competencias que la ley reconoce a la representación legal de los trabajadores durante el período de consultas, lo prioritario y estratégico ha de ser el análisis de la causa alegada, explorando de forma precisa y contextualizada tanto la realidad empresarial, su actividad y organización, como los efectos indirectos que la situación genera en aquellas otras empresas y trabajadores que sean funcionalmente dependientes de la marcha económica y productiva de aquéllas.

Si existen causas motivadoras del ERE han de justificarse convenientemente, y de no hacerse hemos de oponernos a abordar la negociación de cualquier medida que, sin estar justificada, afecte negativamente a los trabajadores y exclusivamente se instrumentalice por las empresas para aumentar los márgenes de rentabilidad económica y de negocio.

Ineludiblemente, hemos de ahondar en la evaluación y la objetivación de los planteamientos empresariales, exigiendo que éstos se correspondan con un «estándar de conducta socialmente aceptado y responsable». En consecuencia, a modo de ejemplo, no cabe aceptar:

- La **subcontratación y/o externalización de actividades** o tareas orientadas exclusivamente a un ahorro de costes laborales *(por no ser causa justificativa y, por tanto, rechazada por la jurisprudencia).*
- La **extinción de contratos estables** que son sustituidos posteriormente por temporales, ni los cambios contractuales que transformen la relación laboral precarizando las condiciones de trabajo *(en el primer supuesto, la jurisprudencia exige amortización; es decir, pérdida de empleos y no sustitución).*
- Las **situaciones de vaciamiento patrimonial de una empresa** por su transferencia a otra empresa controlada por los mismos accionistas o los mismos socios, puesto que en este caso sería de aplicación la doctrina jurídica denominada «levantamiento del velo», y, por tanto, habría una responsabilidad solidaria entre ambas sociedades o grupos que tienen unidad de socios o accionistas, unidad de dirección y confusión patrimonial.
- «**Expedientes preventivos**» que se plantean para «evitar» pérdidas futuras o hipotéticas *(por el contrario, debemos exigir una mayor participación en la organización del trabajo con el fin de ir articulando por acuerdo medidas preventivas que eviten o minimicen situaciones traumáticas o de reestructuración futuras).*
- Las **situaciones de pérdidas económicas** en un centro de trabajo, pero no en la empresa o grupo, global y unitariamente considerados.
- **Planteamientos de listados nominativos de afectados** que no responden a criterios objetivos *(porque ha de permitirse introducir criterios de voluntariedad o permuta entre aquellos trabajadores/as que integran el volumen de afectados).*

Por el contrario, si una vez analizada la documentación sobre la que la empresa sustenta el ERE queda indubitadamente acreditada su justificación, de forma obligada ha de plantearse el abordar la negociación del *plan de viabilidad* y, en paralelo, el *plan social de acompañamiento*, que también es materia de negociación y no de simple aceptación del inicialmente propuesto por la empresa. Para ello, entre otras cuestiones, es fundamental: *el control de las diferentes fases del proceso, la información y participación de los trabajadores y la utilización de asesoramiento técnico-jurídico.*

A la hora de abordar la negociación de estos temas, necesariamente, hay que diferenciar y ajustar las medidas en función de cada situación y supuesto concreto:

a) **Supuestos en los que la crisis empresarial tiene características coyunturales**
   En este tipo se situaciones ha de plantearse la puesta en marcha de medidas temporales que, por un lado y de manera equilibrada, permitan paliar y superar la situación de dificultad coyuntural por la que pueda estar atravesando la empresa y, por otro, que tales medidas supongan el menor perjuicio laboral y social para los trabajadores afectados.
   Existen otras posibles propuestas como suspensión temporal de contratos, reducciones de jornada, cambios en la organización del trabajo, modificación de condiciones laborales, etc., acompañadas de criterios de rotación entre los afectados para amortiguar los efectos negativos; o compromisos y garantías a fin de evitar pérdidas salaria-

les que compensen tanto la merma económica como el consumo de prestaciones, etc. Es conveniente excluir de la aplicación de estas medidas a los trabajadores/as que estén próximos a la edad de jubilación, con el fin de no aminorar las expectativas de pensión y también a quienes no dispongan de cotizaciones suficientes para la percepción de prestaciones públicas de desempleo.

Finalmente, es aconsejable acordar la constitución de comisiones paritarias de control y seguimiento con el objetivo de garantizar su cumplimiento y solventar las posibles incidencias.

b) **Supuestos en los que la crisis empresarial requiere de medidas que afecten al volumen de empleo y/o a las condiciones laborales**

A pesar de que los expedientes de extinción en el primer semestre de 2009 únicamente supusieron el 22% del total, es conveniente analizar con mayor detenimiento este tipo de supuestos dada su mayor envergadura y por ser más traumáticos, lo que hace más compleja su negociación.

En este sentido, cobra especial importancia la negociación del obligado plan social de acompañamiento, dotándole de alternativas diversas con el objetivo de minimizar los efectos negativos sobre los trabajadores/as afectados. Se trata de ofrecer un catálogo de propuestas a las que trabajadores y trabajadoras, individual y voluntariamente, puedan adscribirse en función de sus peculiaridades personales (edad, formación, situación familiar y laboral, etc.).

2.2. El plan de viabilidad

El plan de viabilidad es interno y ha de estar referido a la proporcionalidad y efectividad del conjunto de medidas a adoptar (plan de inversiones, planes industriales y de comercialización, cambios organizativos, diversificación productiva etc.), que han de permitir superar la situación de dificultad económica y/o organizativa, y con ello «*contribuir a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma, a través de una más adecuada organización de sus recursos*» *(art. 51.1 ET)*.

2.3. El plan social de acompañamiento

La existencia del plan social de acompañamiento tiene notables ventajas para los trabajadores afectados y, a su vez, incide de manera positiva sobre el mercado de trabajo, al minimizar el impacto social del ajuste de plantilla que plantea llevar a cabo el empresario; por un lado, reduciendo a lo estrictamente necesario el número de extinciones y, por otro, presentando un abanico de alternativas a los trabajadores que ven extinguidos sus contratos a fin de facilitar su acceso al mercado de trabajo. Sin embargo, una mala utilización del citado plan nos obliga a introducir fórmulas de control en cuanto a su contenido.

El plan social de acompañamiento ha de comprender el conjunto de soluciones colectivas e individuales a aplicar a los trabajadores desde el objetivo compartido de atenuar o reducir los efectos negativos sobre la plantilla, «*debiendo de acompañarse a la documentación iniciadora del expediente un plan que contemple las medidas…*» *(art. 51.4 ET y RD 43/1996).*

Las propuestas sindicales sobre los contenidos del plan social de acompañamiento, con el fin de evitar la extinción forzosa del contrato de trabajo, a modo de ejemplo pueden ser las siguientes:

1. Movilidad funcional interna mediante programas y acciones individualizadas de formación y recualificación.

2. Medidas de recolocación tanto interna, en otros centros o empresas de la sociedad, como externa –creación de empresas o actividades alternativas.

3. Acuerdos temporales sobre inaplicación de incrementos pactados con cláusulas de posterior recuperación y actualización salarial.

4. Acuerdos temporales sobre reducción de jornada, flexibilidad horaria, de turnos de trabajo o funciones.

5. Ayuda individualizada a la búsqueda de empleo.

6. Bolsas de empleo de trabajadores temporales excedentarios, que en función de las necesidades futuras vayan incorporándose a la empresa de forma continua o para la cobertura de actividades cíclicas como fijos discontinuos.

7. Excedencias temporales remuneradas.

8. Medidas de apoyo al autoempleo.

9. Fomento de la jubilación parcial mediante la cobertura del puesto por contratos de relevo, que a la finalización del plazo de sustitución, si no se amortiza el puesto, puedan de manera indefinida continuar en la empresa.

10. Prejubilaciones mediante pólizas de aseguramiento de carácter colectivo que prevean la no imputación fiscal de la póliza al trabajador y que garanticen, en la mayor cuantía posible, el mantenimiento de la percepción económica y de las cotizaciones sociales y de pensión del afectado.

    Es de enorme trascendencia acordar el aseguramiento con entidades de reconocida solvencia, con el fin de garantizar el blindaje de las percepciones futuras, y

el seguimiento conjunto del cumplimiento de los contenidos del pacto mediante la constitución de comisiones paritarias de seguimiento.

11. Indemnizaciones por extinción del contrato.

    Para posibilitar la consecución de dichos objetivos es primordial que la representación de los trabajadores y trabajadoras en general, y el sindicato en particular, desarrollen un papel activo a lo largo de la tramitación del ERE, rechazando planteamientos que carezcan de legalidad o contengan elementos de carácter fraudulento, y, especialmente, contraponiendo propuestas y alternativas, elaborando informes, recursos, etc. En definitiva, se trata de agotar las vías de intervención sindical haciendo uso de todas las posibilidades que la ley reconoce en relación con los derechos de representación colectiva.

2.4. Papel de la Administración

Debido a su trascendencia, es necesario exigir que la autoridad laboral, en función de sus atribuciones y desde su posición de necesaria imparcialidad, ejerza una verdadera labor de tutela durante la tramitación del ERE, garantizando que el proceso se desarrolle con escrupuloso cumplimiento de las normas legales y bajo el principio de buena fe negocial, además de instar a colaborar en la solución negociada de las posibles divergencias o desacuerdos.

Hemos de personarnos ante la Inspección con carácter previo a la elaboración de su preceptivo y no vinculante informe (10 días), y ante las Direcciones Generales de Trabajo, especialmente al final del período de consultas y también especialmente en los casos de desacuerdo, para manifestar nuestra posición y requerir que antes de dictar la resolución administrativa (15 días) realice una rigurosa verificación técnico-jurídica del expediente, garantizando el respeto a la ley.

En este sentido, conviene incidir en que, tras la sentencia del TS de abril de 2002, cuando el proceso de negociación finaliza con acuerdo avalado por la mayoría de la representación social, las atribuciones de la Administración se limitan de forma drástica, ya que dicho pronunciamiento entiende que el acuerdo alcanzado en el seno del período de consultas goza de un rango de legalidad equiparable a la de un convenio colectivo, y circunscribe las competencias de la Administración a la capacidad de revisar los contenidos del acuerdo con el fin exclusivo de evitar posibles anomalías legales.

Únicamente, si la autoridad laboral apreciase de oficio o a instancia de parte la existencia de «fraude, dolo, coacción o abuso de derecho» en la conclusión del acuerdo, lo remitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. De igual manera actuará cuando, de oficio o

a petición del Servicio Público de Empleo Estatal, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por desempleo de los trabajadores afectados.

Por tanto, la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de quince días naturales, después de finalizado el plazo de negociaciones, autorizando la reducción de la jornada laboral, la suspensión o extinción de las relaciones laborales. Si en el plazo indicado no se hubiera emitido resolución expresa, se entenderá autorizada la medida solicitada.

En el supuesto de que en los casos de desacuerdo la Administración dicte en primera instancia resolución autorizando total o parcialmente las medidas planteadas por el empresario, es preciso tener en cuenta que contra la resolución administrativa autorizante de un expediente de regulación de empleo únicamente cabe el recurso de alzada administrativo, ante el órgano administrativo jerárquicamente superior del Ministerio de Trabajo, y nunca la demanda de conflicto colectivo.

Asimismo, hay que tener en cuenta que el suministro de información económica, en materia de empleo, de amortización de vacantes, de contratación laboral temporal o fija, de cierre de unidades productivas, de externalizaciones o contrataciones externas mediante contratas o subcontratas, debe ser una constante en cuanto a su exigencia en la acción sindical en la empresa, puesto que esta información fluida y permanente resulta transcendental para los casos en que puede plantearse expediente de regulación de empleo o despidos colectivos e incluso para los despidos individuales por causas objetivas o económicas, en los que la jurisprudencia ya ha exigido que con carácter previo se entregue copia material de la carta de despido a la representación legal de los trabajadores en la empresa.

Teniendo presente que en los despidos individuales por causa económica se exige la concurrencia de cuantiosas pérdidas económicas durante más de un ejercicio, de manera que si no hay pérdidas contables debidamente auditadas el expediente de regulación de empleo no debe prosperar por causa económica, puesto que una mera disminución de beneficios no puede justificar una medida de despido colectivo, dado que ésta sería desproporcionada y además no contribuiría la medida extintiva a la superación de una situación económica que a mayor abundamiento no es negativa, sino todo lo contrario, puesto que hay beneficios.

A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que las pérdidas deben originarse por la explotación regular del negocio de la empresa y no ser debidas a operaciones atípicas o singulares, como una extraordinaria inversión en maquinaria durante un año, que es puntual y esporádica, un autopréstamo concedido a sí mismo, a consejeros, administradores o socios muy relevantes, que hacen que los gastos económicos de tipo extraordinario aumenten en un ejercicio determinado.

Planteando que en los expedientes de regulación de empleo debe contemplarse la compensación por la empresa de los honorarios devengados por asesores financieros, económicos, técnicos jurídicos que asesoran a los representantes legales de los trabajadores en los expedientes de regulación de empleo, para empresas de más de 50 trabajadores.

También hay que tomar en consideración que se ha producido una reforma legal en materia fiscal, tantas veces reivindicada, mediante la que se eleva de 20 a 45 días por año de servicio el límite de indemnización exenta percibida como consecuencia de expedientes de regulación de empleo tramitados como colectivos por causas económicas.

Esta modificación supone la equiparación del tratamiento fiscal de este tipo de supuestos al aplicable a los despidos individuales calificados como improcedentes.

Sin embargo, subsiste la necesidad de modificar la normativa laboral para adaptarla a las nuevas realidades empresariales, para que se contemple en lo relativo al despido colectivo o incluso al despido individual por causa objetiva o despido económico la existencia de grupos mercantiles de empresas, de manera que las conexiones comerciales entre diversas empresas, filiales, absorbentes o absorbidas, deben ser tenidas en cuenta para determinar si está justificado o no el despido colectivo o expediente de regulación de empleo o el despido económico, puesto que deben evitarse actuaciones fraudulentas, como sería la de concentrar plantilla y deuda en una de las empresas del grupo, mientras que otra es la que tiene lucrativos beneficios.

La doctrina jurisprudencial del grupo laboral de empresas es insuficiente por la exigencia de requisitos que muchas veces no concurren, como la prestación indiferenciada en todas las empresas del grupo.

Por tanto, los pactos de los expedientes de regulación de empleo pueden ser pactos complejos o bifrontes, puesto que a la vez de constituir pactos de extinción en las condiciones acordadas con plan de viabilidad y plan de acompañamiento social, etc., constituyan también pacto de modificación de jornadas, horarios, funciones, sistema de retribución, etc., que son los contemplados en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Hay que tener en cuenta que estos pactos, de ser firmados por la mayoría de la representación legal de los trabajadores o la mayoría de la representación sindical en la empresa, serían difícilmente anulables, puesto que la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, parte de la cual se ha acompañado ya, señala con toda claridad que ante la existencia de un pacto la autoridad laboral está obligada a homologarlo o aprobarlo, salvo que sea notoriamente ilegal, como por ejemplo que la indem-

nización pactada a través de complementos de prejubilación o de jubilación anticipada resulte inferior al equivalente económico de 20 días por año.

Tan intensa es la obligación jurídica de aprobación de la autoridad laboral que si la autoridad laboral considera que no existe causa justificativa no puede rechazar el expediente, sino remitirlo a la jurisdicción social a través de la denominada demanda de oficio, para que esta jurisdicción se pronuncie previa celebración de juicio oral en el sentido de considerar si concurre o no dolo, fraude de ley o coacción o abuso de derecho en el pacto colectivo celebrado en el marco del expediente de regulación de empleo.

Esta autorrestricción en el control real de la causa se produce también para la jurisdicción contencioso administrativa, ante la cual se plantea el recurso contencioso administrativo posterior a la terminación del recurso de alzada administrativo y, por lo tanto, posterior a agotar la vía administrativa previa.

El pronunciamiento judicial en el recurso contencioso administrativo si hay pacto en el expediente de regulación de empleo debe limitarse a constatar si ha habido fraude de ley o abuso de derecho, o dolo o coacción, en cuanto al origen y contenido del pacto, y si constata la concurrencia de alguna de estas circunstancias de supuesta ilegalidad o de indicios de ilegalidad debe anular todas las actuaciones y reponerlas al momento en que se ordena a la autoridad laboral la promoción de una demanda de oficio sobre nulidad del acuerdo por alguna de estas causas (dolo, coacción, fraude de ley o abuso de derecho).

De manera que el pronunciamiento judicial contencioso administrativo no puede definirse sobre el fondo del asunto planteado; es decir, sobre la concurrencia de causa justificativa y la legalidad o no del expediente de regulación de empleo, puesto que se produjo un pacto colectivo que impide este pronunciamiento.

Otro punto que hay que tener muy en cuenta es que si se produce pacto en el expediente de regulación de empleo es conveniente que se acompañe de un listado de las personas afectadas, y si este listado no existe o no es conveniente pactarlo, deben incorporarse al acuerdo siempre, con claridad y precisión, los criterios aplicativos y de selección de personal afectado para que la empresa decida discrecional, pero legalmente, a quiénes afecta el expediente de regulación de empleo de conformidad con estos criterios previamente pactados, sobre selección de personal según categorías profesionales y circunstancias concurrentes.

De no producirse este pacto, el trabajador individualmente afectado puede interpretar razonablemente que la decisión de extinguir su contrato de trabajo no es mera aplicación o ejecución del expediente de regulación de empleo y, por lo tanto, constituye un despido, puesto que es una extinción que no es efecto de la resolución adminis-

trativa dado que ésta ni tiene lista ni tiene criterios de selección, con lo cual esta demanda de despido interpuesta por algún trabajador afectado puede dar lugar a despido improcedente con indemnización de 45 días y pago de salarios de tramitación o a despido nulo si se considera que es un despido por causa objetiva y que incurre en defectos formales al no cumplir los requisitos del art. 53 del Estatuto de los Trabajadores.

Además, tampoco puede el empresario en la concreción de la lista incurrir en indicios de que la selección se ha efectuado por razones de afiliación sindical o por razón de sexo, puesto que en este caso la resolución administrativa impugnada ante la jurisdicción contencioso administrativa o la demanda de despido individual ante los Juzgados de lo Social podría establecer que el acto administrativo impugnado o la decisión empresarial de extinción de contrato son nulas por violación de derechos fundamentales.

Tener en cuenta, por último, que en el pacto cabe establecer indemnizaciones diferentes siempre que éstas tengan una justificación razonable, como por ejemplo premiar económicamente a los trabajadores y trabajadoras con salarios más bajos, establecer módulos diferentes para el personal de mayor cualificación profesional de manera que perciban una mayor indemnización aquellos trabajadores y trabajadoras menos cualificados, etc.

Ahora bien, siempre hay que tener presente que todo trabajador o trabajadora debe percibir como mínimo la indemnización de 20 días por año y, de establecerse, la causa que justifica la diferencia de trato económico debe ser razonable, como sería el supuesto de premiar a los trabajadores de menor renta o cualificación, como consecuencia de las mayores dificultades que, previsiblemente, tendrán para su recolocación y, por tanto, en el acceso al empleo.

Además, hay que tener en cuenta que el pacto del expediente de regulación de empleo no tiene valor de convenio colectivo normativo y, por tanto, no existe en este caso la regla jurídica de igualdad de trato ante la ley o ante la norma de eficacia general, regla jurídica que sí concurre en los convenios colectivos estatutarios.

En consecuencia, en este caso no es de aplicación la prohibición de doble escala salarial o prohibición de diferente salario según fecha de ingreso en la empresa, puesto que no hay norma jurídica y además la regla que sería de aplicación a este pacto colectivo privado, y que no es normativo, es la de prohibición de discriminación, que para que resulte aplicable deben concurrir dos circunstancias que nunca deben darse en un pacto colectivo que firme CCOO.

La primera, que la diferencia de trato se vincule a una circunstancia personal prohibida por el art. 14 de la Constitución o el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores, como es

el sexo o la afiliación sindical, es decir, que se discrimine a las mujeres o a los afiliados a un sindicato en el sentido de que salgan notoriamente perjudicados frente a los hombres o restantes afiliados o no afiliados.

La segunda circunstancia que debe concurrir es la ausencia de causa razonable o justificativa en la diferencia de trato; causa justificativa ésta que muchas veces concurre, puesto que en bastantes ocasiones la diferencia de trato económico en los módulos indemnizatorios, no en la cuantía total de la misma, va asociada al menor salario, la menor cualificación profesional o las dificultades reales de recolocación, respetando siempre el mínimo imperativo de 20 días por año de servicio.

Por último, hay que tener en cuenta que según diferentes sentencias no existe diferencia de trato discriminatorio por razón de edad cuando el expediente de regulación de empleo se aplica a los mayores de 55 años o próximos a esta edad, puesto que la causa justificativa no sería sólo el menor coste económico de los que quedan, que tienen menos antigüedad, sino también la mejor protección social a través de prestaciones contributivas de desempleo, subsidio, jubilaciones anticipadas, etc., de los que salen de la empresa.

Máxime si tenemos en cuenta que ya el Tribunal Constitucional justificó, en diversas sentencias, la diferencia en el importe de salarios mínimos interprofesionales por razón de edad por la causa razonable de la mayor experiencia laboral y profesional que con carácter general existe para los mayores de 18 años en relación con los menores de 18 años.