



**DOÑA MARÍA DOLORES PAGÁN ARCE, SECRETARIA DEL
CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA
REGIÓN DE MURCIA.**

CERTIFICO: Que según resulta del borrador del acta de la sesión celebrada el día cuatro de noviembre de dos mil quince, a propuesta del Consejero de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo, el Consejo de Gobierno acuerda interponer demanda de oficio ante la Jurisdicción Social por el Director General de Trabajo en el Expediente de Regulación de Empleo nº 20150043, comunicado por la empresa "*Smart Market, S.L.U.*", por considerar que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al referido orden social de la jurisdicción.

Y para que conste y a los procedentes efectos, expido, firmo y sello la presente en Murcia a cuatro de noviembre de dos mil quince.



EXTRACTO DE DOCUMENTOS

ASUNTO: AUTORIZACIÓN POR EL CONSEJO DE GOBIERNO DE FORMULACIÓN DE DEMANDA DE OFICIO ANTE EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO Nº20150043 COMUNICADO POR LA EMPRESA SMART MARKET, SLU.

1. Propuesta al Consejo de Gobierno.
2. Informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de 20 de octubre de 2015, informando favorablemente la interposición de la Demanda de Oficio, con la reserva de una posible caducidad de la misma.
3. Informe del Servicio Jurídico de la Consejería de 24 de septiembre de 2015, coincidente con la propuesta de la Dirección General de Relaciones Laborales y Economía Social de 10 de septiembre de 2015.
4. Informe - propuesta del Servicio de Normas Laborales y Sanciones, visado por el Director General de Relaciones Laborales y Economía Social, de 10 de septiembre de 2015 en el que se propone la presentación de Demanda de Oficio por posible fraude de Ley y abuso de derecho en la adopción de la decisión empresarial, así como por obtención indebida de prestaciones por desempleo.
5. Informe del Servicio Público de Empleo Estatal de 6 de agosto de 2015, comunicando la posible percepción indebida de prestaciones por desempleo.
6. Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2 de julio de 2015.
7. Escrito de 9 de julio de 2015 en el que la empresa comunica a la autoridad laboral una ampliación/corrección de dicha acta final, que se llevó a cabo el 7 de julio de 2015.
8. Escrito de 26 de junio de 2015, con entrada en registro el 2 de julio de 2015 en el que la empresa de referencia comunica a la autoridad laboral el Acta final del periodo de consultas de 25 de junio de 2015, sin acuerdo con los representantes de los trabajadores.
9. Escrito de la empresa Smart Market, S.L.U. comunicando a la autoridad laboral la decisión de iniciar procedimiento de suspensión de ocho contratos de trabajo y la reducción de jornada en un cincuenta por ciento de otros dos.



AL CONSEJO DE GOBIERNO

Visto el Expediente de Regulación de Empleo nº 20150043, comunicado a la Dirección General de Relaciones Laborales y Economía Social por la empresa "**SMART MARKET, S.L.U.**", obran en el mismo informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, la Dirección General de Relaciones Laborales y Economía Social, el Servicio Jurídico de la Consejería de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo y la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, en los que se constata la posible existencia de fraude de ley y abuso de derecho en la decisión empresarial, así como la pretensión de obtener indebidamente prestaciones por desempleo.

Por otro lado, pese a que en su informe la Dirección de los Servicios Jurídicos menciona la posibilidad de que la acción haya caducado a la vista de los dos pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que allí se citan, no consideramos que se trate de una doctrina consolidada que justifique la modificación del criterio seguido hasta ahora por esta Administración, por lo que entendemos procedente la formulación de la demanda de oficio, aun a riesgo de que se declare caducada.

En su virtud, de conformidad con lo dispuesto por el **artículo 148.b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre**, reguladora de la jurisdicción social, en relación con el **artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores**, y en cumplimiento del **artículo 22.25 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre**, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, se eleva al Consejo de Gobierno la siguiente propuesta de

ACUERDO

Que se interponga demanda de oficio ante la Jurisdicción Social por el Director General de Trabajo en el Expediente de Regulación de Empleo nº 20150043, comunicado por la empresa "**SMART MARKET, S.L.U.**", por considerar que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al referido orden social de la jurisdicción.

En Murcia a 28 de octubre de 2015

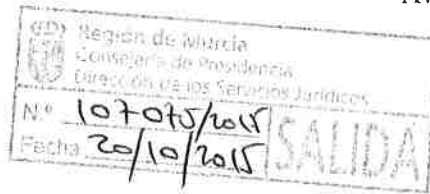
**EL CONSEJERO DE DESARROLLO ECONÓMICO,
TURISMO Y EMPLEO**



Región de Murcia
Consejería de Presidencia
Dirección de los Servicios Jurídicos

V. 26/10/2015.

Avda. de la Libertad, 6, Bl. 3, entlo. B
30071 MURCIA



Inf. nº 83/15

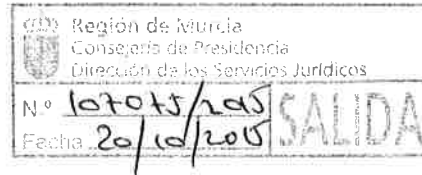
Le acompaño el informe que tenía interesado de esta Dirección de los Servicios Jurídicos, relativo a “LA PROCEDENCIA O NO DE INTERPONER DEMANDA DE OFICIO EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO Nº 20150043, SOLICITADO POR LA MERCANTIL SMART MARKET, S.LU.”

Murcia, 20 de octubre de 2015

EL DIRECTOR DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS

Fdo.: Francisco Ferrer Meroño

ILMO. SR. SECRETARIO GENERAL DE LA CONSEJERÍA DE
DESARROLLO ECONÓMICO, TURISMO Y EMPLEO



Informe nº 83/2015

ASUNTO: SOBRE LA PROCEDENCIA O NO DE INTERPONER DEMANDA DE OFICIO EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO Nº 20150043, SOLICITADO POR LA MERCANTIL “SMART MARKET, S.L.U”.

ÓRGANO CONSULTANTE: CONSEJERÍA DE DESARROLLO ECONÓMICO, TURISMO Y EMPLEO.

VISTOS los antecedentes contenidos en el expediente administrativo, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo art. 7.1.d) de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, con carácter preceptivo se emite el siguiente

INFORME

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se remite por el Consejero de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo, para su informe por esta Dirección de los Servicios Jurídicos, copia del expediente referido.

Con fecha 10 de septiembre de 2015 el Director General de Relaciones Laborales y Economía Social formula propuesta para que *“por parte del titular de la Consejería de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo, se solicite al Consejo de Gobierno autorización para interponer la correspondiente demanda de oficio ante la Jurisdicción Social”*, por considerar que se trata *“de cuestiones*



cuyo fondo está atribuido al Orden Social de la Jurisdicción, según el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial... ”.

Igualmente, el informe de 24 de septiembre de 2015, del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería considera que *“...concurren las circunstancias de fraude de ley, abuso de derecho y pretensión de obtener indebidamente prestaciones por desempleo,... ”*, por lo que *“..., salvo distinto criterio de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, se inicie procedimiento de oficio ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia...”*

De conformidad con el Art. 22.25 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, corresponde al Consejo de Gobierno *“Acordar el ejercicio de acciones judiciales, o la interposición de recursos y demandas en relación con los intereses, bienes y derechos de la Administración pública regional,... ”*

El artículo 21 del Decreto 77/2007, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, dispone que: *“1. La consulta se acompañará de:*

a) Los antecedentes de todo orden que puedan influir en el dictamen.

b) Copia compulsada del expediente administrativo completo, debidamente foliado, con índice inicial de los documentos que contiene.

2. Se entenderá que el expediente administrativo está completo cuando consten:

1º Copia autorizada del texto definitivo de la propuesta del acto, o proyecto de disposición de carácter general, que constituya su objeto.



2º Informe jurídico a que se refiere el artículo 17 de este Reglamento.

3º El cumplimiento de los trámites preceptivos exigibles al procedimiento objeto de la consulta...”

Poe su parte, el artículo 16 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, establece, entre las funciones atribuidas a los Consejeros en cuanto titulares de sus respectivas Consejerías *“La elevación al Consejo de Gobierno de los anteproyectos de ley o proyectos de decreto, así como de las propuestas de acuerdos que afecten a su departamento.*

En el presente caso **no ha sido remitida**, junto con el expediente, **la propuesta de acuerdo firmada por el Consejero de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo.**

No obstante lo anterior, y para evitar dilaciones innecesarias, se emite el presente informe, a resultas de que la respectiva propuesta de acuerdo vaya en el mismo sentido de los informes y propuestas precedentes en este asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente supuesto no viene constituido por el acuerdo alcanzado entre empresa y trabajadores, puesto que dichos trabajadores han mostrado su disconformidad con dicho acuerdo, sino que se trata de una decisión unilateral de la empresa, fundamentada en causas económicas, consistente en:



“a) Aplicar la suspensión de 8 contratos de trabajo, y la reducción de jornada de 2 trabajadores, desde el 1/07/2015, con una duración de 3 meses, finalizando por tanto, el 30/09/2015.

b) La jornada de los 2 trabajadores afectados por reducción, pasará a ser de 20 horas semanales, prestada de lunes a viernes, de 9:00 a 13:00 horas.

c) Del 10 al 16 de agosto, los trabajadores no estarán afectados por el expediente, al disfrutar de su periodo vacacional, junto con el resto de la plantilla.”

El art. 47 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la redacción vigente al momento de celebrarse el acuerdo, dispone que:

“1. El empresario podrá suspender el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, con arreglo a lo previsto en este artículo y al procedimiento que se determine reglamentariamente.

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda 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. En todo caso, se entenderá 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.

(...)

El procedimiento, que será aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión, se iniciará mediante comunicación a la autoridad laboral competente y la apertura



simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días.

La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo.

La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de apertura del período de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar formalmente a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral el inicio del período de consultas. La falta de constitución de la comisión representativa no impedirá el inicio y transcurso del período de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

La autoridad laboral dará traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará informe



preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento.

Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo primero y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, que surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior. La autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo.

Si en el plazo de quince días desde la fecha de la última reunión celebrada en el período de consultas, el empresario no hubiera comunicado a



los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, se producirá la caducidad del procedimiento en los términos que reglamentariamente se establezcan.

La decisión empresarial podrá ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando aquella pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

(...)

2. La jornada de trabajo podrá reducirse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción con arreglo al procedimiento previsto en el apartado anterior. A estos efectos, se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Durante el período de reducción de jornada no podrán realizarse horas extraordinarias salvo fuerza mayor.”

Por su parte, el art. 16.1, 2 y 3 del 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, dispone:

“1. El contrato de trabajo podrá suspenderse por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a que se refiere el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, con arreglo al procedimiento previsto en este capítulo cuando el cese de la actividad que venía desarrollando el trabajador afecte a días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo.



2. *La jornada de trabajo podrá reducirse por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a que se refiere el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores con arreglo al procedimiento previsto en este capítulo. Se entenderá por reducción de jornada la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.*

3. *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.”*

SEGUNDO.- Procede, por tanto, comprobar si en el expediente remitido se encuentra acreditada *“la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho”* en la decisión empresarial, o *“pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo”*, pues, sólo en estos casos dicho Acuerdo *“podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente”*, teniendo en cuenta que la carga de la prueba de la existencia de tales vicios corresponde a quien la alega, o sea, a la Administración que interpone la demanda, puesto que el fraude no se presume.

En relación con lo anterior debe tenerse en cuenta que el artículo 47.1 del ET, establece que *“La autoridad laboral dará traslado de la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre los extremos de dicha comunicación y sobre el desarrollo del período de consultas. El informe deberá ser evacuado en el improrrogable plazo de quince días desde*



la notificación a la autoridad laboral de la finalización del período de consultas y quedará incorporado al procedimiento.”

Dicho Informe -preceptivo pero no vinculante para la Administración- es exigible haya acuerdo o no entre empresa y trabajadores, por lo que será un instrumento que podrá servir de base para la impugnación prevista por los trabajadores que consideren injustificada la medida, cuando no haya acuerdo, o para la acreditación, en su caso, de la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho cuando se haya concluido con acuerdo, como es el caso. En ambos casos el Informe del Inspector actuante puede revestir gran importancia dado el ámbito legal de actuaciones de comprobación que tiene atribuido dicho Cuerpo, pero teniendo presente que, en caso de que exista acuerdo, de la actividad comprobatoria realizada y de las conclusiones de la misma solo habrán de tenerse en cuenta aquellas encaminadas a la acreditación de la existencia de los requisitos exigidos para la impugnación del Acuerdo por la Administración, careciendo de relevancia las demás actuaciones o consideraciones.

Considerando lo expuesto y a la vista del expediente remitido, del contenido del Informe del Inspector actuante en relación a las causas que justificarían la impugnación de dicho Acuerdo (folios 312 a 317 expte.), del informe del Servicio Público de Empleo Estatal, y a la vista de los informes precedentes, debemos concluir, tal y como hacen los mismos, la posible concurrencia de *“fraude de ley y abuso de derecho en la decisión empresarial adoptada..., y que la misma pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, debido a la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.”*



TERCERO.- En efecto, tal y como se expone en el Informe-Propuesta de la Dirección General de Relaciones Laborales y Economía Social, y en el informe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo:

En base a todo lo anterior, se estima oportuno señalar lo siguiente:

a) En cuanto al carácter coyuntural de la actividad de la empresa:

i. De conformidad con lo previsto en el citado artículo 18.1 del Real Decreto 1483/2012, la documentación justificativa que debe acompañar a la comunicación de la apertura del periodo de consultas será la necesaria para acreditar (...) que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa.

En el presente procedimiento la empresa SMART MARKET, S.L.U ha incumplido uno de los elementos esenciales del mismo, como es el del carácter coyuntural de la actividad de la misma, ya que según lo dicho por el inspector actuante, la situación alegada por la empresa para suspender los contratos de trabajo de 8 trabajadores, y reducir la jornada de 2, tendría carácter estructural, y no coyuntural. A la vista de lo anterior, no se considera que dicha medida sea de carácter temporal o suficiente para solventar los posibles problemas económicos que la misma alega tener, ya que el ahorro que la empresa pretende con la aplicación de las referidas medidas no sería tal, pues el coste salarial de los trabajadores no afectados, es muy superior al de los afectados.

(...)

b) En cuanto al periodo durante el cual se va a hacer efectiva la medida:

i. Tal y como consta en la decisión empresarial aportada, la empresa tiene intención de aplicar la suspensión de 8 contratos de trabajo, y la reducción



de jornada de 2 trabajadores, durante el periodo estival, esto es, desde el 1/07/2015, con una duración de 3 meses, finalizando por tanto, el 30/09/2015.

ii. En este sentido, y a la vista del contenido del informe emitido por el SEPE, los trabajadores afectados por el presente expediente, no se considerarían en situación legal de desempleo, ya que en la tramitación del procedimiento que permite hacer efectiva la medida comunicada de suspensión de contratos y reducción de jornada, no se ha cumplido uno de los parámetros que se contienen en el artículo 47 del ET, como es el carácter coyuntural de la situación en la que se encuentra la empresa.

5. Por todo ello, se presume que hay indicios de un posible fraude de ley, y abuso de derecho, en la decisión adoptada por SMART MARKET, S.L.U:

a) Por un lado, en cuanto al fraude de ley,..., podría ser considerada fraudulenta la decisión empresarial adoptada tras el periodo de consultas..., ya que la aplicación por parte de la empresa de dicha medida de suspensión de contratos de trabajo, y reducción de jornada, conlleva un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, como es la obtención indebida de las prestaciones de desempleo por parte de los 10 trabajadores afectados, debido a la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

(...)

iii. Según lo dicho, en la tramitación del presente expediente, podría no haberse cumplido por parte de la empresa, con lo establecido en dicho artículo 47, y en el citado artículo 18.1 del Real Decreto 1483/2012, debido a la no concurrencia del requisito de la coyunturalidad, el cual ha de estar presente en todo procedimiento de suspensión de contratos y reducción de jornada.

b) Por otro lado, en cuanto al abuso de derecho,...la empresa pretende aplicar dicha medida durante el periodo estival, con el consiguiente derecho de



los trabajadores a percibir prestaciones por desempleo, y el consiguiente ahorro de costes salariales para la empresa.

ii. En este sentido procede destacar que la Jurisprudencia, considera como notas esenciales del abuso del derecho, el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y el carácter antisocial del daño. En este caso, ello se materializa en un daño antisocial provocado a terceros sujetos: concretamente al SPEE ya que, la mercantil de referencia, aplicando el mencionado procedimiento previsto en el citado artículo 47, trasladaría a dicho organismo, obligaciones que le son propias, como es el pago de salarios (en forma de prestaciones por desempleo).

6. En base a lo anterior, se estima que ha podido mediar fraude de ley y abuso de derecho en la decisión empresarial adoptada por SMART MARKET, S.L.U, y que la misma pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, debido a la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.”

A ello tenemos que añadir que el Servicio Público de Empleo Estatal (folios 325 y 326 expte.) “...solicita la impugnación de la decisión empresarial al considerar que pueda tener objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo.”

CUARTO.- El art. 148.b) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, dispone que: “*El proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia:*

(...)

b) De los acuerdos de la autoridad laboral competente, cuando ésta apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión de los acuerdos de suspensión, reducción de la jornada o extinción a que se refieren el artículo 47 y el apartado 6 del artículo 51 del Texto Refundido de la Ley del



Estatuto de los Trabajadores, y los remitiera a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará la autoridad laboral cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo hubiese informado que la decisión extintiva de la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.”

QUINTO.- En cuanto al **plazo para ejercer la acción**, no podemos obviar que ya existen dos pronunciamientos de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Superior de Justicia sobre el particular, recaídos en los procedimientos de oficio nº 1 y 2 del 2015, y en los que la Sala fija el plazo para ejercer la acción por la autoridad laboral en **20 días**, por similitud con el plazo establecido en el art. 138 de la LRJS para que los trabajadores o sus representantes puedan impugnar la decisión empresarial. Plazo que es de caducidad.

Dichas sentencias no son firmes, al haberse anunciado recurso de casación frente a las mismas.

Ahora bien, mientras que en la sentencia nº 655/2015 (PO 1//2015), el *dies a quo* se sitúa en la fecha de recepción del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la sentencia nº 656/2015 (PO 2/2015) fija dicho día en la notificación a la Autoridad Laboral de la decisión empresarial de suspender las relaciones laborales.

En cualquier caso, aplicando cualquiera de los criterios para determinar el *dies a quo*, teniendo en cuenta que la comunicación del empresario de su decisión tiene entrada registrada con fecha 09/07/2015 y que el informe de la



Región de Murcia
Consejería de Presidencia

Dirección de los Servicios Jurídicos

Inspección de Trabajo y Seguridad Social tiene entrada registrada de 03/08/2015, la acción, a la fecha de entrada del expediente en esta Dirección de los Servicios Jurídicos (05/10/2015) habría caducado.

CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto, se informa favorablemente la procedencia de interponer demanda de oficio en el presente asunto, con la salvedad hecha respecto del plazo de caducidad de la acción.

Murcia, a 20 de octubre de 2015

Vº Bº

El Director,

La Letrada,



INFORME JURÍDICO

SOLICITANTE: Dirección General de Relaciones Laborales y Economía Social

REF.: *INF 22/2015-MNM*

ASUNTO: *INTERPOSICIÓN DE DEMANDA DE OFICIO ANTE EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO Nº 20150043, COMUNICADO POR LA EMPRESA "SMART MARKET, S.L.U.", POR POSIBLE FRAUDE DE LEY Y ABUSO DE DERECHO EN LA DECISIÓN ADOPTADA POR LA CITADA EMPRESA.*

En relación con el asunto de referencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.1.e) del Decreto nº 21/2008, de 29 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Secretaría General de la Consejería de Empleo y Formación, en relación con la disposición transitoria primera del Decreto 112/2015, de 10 de julio, por el que se establecen los órganos directivos de la Consejería de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo, este Servicio Jurídico emite, con carácter preceptivo, el siguiente informe.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El 21 de septiembre de 2015 tiene entrada en esta Secretaría General escrito de 10 de septiembre de 2015 de la Dirección General de Relaciones Laborales y Economía Social remitiendo el expediente de referencia sobre demanda de oficio, con informe-propuesta del Servicio de Normas Laborales y sanciones de la misma fecha, a los efectos de que este Servicio Jurídico emita informe de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de estructura orgánica antes citado.

Segundo.- El 4 de junio de 2015, la empresa SMART MARKET, S.L.U., comunica a la autoridad laboral el inicio del procedimiento previsto en el artículo 47.1 del Estatuto de los Trabajadores para suspender los contratos de 8 trabajadores, y reducir en un 50 % la jornada de 2, de un total de 32



trabajadores de su plantilla, por un período de 12 meses a partir del 22 de junio de 2015. Dicha comunicación tiene su fundamento en causas económicas.

Tercero.- El 2 de julio de 2015, la empresa aporta acta final del período de consultas de fecha 25 de junio de 2015, donde se deja constancia de la inexistencia de acuerdo entre empresa y representación de los trabajadores. En dicha acta consta la decisión empresarial de:

- a) *Aplicar la suspensión de 8 contratos de trabajo y la reducción de jornada de 2 trabajadores, desde el 1 de julio de 2015, con una duración de 3 meses, finalizando, por tanto, el 30 de septiembre de 2015.*
- b) *La jornada de los 2 trabajadores afectados por reducción, pasará a ser de 20 horas semanales, prestada de lunes a viernes, de 9:00 a 13:00 horas.*
- c) *Del 10 al 16 de agosto, los trabajadores no estarán afectados por el expediente, al disfrutar de su período vacacional, junto con el resto de la plantilla.*

Cuarto.- El 9 de julio de 2015, la empresa presenta escrito de *modificación /corrección* del acta final del período de consultas, en el cual se indican expresamente la relación de trabajadores afectados por la medida.

Quinto.- La representación de los trabajadores, en informe elaborado conforme a lo previsto en el artículo 64.5.a) y b) del Estatuto de los Trabajadores, pone de manifiesto su disconformidad con la causa que motiva el expediente, aduciendo incumplimiento del requisito de entrega de documentación sobre la causa invocada, no justificación de la coyunturalidad de la medida, aumento de la actividad de los departamentos afectados e inadecuación de la medida dado el escaso ahorro que supone. Asimismo, se oponen a los criterios de selección aplicados por el empresario, por incongruencia con el ahorro que se pretende, ya que el coste salarial de los trabajadores no afectados es muy superior al de los afectados, así como por no basarse dichos criterios en parámetros objetivos (se incluyen a los trabajadores que ya tienen reducción de jornada y a aquellos que han reclamado a la empresa o tienen un proceso judicial pendiente), porque no son eficientes, y porque afectan a los derechos laborales de los trabajadores.

Sexto.- El 2 de julio de 2015, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emite el preceptivo informe, en el que se concluye lo siguiente:



“De la revisión de la documentación aportada y de las declaraciones de los representantes de los trabajadores, no se aprecia que la medida tomada por la empresa sea de carácter temporal o suficiente para hacer frente a los posibles problemas económicos que pudiera tener. No se encuentran suficientemente probadas las causas económicas puestas en relación con la medida que quieren llevar a cabo. Tampoco explica con la suficiente claridad los motivos por los que se eligen a los trabajadores afectados. Y llama la atención el tiempo al que afecta el expediente, los meses de períodos vacacionales, siendo el Servicio Público de Empleo quien se lo pagará a los trabajadores, y no la empresa. No se entiende que esta medida vaya a solucionar las causas económicas invocadas por la mercantil.”

Séptimo.- Por otra parte, el Servicio Público de Empleo Estatal, en escrito de 6 de agosto de 2015, insta la impugnación de la decisión empresarial al considerar que la misma pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo. Por un lado porque no existe la coyunturalidad de la situación alegada, y si se elimina el elemento temporal la situación legal de desempleo no existe. Y por otro, porque el período durante el que pretende hacerse efectiva la medida es el de vacaciones, que debe ser por cuenta de la empresa cuando no está acreditada la necesidad de la medida, como es el caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El artículo 22.25 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, corresponde al Consejo de Gobierno *“acordar el ejercicio de acciones judiciales.”* Por otro lado, de acuerdo con el artículo 10.1.e) del Decreto nº 21/2008, de 29 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Secretaría General de la Consejería de Empleo y Formación, vigente en virtud de la disposición transitoria primera del Decreto 112/2015, de 10 de julio, citado a la cabeza, le corresponde al Servicio Jurídico el *“informe de todas las actuaciones que hayan de elevarse para su aprobación por el Consejo de Gobierno así como de aquellas que deban remitirse a la Dirección de los Servicios Jurídicos.”*

Segundo.- El informe-propuesta emitido por el Servicio de Normas Laborales y Sanciones el 10 de septiembre de 2015, al que nos hemos referido en el antecedente de hecho primero, que a su vez suscribe el Director General de Relaciones Laborales y Economía Social, considera que ha podido



mediar fraude de ley y abuso de derecho en la decisión empresarial adoptada por SMART MARKET, S.L.U., y que la misma pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, debido a la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo. Para llegar a esta conclusión, dicho informe-propuesta, haciendo suyo el planteamiento de los **informes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2 de julio de 2015, y del Servicio Público de Empleo Estatal de 6 de agosto de 2015**, parte de diversas consideraciones, que compartimos absolutamente, y que extractamos a continuación:

"[...] 2.- El contenido de la demanda y la cuestión que se pretende dirimir, versa sobre la apreciación de la existencia de indicios que hacen presumir que la decisión empresarial pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo, y ello a as vista de la documentación que obra en el expediente, el informe emitido por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, y el emitido por el SPEE.

3.- Del tenor literal del artículo 47.1, párrafo 15, del Estatuto de los Trabajadores, se extrae la posibilidad de que la Autoridad Laboral pueda formular la demanda del proceso de oficio, cuando la entidad gestora de la prestación de desempleo, le informe que la decisión adoptada por la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo.

4.- En base a todo lo anterior, se estima oportuno señalar lo siguiente:

a) En cuanto al carácter coyuntural de la actividad de la actividad de la empresa:

- i. De conformidad con lo previsto en el citado artículo 18.1 del Real Decreto 1483/2012, la documentación justificativa que debe acompañar a la comunicación de la apertura del período de consultas será la necesaria para acreditar (...) que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa.*
- ii. En el presente procedimiento la empresa SMART MARKET, S.L.U. ha incumplido uno de los elementos esenciales del mismo, como es el del carácter coyuntural de la actividad de la misma, ya que, según lo dicho por el inspector actuante, la situación alegada por la empresa para suspender los contratos de trabajo de 8 trabajadores y reducir la jornada de 2, tendría*



carácter estructural, y no coyuntural. A la vista de lo anterior, no se considera que dicha medida sea de carácter temporal o suficiente para solventar los posibles problemas económicos que la misma alega tener, ya que el ahorro que la empresa pretende con la aplicación de las referidas medidas no sería tal, pues el costo salarial de los trabajadores no afectados, es muy superior al de los afectados.

b) En cuanto al período durante el cual se va a hacer efectiva la medida:

i. Tal y como consta en la decisión empresarial aportada, la empresa tiene intención de aplicar la suspensión de 8 contratos de trabajo y la reducción de jornada de 2 trabajadores, durante el período estival, esto es, desde el 1/07/2015, con una duración de 3 meses, finalizando por tanto, el 30/09/2015.

ii. En este sentido, y a la vista del contenido del informe emitido por el SPEE, los trabajadores afectados por el presente expediente no se considerarían en situación legal de desempleo, ya que en la tramitación del procedimiento que permita hacer efectiva la medida comunicada de suspensión de contratos y reducción de jornada no se ha cumplido uno de los parámetros que se contienen en el artículo 47 del ET, como es el carácter coyuntural de la situación en la que se encuentra la empresa.

5.- Por todo ello, se presume que hay indicios de un posible fraude de ley, y abuso de de derecho en la decisión adoptada por SMART MARKET, S.L.U."

Tercero.- No cabe duda de que las circunstancias a las que alude el fundamento anterior son claramente indiciarias de que ha existido fraude en la adopción de la decisión empresarial de suspensión y reducción de los contratos a que nos hemos referido. A la vista de todo lo anterior, entendemos que se cumplen estrictamente en este caso los requisitos que, en lo que respecta a la apreciación de fraude de ley carácter general, deben concurrir de acuerdo con consolidada **doctrina del Tribunal Supremo**, que recuerda cómo "el fraude de ley requiere la constatación de dos extremos: la realización de una conducta que suponga la violación de una Ley, en la medida que contravenga su finalidad práctica, y que la Ley de cobertura en la que se ampara esa conducta no proteja el fin perseguido por el autor; precisándose [...] que en la propia naturaleza de fraude de Ley está la creación de una apariencia de realidad con



el propósito torticero de obtener de ella unas consecuencias que la auténtica realidad, no aparente, sino deliberadamente encubierta, no permitiría (SSTS de 20 de octubre de 1986, 13 de octubre de 1988, 22 de diciembre de 1989 y 5 de diciembre de 1991, y más recientemente, de 18 de marzo de 2008 y 29 de diciembre de 2011, entre otras). Esta doctrina ha sido objeto de aplicación específica a procedimientos de regulación de empleo con alusión al concepto de fraude de ley del artículo 6.4 del Código Civil, en la **Sentencia del TSJ de Castilla-León (sede Burgos), Sala de lo Social, de 30 de octubre de 2000.**

Nos remitimos, por lo demás, a la jurisprudencia citada en el informe-propuesta de la Dirección General de Relaciones Laborales y Economía Social (**Sentencias del TSJ de Andalucía, Sala de lo Social, de 10 de julio de 2013, y del País Vasco 25 de febrero de 2014**).

Conforme a los citados pronunciamientos judiciales, y a la vista de cuanto ha quedado probado en este procedimiento, es fácil concluir que nuestro caso constituye un paradigmático ejemplo de fraude.

Por otra parte, desde el momento en que dicha conducta empresarial fraudulenta traslada al SPEE un gasto que no le corresponde, esto es, el pago de prestaciones por desempleo correspondientes a un período en que procede el abono de salarios por la empresa, nos encontramos ante un claro supuesto de abuso de derecho tal y como viene definido en **el artículo 7.2 del Código Civil**: *“La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.”*

Cuarto.- Si bien la normativa vigente en la fecha de la comunicación de la regulación de empleo que nos ocupa ha eliminado su autorización previa por la Administración, esto no implica una total desregulación de la materia, sino que se encomienda a la autoridad laboral (y a la entidad gestora de la prestación por desempleo) un papel de vigilancia y control del cumplimiento de las debidas garantías para evitar eludir la norma. Así, el **artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores**, en redacción dada por el **Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto**, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, establece que la decisión empresarial en esta materia podrá ser impugnada *“ante la*



Secretaría General

jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión." Añade dicho precepto que la decisión empresarial también podrá ser impugnada por la autoridad laboral "a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando aquella pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo."

Conclusión.- En definitiva, a la vista de los informes de la Inspección de Trabajo de 2 de julio de 2015, del Servicio Público de Empleo Estatal de 6 de agosto de 2015, y de la Dirección General de Trabajo de 10 de septiembre de 2015, y demás documentación obrante al expediente, puede afirmarse que en la decisión de la empresa SMART MARKET, S.L.U. de suspender y reducir los contratos de trabajo a que nos hemos referido al principio, concurren las circunstancias de fraude de ley, abuso de derecho y pretensión de obtener indebidamente prestaciones por desempleo, a las que alude el **artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores**. Entendemos, por tanto, perfectamente ajustado a derecho que, salvo distinto criterio de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, se inicie procedimiento de oficio ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de conformidad con los **artículos 148.b), 149 y 150, en relación con el 7.a), tercer párrafo, de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.**

Murcia, a 24 de septiembre de 2015

LA JEFA DEL Sº JURÍDICO

EL ASESOR JURÍDICO



Referencia: Sección de Registros y Estadísticas
Expedientes de Regulación de empleo
Expediente nº: 20150043
EMPRESA: SMART MARKET, S.L.U.
CIF/NIF: B30436117
ASUNTO: INFORME-PROPUESTA DEMANDA DE OFICIO

INFORME - PROPUESTA

I.- HECHOS:

1. En fecha 04/06/2015, la empresa de referencia, comunica a la que fuera Dirección General de Trabajo (actualmente Dirección General de Relaciones Laborales y Economía Social), el inicio del procedimiento previsto en el artículo 47.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para suspender los contratos de trabajo de 8, y reducir en un 50% la jornada de 2, de los 32 trabajadores que componen la totalidad de la plantilla de la empresa. La intención inicial de la misma, es la de aplicar tanto la suspensión de contratos como la reducción de jornada, durante un periodo de 12 meses a partir del 22/06/2015. Dicha comunicación tiene su fundamento en causas económicas.
2. Con fecha 02/07/2015, la empresa aporta acta final del periodo de consultas de fecha 25/06/2015, donde se deja constancia de la **inexistencia de acuerdo**, entre la empresa y la representación de los trabajadores. En dicha acta, consta la decisión empresarial de:
 - a) *Aplicar la suspensión de 8 contratos de trabajo, y la reducción de jornada de 2 trabajadores, desde el 1/07/2015, con una duración de 3 meses, finalizando por tanto, el 30/09/2015.*
 - b) *La jornada de los 2 trabajadores afectados por reducción, pasará a ser de 20 horas semanales, prestada de lunes a viernes, de 9:00 a 13:00 horas.*
 - c) *Del 10 al 16 de agosto, los trabajadores no estarán afectados por el expediente, al disfrutar de su periodo vacacional, junto con el resto de la plantilla.*
3. En fecha 09/07/2015, la empresa aporta escrito de *modificación/corrección del acta final del periodo de consultas*, en el cual se indican expresamente la relación de trabajadores afectados por la medida de suspensión de 8 contratos de trabajo, y la reducción de jornada de 2 trabajadores.
4. Consta en el expediente, en respuesta a la solicitud empresarial dirigida a la representación de los trabajadores, (comisión representativa designada *ad hoc*),



de conformidad con lo previsto en el artículo 64.5.a) y b), del Estatuto de los Trabajadores, informe elaborado por dicha representación de los trabajadores, a través del cual ponen de manifiesto su disconformidad tanto con la causa que motiva el expediente, como con los criterios de selección de los trabajadores afectados. En él, hacen referencia a lo siguiente:

a) *En relación a la causa, alegan:*

- i. *Incumplimiento del requisito de entrega de documentación sobre la causa invocada: se advierte que la empresa solo aporta las cuentas de SMART MARKET, S.L.U, sin realizar ninguna mención al resto de sociedades del Grupo, pese a que los trabajadores también prestan sus servicios a APPLETREE, S.L.U, DIFUSIÓN DE TIENDAS Y FRANQUICIAS, S.L.U y TIENDAS ONLINE HABITAT HOME, S.L.- (Según informe complementario aportado, la comisión solicitó a la empresa que le facilitara la documentación de la mercantil APPLETREE, para poder analizar la situación global del grupo. La empresa facilitó dicha documentación el mismo día que fue solicitada).*
- ii. *No justificación de la coyunturalidad de la medida: del análisis de la memoria explicativa, así como de lo que se desprende del informe económico, no queda justificada la transitoriedad/coyunturalidad de la medida propuesta. Más al contrario, teniendo en cuenta la previsión de pérdidas de la empresa, el escaso ahorro que implica la medida, los datos reflejados en la documentación y la solicitud de refinanciación, ponen de relieve que nos encontramos ante causas de carácter permanente o estructural, que no justifican la necesidad de aplicar medidas coyunturales como las propuestas.*
- iii. *La información económica de las sociedades, contrasta con la carga de trabajo que existe en los departamentos afectados, ya que no solo, no han reducido su actividad, sino que la misma se ha visto incrementada.*
- iv. *No se cuantifica el ahorro que puede implicar el recurso a otras medidas de ahorro adicionales a la medida propuesta: esto es, la viabilidad de la compañía se hace depender exclusivamente del expediente de regulación de empleo temporal, pese al escaso ahorro que supone.*

b) *En relación a los criterios de selección, alegan:*

- i. *Incongruencia entre los criterios de selección y la medida de ahorro pretendida, ya que el coste salarial de los trabajadores no afectados es*



- muy superior al de los afectados.*
- ii. Que los criterios no se han basado en parámetros objetivos, ya que se han incluido como afectados a todos los trabajadores que se encuentran en reducción de jornada, y cuyo coste salarial es más reducido que el de los trabajadores a jornada completa. Así mismo, también han incluido a todos los trabajadores que han reclamado a la empresa o tienen un proceso judicial pendiente, a una trabajadora que tiene su contrato suspendido por su reciente maternidad (no pudiéndose incorporar a la empresa hasta dentro de 5 meses), y a un trabajador con discapacidad psíquica.*
 - iii. Dichos criterios no son eficientes, teniendo en cuenta la operatividad de los departamentos, y además atentan a los derechos laborales de los trabajadores.*
5. En fecha 13/07/2015 se solicita a Inspección de Trabajo y Seguridad Social el preceptivo informe, el cual es emitido en fecha 03/08/2015. En él se hacen constar los siguientes extremos:
- a) En fecha 29/06/2015, comparecen ante la inspectora actuante, tanto el asesor de la empresa, como los trabajadores elegidos en comisión representativa al objeto de representar a los trabajadores durante el procedimiento.*
 - b) La empresa SMART MARKET S.L.U, se dedica al comercio al por mayor de textiles, concretamente según manifiestan los comparecientes, a la comercialización de artículos para el hogar.*
 - c) Los representantes de los trabajadores aportan informe realizado conforme al artículo 64.5 del Estatuto de los Trabajadores. En él muestran disconformidad sobre las causas alegadas y los criterios tenidos en cuenta respecto a la selección de los trabajadores afectados. (...) Según señalan en el informe y ponen de relieve en la reunión mantenida en Inspección de Trabajo, su actividad no se ha visto reducida en ningún momento, sino que muy al contrario, la han visto incrementada.*
 - d) A modo de conclusión, el inspector actuante señala:*
 - i. De la revisión de la documentación aportada y de las declaraciones de los representantes de la empresa y de los trabajadores, no se aprecia que la medida tomada por la empresa sea de carácter temporal o suficiente para hacer frente a los posibles problemas económicos que pudiera tener.*
 - ii. No se encuentran suficientemente probadas las causas económicas, puestas en relación con la medida que quieren llevar a cabo.*



- iii. *Tampoco explica con la suficiente claridad los motivos por los que se eligen a los trabajadores afectados.*
 - iv. *Y llama la atención el tiempo al que afecta el expediente, los **meses de periodos vacacionales**, siendo el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), quien se lo pagará a los trabajadores, y no la empresa.*
 - v. *No se entiende que esta medida vaya a solucionar las causas económicas invocadas por la mercantil.*
6. En fecha 21/08/2015 tiene entrada en este organismo, escrito del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante SPEE), en virtud del cual **solicita** a esta Dirección General la **impugnación de la decisión empresarial**, *al considerar que la misma pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo*. En él se hacen constar los siguientes extremos:
- a) En cuanto al carácter coyuntural de la actividad de la empresa:
 - i. *El artículo 16 del Real Decreto 1483/2012, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, señala que 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.*
 - ii. *Por su parte, el artículo 203 del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece se entenderá por desempleo total, el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión temporal de contrato o reducción temporal de jornada, ordenados al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.*
 - iii. *Por lo tanto, es necesario que exista una situación de dificultad (económica, técnica, organizativa o de producción), en la empresa de índole temporal, coyuntural o transitoria. En estos casos se permite el acceso a un régimen mixto de trabajo parcial, y acceso a la prestación por desempleo. Sin embargo, **si se elimina el elemento temporal, la situación legal de desempleo no existe**, y por tanto se debe reorganizar la empresa acudiendo a otras vías amparadas por la legislación vigente, como la modificación sustancial de las condiciones de trabajo previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, pero no por el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que se debe entender vedado el*



acceso a la prestación. En el caso de que la situación de dificultad que atraviesa la empresa fuera estructural o permanente, existen otras medidas, como la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial (que no lleva asociado el abono de prestación por desempleo). Por el contrario, si la situación es temporal o coyuntural, la empresa deberá acreditarlo, tal y como establece el artículo 18 del citado Real Decreto, que establece que la documentación justificativa que debe acompañar a la comunicación de la apertura del periodo de consultas, será la necesaria para acreditar la concurrencia de la causa y que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa.

- b) En cuanto al periodo durante el cual se va a hacer efectiva la medida:
- i. *El periodo de vacaciones, según establece el artículo 40 de la Constitución Española, así como el artículo 26 del ET, es un derecho del trabajador que se considera parte de su salario (que retribuye el trabajo efectivo y los periodos de descanso), debiendo existir una adecuada proporcionalidad entre el periodo de prestación de servicios y el periodo de descanso, según establece el TS en la sentencia de 30/04/1996. Por todo ello, el periodo de vacaciones del trabajador es por cuenta de la empresa, y durante el mismo el trabajador no se encuentra en situación legal de desempleo.*
 - ii. *Si cualquier empresa, sin acreditar la necesidad y el carácter coyuntural de la medida, pudiera solicitar la suspensión del contrato de trabajo de sus trabajadores durante el periodo vacacional, los recursos de la Administración del Estado se verían afectados seriamente, ya que de acuerdo con el informe de Inspección de Trabajo, lo que aquí se solicita es el visto bueno del SPEE para liberar recursos públicos para pagar a través de prestaciones por desempleo, las vacaciones de trabajadores de empresas que no acreditan la necesidad de la medida que tramitan, por lo que cualquier empresa podría tramitar un ERE de suspensión de todos sus trabajadores durante el mes de vacaciones para que sea el SPEE, es decir, todos los Españoles, los que abonemos dicho periodo vacacional, con independencia de que dicha empresa necesite o no tramitar este ERE, lo cual, si se hace extensivo a cualquier empresa, derivaría necesariamente en un incremento del gasto público insostenible.*



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. En relación a la empresa cuyos datos constan en la parte superior, se fundamenta demanda de oficio, en base a lo establecido en los artículos 7 apartado a) párrafo 3º, 148 apartado b), 149 y 150 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, al concurrir la circunstancia prevista en el artículo 47.1 párrafo 15, del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Este último establece que, *la decisión empresarial podrá ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, cuando aquella pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo. Así mismo es de aplicación, lo previsto en el artículo 24 del 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.*
2. El contenido de la demanda y la cuestión que se pretende dirimir, versa sobre la apreciación de la existencia de indicios que hacen presumir que la decisión empresarial pudiera tener por objeto la **obtención indebida de las prestaciones** por parte de los trabajadores afectados, por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo, y ello a la vista de la documentación que obra en el expediente, el informe emitido por el Inspector de Trabajo y Seguridad Social, y el emitido por el SPEE.
3. Del tenor literal del artículo 47.1 párrafo 15 del Estatuto de los Trabajadores, se extrae la posibilidad de que la Autoridad Laboral pueda formular la demanda del proceso de oficio, cuando la entidad gestora de la prestación por desempleo, le informe que la decisión adoptada por la empresa pudiera tener por objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo. Nos encontramos por tanto, ante un supuesto en el que dicha entidad, esto es, el SPEE, colabora con la Autoridad Laboral poniendo en su conocimiento, dicha obtención indebida. Así lo ha reconocido en un caso similar la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía, de 10/07/2013 (nº 2115/2013, rec. 14/2013).
4. En base a todo lo anterior, se estima oportuno señalar lo siguiente:
 - a) En cuanto al carácter coyuntural de la actividad de la empresa:
 - i. De conformidad con lo previsto en el citado artículo 18.1 del Real Decreto 1483/2012, *la documentación justificativa que debe acompañar a la*



comunicación de la apertura del periodo de consultas será la necesaria para acreditar (...) que se trata de una situación coyuntural de la actividad de la empresa.

- ii. En el presente procedimiento la empresa SMART MARKET, S.L.U ha incumplido uno de los elementos esenciales del mismo, como es el del carácter coyuntural de la actividad de la misma, ya que según lo dicho por el inspector actuante, la situación alegada por la empresa para suspender los contratos de trabajo de 8 trabajadores, y reducir la jornada de 2, tendría carácter **estructural, y no coyuntural**. A la vista de lo anterior, no se considera que dicha medida sea de carácter temporal o suficiente para solventar los posibles problemas económicos que la misma alega tener, ya que el ahorro que la empresa pretende con la aplicación de las referidas medidas no sería tal, pues el coste salarial de los trabajadores no afectados, es muy superior al de los afectados.
 - iii. Respecto de la ausencia del carácter coyuntural de la actividad de la empresa, es de interés destacar la sentencia de 25/02/2014 dictada por la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, todo ello con ocasión de la tramitación por parte de una empresa de 7 expedientes de regulación de empleo de carácter suspensivo, desde el año 2009. Dicha sentencia señala lo siguiente: (...) *Ello nos lleva a aproximarnos a lo que puede ser una situación coyuntural, de aquella otra que se muestra como definitiva o estructural (...) Mantener continuas suspensiones de contratos es un intento de abuso de derecho, con una defraudación clara que impone la confirmación de la nulidad de la medida, y por tanto el rechazo del recurso con pronunciamientos específicos sobre ello. (...) Se cobija la empresa en la ley para obtener otro resultado e imponer la pérdida del trabajo y la extinción del mismo por los hechos. No es para esto para lo que se ha concebido la suspensión, sino para lo transitorio, peregrino; (...)*
- b) En cuanto al periodo durante el cual se va a hacer efectiva la medida:
- i. Tal y como consta en la decisión empresarial aportada, la empresa tiene intención de aplicar la suspensión de 8 contratos de trabajo, y la reducción de jornada de 2 trabajadores, durante el periodo estival, esto es, desde el 1/07/2015, con una duración de 3 meses, finalizando por tanto, el 30/09/2015.



- ii. En este sentido, y a la vista del contenido del informe emitido por el SPEE, los trabajadores afectados por el presente expediente, no se considerarían en situación legal de desempleo, ya que en la tramitación del procedimiento que permite hacer efectiva la medida comunicada de suspensión de contratos y reducción de jornada, no se ha cumplido uno de los parámetros que se contienen en el artículo 47 del ET, como es el carácter coyuntural de la situación en la que se encuentra la empresa.
5. Por todo ello, se presume que hay indicios de un posible fraude de ley, y abuso de derecho, en la decisión adoptada por SMART MARKET, S.L.U:
- a) Por un lado, en cuanto al **fraude de ley**, es preciso hacer mención del artículo 6.4 del Código Civil. Según el mismo, *los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.*
 - i. En el caso que nos ocupa, podría ser considerada fraudulenta la decisión empresarial adoptada tras el periodo de consultas celebrado en el seno del procedimiento establecido en el artículo 47 del ET, ya que la aplicación por parte de la empresa de dicha medida de suspensión de contratos de trabajo, y reducción de jornada, conlleva un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, como es la **obtención indebida de las prestaciones de desempleo** por parte de los 10 trabajadores afectados, debido a la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.
 - ii. Por su parte, el artículo 208.1 apartados 2 y 3, del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que *se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores, que estén incluidos entre otros, en el supuesto siguiente: cuando se suspenda temporalmente su relación laboral, o se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del ET.*
 - iii. Según lo dicho, en la tramitación del presente expediente, podría no haberse cumplido por parte de la empresa, con lo establecido en dicho artículo 47, y en el citado artículo 18.1 del Real Decreto 1483/2012, debido a la no concurrencia del requisito de la coyunturalidad, el cual ha de



estar presente en todo procedimiento de suspensión de contratos y reducción de jornada.

b) Por otro lado, en cuanto al **abuso de derecho**, es preciso hacer mención del artículo 7.2 del Código Civil. Según el mismo, *la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*

i. En el presente caso, la actuación empresarial habría podido sobrepasar los límites normales al ejercer su derecho a suspender los contratos de trabajo y a reducir la jornada de algunos de sus trabajadores, en aplicación del procedimiento establecido en el citado artículo 47. Y ello porque, según lo dicho, la empresa pretende aplicar dicha medida durante el periodo estival, con el consiguiente derecho de los trabajadores a percibir prestaciones por desempleo, y el consiguiente ahorro de costes salariales para la empresa.

ii. En este sentido procede destacar que la Jurisprudencia, considera como notas esenciales del abuso del derecho, *el daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y el carácter antisocial del daño.* En este caso, ello se materializa en un daño antisocial provocado a terceros sujetos: concretamente al SPEE ya que, la mercantil de referencia, aplicando el mencionado procedimiento previsto en el citado artículo 47, trasladaría a dicho organismo, obligaciones que le son propias, como es el pago de salarios (en forma de prestaciones por desempleo).

6. En base a lo anterior, se estima que ha podido mediar **fraude de ley y abuso de derecho** en la decisión empresarial adoptada por SMART MARKET, S.L.U, y que la misma pudiera tener por objeto la **obtención indebida de las prestaciones** por parte de los trabajadores afectados, debido a la inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

III.- CONCLUSIÓN

Se trata, por tanto, de cuestiones cuyo fondo está atribuido al Orden Social de la Jurisdicción, según el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, (concretamente a



Región de Murcia
Consejería de Presidencia y Empleo

Dirección General de Trabajo
Avda. de La Fama nº 3 30.003 Murcia
Tlf: 968 36 69 96

la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7 apartado a) párrafo 3º), de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social.

Por todo lo anterior, se PROPONE, que tras los trámites oportunos, por parte del titular de la Consejería de Desarrollo Económico, Turismo y Empleo, se solicite al Consejo de Gobierno autorización para interponer la correspondiente demanda de oficio ante la Jurisdicción Social.

Murcia, a 10 de septiembre de 2015
El Director General de Normas Laborales y Sanciones

Vista la anterior Propuesta y en uso de las facultades que me confieren los artículos 19) y 25.5 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM nº 301, de 30-12-2004), se considera conforme y se RESUELVE en el sentido en ella expresado.

Murcia, a 10 de septiembre de 2015
El Director General de Relaciones Laborales y Economía Social

SERVICIO JURÍDICO DE LA CONSEJERIA DE DESARROLLO ECONÓMICO,
TURISMO Y EMPLEO



**MINISTERIO
DE EMPLEO Y
SERVIDAD SOCIAL**

11

**SERVICIO PÚBLICO
DE EMPLEO ESTATAL**

Subdirección Provincial de
Prestaciones de Murcia
Sección de Reconocimiento

OFICIO

S/REF. Exp. 20150043
N/REF. Sección de Reconocimiento
FECHA. **29/07/2015**
ASUNTO. Informe Expediente de Regulación de Empleo

REGION DE MURCIA,
SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL
SECCIÓN DE RECONOCIMIENTO
C/ ALFONSO X EL MAGNO
40001 MURCIA
TEL: 968 31 10 00
FAX: 968 31 10 01

**DESTINATARIO: DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO
CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, FORMACIÓN Y EMPLEO**

**REMITENTE: DIRECCIÓN PROVINCIAL DE MURCIA
SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL**

Adjunto le remito informe sobre el expediente de regulación de empleo nº **20150043** iniciado por la empresa **SMART MARKET SLU**.

Un Saludo.



El Jefe de Sección de Reconocimiento

MEYSS-SPEE * D.P. de Murcia
Servicio Público de Empleo Estatal

Salida N° 201503000004455
10/08/2015 10:22:19



INFORME DE LA DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL DE MURCIA
SOBRE EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO Nº 20130224 INICIADO POR LA EMPRESA
SMART MARKET SLU

En relación al citado expediente de regulación de empleo se emite el siguiente informe:

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 29/07/2015 tiene entrada en el registro de esta Dirección Provincial comunicación de la Dirección General de Trabajo por la que nos da traslado de la decisión adoptada por la empresa **Smart Market SLU**, tras la finalización del periodo de consultas, en relación con la **suspensión** del contrato de trabajo de 8 trabajadores y la **reducción** de jornada de 2 trabajadores de su plantilla de personal.

SEGUNDO.- Que según el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social emitido en la tramitación del expediente de regulación de empleo:

- De la revisión de la documentación aportada y de las declaraciones de los representantes de la empresa y de los trabajadores no se aprecia que la medida tomada por la empresa sea de carácter temporal suficiente para hacer frente a los posibles problemas económicos que pudiera tener. No se encuentran suficientemente probadas las causas económicas puestas en relación con la medida que quiere llevar a cabo. Tampoco explica con la suficiente claridad los motivos por la que se eligen a los trabajadores afectados. Y llama la atención el tiempo al que afecta el expediente, **los meses de periodos vacacionales**, siendo el Servicio Público de Empleo quien se lo pagará a los trabajadores y no la empresa, no se entiende que esta medida vaya a solucionar las causas económicas invocadas por la mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 del 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, 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.

Asimismo, el artículo 203 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, establece que A estos efectos, se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de **suspensión temporal** de contrato o reducción temporal de jornada, ordenados al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, es necesario que exista una situación de dificultad (económica, técnica, organizativa o de producción) en la empresa de índole temporal, coyuntural o transitoria. En estos casos se permite el acceso a un régimen mixto de trabajo parcial y acceso a la prestación por desempleo. Sin embargo, **si se elimina el elemento temporal, la situación legal de desempleo no existe**, y por tanto se debe reorganizar la empresa acudiendo a otras vías amparadas por la legislación vigente, como la modificación sustancial de las condiciones de trabajo previstas en el art. 41 ET, pero no por el art. 47 ET y R.D. 1483/12, por lo que se debe entender vedado el acceso a la prestación. En el caso de que la situación de dificultad que atraviesa la empresa fuera estructural o permanente existen otras medidas como la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial (que no lleva asociado el abono de prestación por desempleo). Por el contrario si la situación es temporal o coyuntural, la empresa deberá acreditarlo, tal y como establece el artículo 18 del 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, que



establece que la documentación justificativa que debe acompañar a la comunicación de la apertura del periodo de consultas será la necesaria para **acreditar** la concurrencia de la causa y que se trata de una situación **coyuntural** de la actividad de la empresa.

-SEGUNDO.- El periodo de vacaciones según establece el artículo 40 de la Constitución Española, así como el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores, es un derecho del trabajador que se considera parte de su salario (que retribuye el trabajo efectivo y los periodos de descanso), debiendo existir una adecuada proporcionalidad entre el periodo de prestación de servicios y el periodo de descanso, según establece el TS en la Sentencia de 30 de abril de 1996; por todo ello, el periodo de vacaciones del trabajador es por cuenta de la empresa y durante el mismo el trabajador no se encuentra en situación legal de desempleo.

~~Si cualquier empresa, sin acreditar la necesidad y el carácter coyuntural de la medida pudiera solicitar la suspensión del contrato de trabajo de sus trabajadores durante el periodo vacacional, los recursos de la Administración del Estado se verían afectados seriamente, ya que de acuerdo con el informe de la Inspección de trabajo lo que aquí se solicita es el visto bueno del Servicio Público de Empleo Estatal para liberar recursos públicos para pagar a través de prestaciones por desempleo las vacaciones de trabajadores de empresas que no acreditan la necesidad de la medida que tramitan, por lo que cualquier empresa podría tramitar un ERE de suspensión de todos sus trabajadores durante el mes de vacaciones para que sea el SEPE, es decir todos los Españoles, los que abonemos dicho periodo vacacional, con independencia de que dicha empresa necesite o no tramitar este ERE, lo cual, si se hace extensivo a cualquier empresa, derivaría necesariamente en un incremento del gasto público insostenible.~~

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 47.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la decisión empresarial podrá ser impugnada por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo cuando aquella **pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.**

En base a todo ello, **se le solicita la impugnación de la decisión empresarial** al considerar que pueda tener objeto la obtención indebida de prestaciones por desempleo.

En Murcia, a 06 de agosto de 2015

José Alberto Cabanes Cos

DIRECCIÓN GENERAL DE TRABAJO.
CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, FORMACIÓN Y EMPLEO
REGIÓN DE MURCIA