

CUESTIONES A DEBATE...

(Temas propuestos y tratados por los asistentes a los Cursos y Seminarios sobre novedades o con la finalidad de actualización y perfeccionamiento laboral organizados por el CEF)

EL ASESOR LABORAL EN ÉPOCA DE CRISIS: LAS 10 PREGUNTAS MÁS FRECUENTES

JUAN VILLANUEVA NENTWIG

Abogado Laboralista

IVÁN RODRÍGUEZ GARCÍA

Graduado Social

JOSÉ MIGUEL PELÁEZ SANTIAGO

Graduado Social

JOSÉ MARÍA DE LA VEGA GÓMEZ

Abogado Laboralista

PEDRO POVES OÑATE

Abogado Laboralista CSIF

(Dirigidos por **PUY ABRIL LARRAÍNZAR**

Coordinadora del Área Laboral del CEF y Profesora de la Universidad a Distancia de Madrid –UDIMA–)

Extracto:

COMO asesores laborales, en época de crisis debemos ser capaces de economizar, dentro de la legalidad, los costes en los que incurren empresas de todo tipo y tamaño, sin limitarnos a emplear los conocimientos, sino que debemos tratar de conjugarlos para obtener nuevas fórmulas de aprovechamiento, porque como dijo Albert EINSTEIN: «En los momentos de crisis, sólo la imaginación es más importante que el conocimiento». En un contexto económico-social como el actual se nos exige un auténtico trabajo de «ingeniería laboral» a la hora de optimizar los costes en todos los ámbitos de actuación de la empresa (acceso al empleo, relaciones laborales en el seno de la empresa, y actuaciones en época de crisis). El estudio que se reproduce a continuación forma parte del proyecto de investigación presentado por los autores como trabajo exigido para la superación del Máster en Asesoría Jurídico-Laboral, desarrollado en el CEF durante el curso académico 2008-2009.

Palabras clave: crisis, abuso de contratación temporal, subcontratación, congelación salarial, extinción y concurso.

Sumario

I. Introducción.

II. Cuestiones.

- 1.^a Quiero contratar temporalmente a un trabajador. Es posible que después de unos meses le hagamos indefinido, pero eso depende de la situación económica de la empresa. ¿Qué debo hacer para reducir al máximo los costes de contratación?
- 2.^a Si contrato de forma indefinida al trabajador me resultará mucho más caro y difícil despedirle si finalmente decidimos prescindir de sus servicios. ¿Qué incremento de coste me supone seguir su consejo en este caso?
- 3.^a ¿Qué gano yo, tanto a nivel organizativo como a nivel económico, subcontratando ciertas actividades de mi proceso productivo? ¿En qué casos resulta rentable?
- 4.^a ¿Qué consecuencias puede suponerme y cuáles son los problemas que pueden plantearse?
- 5.^a ¿Puedo congelar o rebajar el sueldo a mis trabajadores?
- 6.^a ¿Es posible contrarrestar el efecto de la congelación salarial?
- 7.^a Estamos agobiados con la trayectoria de pérdidas de este último año en nuestro negocio: ¿cuál es el despido más barato? ¿Puedo iniciar un despido colectivo con las personas que están siempre de baja o que menos rinden? ¿Qué pautas mínimas en el trámite procesal hemos de seguir que resulten económicas y eficaces, especialmente con los salarios de tramitación?
- 8.^a En nuestro negocio estamos considerando realizar un plan de jubilación. ¿A qué trabajadores afectaría? ¿Es posible ofrecer jubilaciones a edades inferiores de los 65 años? ¿La jubilación parcial es económicamente positiva para la empresa, tengo la obligación de darles vacaciones?
- 9.^a ¿Es necesaria la negociación con los representantes de los trabajadores para la empresa en crisis?
- 10.^a Todo ha fallado. El concurso, ¿última oportunidad?

I. INTRODUCCIÓN

«Crisis es coyuntura en cualquier aspecto de una realidad inestable; nuestra economía es capitalista y el capitalismo es inestable, por lo tanto nuestra crisis es económica fundamentalmente, presentada en forma de recesión por haber llegado a la quiebra cíclica del sistema.»

Declaración de crisis y batalla para la competitividad.

Teniendo en cuenta las predicciones de MARX, esta fase de recesión, en un sistema capitalista como el nuestro, pone fin a un ciclo económico, y suele suceder de manera habitual cada 8 o 10 años por autorregulación del propio sistema.

Es época de crisis, esto es, nos encontramos en una fase de recesión del ciclo económico actual (similar en magnitud, según los expertos, a la acontecida en 1929).

Nos situamos en el año 2009, y profundizando llegamos a la **raíz del problema**, los Estados Unidos, entre cuyos principales factores causantes de la crisis se encuentran: los elevados precios de las materias primas (petróleo), la sobrevalorización de los productos (valor añadido), y la escasa financiación de las empresas por parte de los bancos y entidades de financiación distintas de éstos (sistema *subprime*).

En el campo puramente **económico** debemos tener en cuenta el sistema bancario (hipotecario y crediticio), que ha venido asumiendo un riesgo que le ha superado completamente, y que está hiriendo a las empresas que ven mermada su capacidad de financiación y deben ajustar cada unidad monetaria que obtienen, para ser más competitivas e incluso reducir recursos productivos para *no morir en «época de guerra»*.

Bautizada ya esta crisis como la crisis del *subprime*, algo similar a la producida en 1998, es preciso analizar los motivos que han causado el estallido del mercado hipotecario y crediticio americano.

Las hipotecas *prime*, se caracterizan por ser hipotecas con poco riesgo de impago. En una escala de clasificación entre 300 y 850 puntos, las hipotecas *prime* están valoradas entre 850 puntos las mejores y 620 las menos buenas.

En contraposición se sitúan las hipotecas *subprime*, en su mayoría ofertadas, por entidades financieras, cuya naturaleza las distingue notoriamente de las entidades bancarias. Éstas son concesiones de alto riesgo, permiten el acceso a la vivienda de un colectivo más amplio (en ocasiones per-

sonas con una solvencia bastante dudosa), a unos intereses elevados que con el transcurso del tiempo producen una desorbitante morosidad que suele concluir con desahucios y embargos. Con la repetición constante de estos sucesos y el añadido de la especulación de todas estas entidades ha ido aflorando un sentimiento de desconfianza en el mercado que ha provocado la rotura del sistema hipotecario y crediticio dejando *heridas abiertas en todos los frentes* (caídas brutales en las bolsas internacionales). Dentro de la escala están valoradas entre 620 las menos buenas y 300, las peores.

Hablamos colateralmente de **crisis alimentaria mundial**, por el aumento del precio del petróleo (puramente especulativo ante el despegue productivo de India y China), que a su vez ha aumentado los costos de los fertilizantes y el costo del transporte de los productos haciendo mella en la producción, provocando la salida de las reservas de alimentos (sobre todo en la producción de cereales); con la especulación de las existencias y el petróleo en bolsa se ha contribuido a un aumento a nivel mundial de los precios de los alimentos.

Debemos hacer una mención al posible agravamiento que supone el brote de la «gripe porcina» en la crisis alimentaria. España es un importante exportador de carne porcina dentro de la Unión Europea (UE), y tras los crecientes casos diagnosticados en los últimos meses, se han visto interrumpidas las relaciones comerciales en importantes mercados, por temor al contagio, como es el caso de Rusia.

En España debemos sumarle el «boom inmobiliario», provocado por un desequilibrio en la balanza, oferta superior a la demanda; un movimiento especulativo incontrolado que ha ido creciendo por encima de sus posibilidades, desembocado en la rotura del círculo compuesto por las empresas constructoras, bancos, inmobiliarias y cómo no, por todas aquellas personas que con el fin de adquirir una vivienda en propiedad se precipitaban, haciendo lo posible dentro y fuera de la legalidad (falsificando nóminas y contratos) para obtener una hipoteca, sacrificando así el bienestar económico de la unidad familiar (entrando en ocasiones en el juego de las hipotecas *subprime*).

Los recursos humanos.

Debemos tener en consideración el campo de los recursos humanos, ya que los trabajadores son una de las porciones del pastel que conforma la empresa.

Existen teorías para reducir costes sin necesidad de disminuir el capital humano y existen teorías que sostienen que el mayor coste va de la mano del factor trabajo.

Como en todo campo, las teorías extremistas deben conjugarse para llegar a un punto medio de actuación, que a la hora de la aplicación práctica es lo más conveniente y lo más adecuado.

Haciendo una reflexión ética, debemos comprender que los trabajadores son personas que reducen su «libertad» a cambio de una remuneración, el sustento para poder vivir; debemos entonces entender que una masiva supresión de los sustentos de miles de españoles puede suponer un agravamiento de la crisis y la consecuente represión sindical, por lo tanto es recomendable acudir a sistemas como la suspensión en lugar de la extinción, aplicar energías renovables de menor coste, fomentar la I+D para reducir costes de producción distintos al factor trabajo.

Lo anterior no desgrava la posibilidad, recomendable pero en su justa medida, de acudir a puntuales extinciones contractuales mediante expedientes de regulación de empleo (ERE), pero se recalca, que la empresa es un conjunto de factores de producción con un coste y que cada uno de ellos por separado es susceptible de estudio y economización.

Seguramente, una posible explicación que dé sentido a recurrir en un primer momento a los recursos humanos para reducir costes, sea la comodidad, incluso sin pensar en la repercusión social que puede llegar a tener (sindicatos, desempleo, inflación...).

Queremos por tanto dar una visión global y dar salida a una serie de medidas que sirvan de cara al ahorro de la empresa sin causar un gran impacto social que engorde la crisis.

Un tema que nos preocupa a todos.

En mayor o menor medida la crisis económica nos preocupa a todos, ya seamos empresa o trabajadores.

No sólo debemos poner nuestra atención en aquellas grandes empresas situadas en los *rankings* mundiales, sino que debemos también prestar nuestra especial atención a todas esas pymes y autónomos que conforman la mayor parte del entramado empresarial en nuestro país, y que se están viendo perjudicados gravemente.

Como asesores laborales debemos ser capaces de economizar dentro de la legalidad los costes en los que incurren empresas de todo tipo y tamaño, sin limitarnos a utilizar los conocimientos, sino que debemos tratar de conjugarlos para obtener nuevas fórmulas de aprovechamiento, porque como dijo Albert EINSTEIN: «En los momentos de crisis, sólo la imaginación es más importante que el conocimiento».

Cada vez son más las empresas que están buscando innovar para lograr la optimización de sus estructuras. Cabe destacar la búsqueda de nuevas fórmulas de financiación, reducción de costes en todas las áreas, externalización de funciones, fusiones y escisiones; es imprescindible buscar aliados cuando *en la guerra de la competencia* se merman los recursos.

Es en este ámbito en el cual hemos centrado principalmente el objeto de nuestro trabajo, puesto que como asesores, en época de crisis nos encontramos ante la difícil situación de aconsejar a nuestros clientes en la forma de reducir sus gastos y optimizar sus recursos.

Teniendo en cuenta la amplitud de la tarea que nos ocupa, hemos tratado de «centrar» el tema analizando las situaciones que a nuestro parecer más pueden interesar a un hipotético cliente en dificultades, diferenciando las diferentes fases del problema en las cuales puede encontrarse.

Así, hemos optado por estructurarlo en torno a preguntas básicas que pueden formularse en la fase de acceso al empleo (analizando las bonificaciones y costes de contratación), en las relaciones laborales cuando sobreviene la misma (cobrando entre otros cada vez más importancia el fenómeno del *outsourcing* o la subcontratación, herramienta que permite al empresario una organización más eficien-

te de su estructura empresarial, adaptándola de una forma mucho más dinámica a las necesidades que en cada momento se le plantean, permitiéndole superar la obsoleta ordenación empresarial tradicional adaptándose a los nuevos tiempos) y las posibles «salidas» que le quedan al empresario en caso de desbordarle la situación, bien salvando la sociedad en caso de ser esto posible, bien liquidando la misma por causas económicas (analizando para ello las distintas soluciones que el derecho le ofrece, cabiendo destacar en este punto el expediente de regulación de empleo y el derecho concursal).

II. CUESTIONES

1.ª Quiero contratar temporalmente a un trabajador. Es posible que después de unos meses le hagamos indefinido, pero eso depende de la situación económica de la empresa. ¿Qué debo hacer para reducir al máximo los costes de contratación?

1. La temporalidad como excepción a la regla general.

A pesar de la preferencia legal por la contratación indefinida, y los constantes esfuerzos de la Administración tanto española como comunitaria para influir en la tasa de temporalidad, ésta continúa siendo relevante en todo el territorio de la UE, sobre todo en sectores concretos como el del empleo femenino, el de los jóvenes y el de los discapacitados.

Esta situación ha obligado a las instituciones comunitarias a tomar cartas en el asunto, tratando de incidir a su vez en la estabilidad en el empleo y en la limitación de la contratación temporal, a efectos de defender al trabajador, considerado la parte más «débil» de la relación laboral.

A estos efectos, la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, **relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada** (NSL003114), aplicando el acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada suscrito por las principales organizaciones interprofesionales del ámbito comunitario, estableció límites a los abusos derivados de la concatenación sucesiva de contratos de duración determinada, que a su vez fueron traspuestos a la normativa estatal española a través del Estatuto de los Trabajadores (ET) (NFL002575).

Así, de acuerdo con el actual ordenamiento jurídico español, atendiendo a las circunstancias concretas que motiven la decisión de realizar una nueva contratación, el empresario, al menos teóricamente, puede optar por acudir a la contratación indefinida o a la contratación temporal.

Sin embargo, teniendo en cuenta la presunción jurídica existente a favor de la intemporalidad del nuevo vínculo, y el complejo sistema de limitaciones y controles establecido por el legislador en lo referente a esta materia (obligatoriedad de la forma escrita de los contratos, limitación temporal del encadenamiento de contratos, presunción legal de jornada, etc.), esta última opción de contratación temporal queda relegada, a efectos prácticos (o al menos así debería ser), a un segundo plano.

Hay que tener en cuenta que cada tipo de contrato temporal tiene una serie de requisitos y limitaciones sumamente estrictas, y que la falta de adecuación a los fines y presupuestos normativos, aplicando los principios reguladores del fraude de ley, supondrá la conversión en indefinido de los contratos concertados.

Como ya hemos indicado en el anterior apartado, en primer lugar debemos aclarar al empresario que el abuso de la contratación temporal, lejos de darle seguridad jurídica, le expone a posibles reclamaciones del trabajador, lo cual puede a su vez conllevar importantes sanciones para él.

En este sentido, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, **por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)** (NSL003407), en su artículo 7.2, califica la transgresión de la normativa de contratación temporal como falta grave, sancionable con una multa de hasta 6.250 euros.

Por lo tanto, tenemos que hacerle entender que la sociedad está:

- a) Pagando un porcentaje mayor de seguridad social al acudir a este tipo de contratación temporal, puesto que los porcentajes aplicables son inferiores en el caso de la contratación indefinida.
- b) Asumiendo un riesgo innecesario, exponiéndose a ser sancionada por incumplir la normativa referente a la contratación temporal, con una sanción por falta grave de hasta 6.250 euros.
- c) Perdiendo una serie de bonificaciones que, atendiendo al volumen de la empresa y de las contrataciones a realizar, pueden llegar a ser bastante interesantes en lo referente a su cuantía.

2. Otras formas de abuso de contratación temporal: las ETT y el TRADE.

2.1. Empresas de trabajo temporal.

La cesión temporal de trabajadores a una empresa únicamente puede realizarse a través de las empresas de trabajo temporal (ETT). El contrato de puesta a disposición es el celebrado entre una ETT y la empresa usuaria. Su objeto es la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa contratante, quedando el trabajador sujeto al poder de dirección de esta última.

Durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, la empresa a la cual se ha cedido a los trabajadores es responsable (con carácter subsidiario, salvo en caso de utilizar esta vía de contratación sin estar en un supuesto que lo permita, o en caso de incumplimiento de prohibición de contratación a través de ETT en cuyo caso la responsabilidad pasa a ser solidaria) de las obligaciones salariales y de las deudas contraídas con la Seguridad Social.

Este tipo de contrato, en contra de lo que se cree, únicamente puede celebrarse en los mismos supuestos y con las mismas condiciones y requisitos en que la empresa hubiese podido celebrar un

contrato temporal de acuerdo con el artículo 15 del ET, estableciéndose además diversas prohibiciones expresas de contratación a través de ETT en el Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, **sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal** (NSL002930) (principalmente: huelga, construcción, actividades peligrosas, amortización de puestos, cesión a otras ETT o contratos formativos).

El recurso inadecuado y abusivo a esta forma de contratación será considerado falta grave, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, **por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal** (NSL000053), sancionable con un importe de hasta 6.250 euros.

2.2. El trabajador autónomo dependiente.

En algunos sectores (ej.: construcción), también se ha tratado de recurrir a esta figura de nueva creación para tratar de rebajar los gastos fijos de personal, sustituyendo a empleados fijos de plantilla por trabajadores autónomos dependientes (TRADE).

Debemos tener en cuenta que el TRADE legalmente no deja de ser (al menos en teoría) un trabajador autónomo con un régimen peculiar, que debe cumplir una serie de requisitos específicos, y cuyos ingresos dependen principalmente de un solo empresario.

Por lo tanto, si no se dan los requisitos mínimos de independencia y desvinculación frente a la empresa, estaremos nuevamente ante un fraude de ley.

En caso de tratar de recurrir a esta vía, el empresario debe ser consciente de que se enfrenta a una contingencia muy seria, pudiéndosele reclamar la cotización retroactiva de los cuatro últimos años con los recargos correspondientes (y en su caso, una indemnización por despido improcedente), además de enfrentarse a la imposición de las correspondientes sanciones.

El TRADE es una figura jurídica de creación reciente, con un desarrollo normativo en ocasiones contradictorio (e incluso sorprendente), cuyos límites lamentablemente aún no han sido trazados de forma clara.

Nos encontramos ante una figura híbrida, a caballo entre el trabajador de régimen laboral común y el trabajador por cuenta propia, ante un nuevo «estatus» de autónomo, al cual aparentemente el legislador ha tratado de otorgar a una serie de prerrogativas y derechos provenientes del ámbito laboral, de los cuales, por cuestiones puramente lógicas, carecía anteriormente. Posiblemente consciente del exceso en el cual podía caer en su regulación, finalmente el legislador ha optado por no desarrollar el alcance de los mismos, dejándolos en ocasiones realmente vacíos de contenido. Cabe destacar la introducción de los siguientes «derechos»:

- Interrupción de la actividad anual en 18 días hábiles (¿vacaciones?) sin determinarse que dicha interrupción es remunerada, ya que esto supondría el abuso de cargar a una empresa con las vacaciones de una persona supuestamente ajena a su estructura empresarial, lo cual

lo convierte en un derecho de escasa aplicación práctica, puesto que pocas familias pueden prescindir de sus ingresos durante un periodo prolongado de tiempo.

- Existencia de una jornada máxima [lo cual, dicho sea de paso, parece colisionar frontalmente con lo establecido por el art. 11 e) del Estatuto del Trabajo Autónomo, que indica que percibirá una contraprestación exclusivamente en función del resultado de su actividad], sin entrar a detallar los límites de la misma, introduciendo conceptos jurídicos indeterminados al indicar que el horario debe adaptarse para que pueda conciliar la vida personal, familiar y profesional.
- Indemnización por resolución del contrato por voluntad del cliente sin causa justificada (¿una indemnización similar a la de despido improcedente en el caso de un trabajador autónomo?), pero sin determinar cuál es la cuantía de dicha indemnización.

La ley identifica a los TRADE como aquellos autónomos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por 100 de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

A efectos de facturación, se entenderán como ingresos percibidos por el trabajador autónomo del cliente con quien tiene dicha relación, los **rendimientos íntegros**, de naturaleza dineraria o en especie. Estos últimos se valorarán por su valor normal de mercado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del *Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* (IRPF) (NFL010131).

El legislador pecó nuevamente de falta de claridad al fijar estos presupuestos, ya que obvió la fijación del lapso temporal (mensual o anual) a contemplar a efectos de determinar el porcentaje de ingresos que percibe el autónomo de cada cliente.

Así, puede darse el caso de que perciba durante 8 meses al año un 100 por 100 de sus ingresos de un solo cliente, pero que en cómputo anual dichos ingresos únicamente supongan el 50 por 100 de su facturación.

3. Una posible solución para paliar los efectos de la crisis: el contrato de fomento de empleo de la Ley 42/1994 y el contrato de lanzamiento de nueva actividad, soluciones «antiguas» a problemas actuales.

El Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, **por el que se regulan diversos contratos de trabajo de duración determinada y el contrato de trabajadores fijos discontinuos** (NSL000018), con la finalidad de dotar al marco legal de la contratación laboral de mayor claridad y estabilidad para reducir la incertidumbre empresarial en las actuaciones que conducen a la creación de nuevos puestos de trabajo se ocupó de regular diversos contratos de trabajo de duración determinada, entre los que cabe destacar el citado contrato de lanzamiento de nueva actividad.

Este contrato podía celebrarse en el caso de las empresas de nuevo establecimiento o de la ampliación de su actividad como consecuencia del lanzamiento de una nueva línea de producción, un nuevo producto/servicio o para afrontar la apertura de un nuevo centro de trabajo, debiendo en todo caso especificarse clara y precisamente en qué consistía esta nueva actividad y la fecha de su inicio.

El periodo de lanzamiento no podía exceder de tres años en ningún caso, no pudiendo concretarse el contrato por una duración inferior a seis meses ni superior a tres años, permitiéndose, en caso de haberse concertado por una duración inferior al máximo legal, sucesivas prórrogas por tiempo no inferior a seis meses hasta llegar (sin rebasarlo en ningún caso) al citado tope temporal.

En caso de prolongar su vigencia más allá del periodo indicado, los trabajadores eran considerados como contratados de forma indefinida. Mediando el preceptivo preaviso de 15 días, el contrato se extinguía al finalizar el plazo inicial por el que fue concertado.

Por otro lado, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, **de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social** (NFL002228), introdujo un contrato de fomento de empleo que permitía la contratación para realizar actividades de cualquier naturaleza a trabajadores desempleados incluidos en alguno de los siguientes grupos:

- Beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial inscritos como parados al menos un año en la oficina de empleo.
- Trabajadores mayores de 45 años.
- Trabajadores minusválidos.

Quedaban excluidas de dichas contrataciones las empresas que en fechas recientes (concretamente, con posterioridad al 1 de enero de 1994) hubiesen amortizado puestos de trabajo por causas objetivas, despido improcedente o ERE.

La duración del contrato no podía ser inferior a 12 meses ni superior a 3 años, permitiéndose su prórroga por periodos no inferiores a 12 meses en caso de concertarse el contrato por una duración inferior a la máxima indicada. Al finalizar el contrato, el trabajador tenía derecho a percibir una indemnización equivalente a 12 días por año trabajado.

Si finalmente el contrato (Ley 42/1994) se transformaba en indefinido, la empresa tenía derecho a percibir una serie de beneficios (reducciones o bonificaciones) y subvenciones, siempre que en el momento de conversión continuasen reuniendo los requisitos exigidos en el momento de su contratación, excepto el relativo a la inscripción como desempleados en la oficina de empleo.

Este tipo de regulación fomentaba claramente el expansionismo empresarial, reduciendo notablemente los costes y riesgos a la hora de afrontar el difícil reto de iniciar o incluso expandir un negocio, dotando de claridad y seguridad jurídica a un sistema un tanto ambiguo en lo relativo a la posible temporalidad de los contratos laborales.

En contraposición, la actual legislación, excesivamente rígida en algunos aspectos, pone su énfasis en proteger al trabajador, considerándole la única parte «débil» de una relación bilateral, ignorando que la actual coyuntura económica mundial influye notablemente en la relación contractual, minando sensiblemente el antaño «incontestable» poder empresarial, convirtiéndole coyunturalmente en una figura frágil, que precisa de un cierto apoyo estatal, como en su día lo precisó el trabajador.

La reimplantación de este tipo de contratos tal vez podría servir para salvar la lógica reticencia de los empresarios a realizar nuevas contrataciones en tiempo de crisis, pudiendo darse de esa forma un nuevo impulso a aquellos emprendedores que quieran iniciar o expandir su actividad.

Además, en caso de optar por esta medida, en el marco del diálogo social podríamos estar ante una solución de compromiso entre las enfrentadas posturas de los sindicatos y la patronal, puesto que, por un lado los sindicatos no estarían cediendo ante las pretensiones de despido libre (o al menos más económico) de la patronal, y al mismo tiempo los empresarios dispondrían de un dilatado tiempo para poder asentar sus negocios y comprobar la eficacia de los trabajadores, sin temor a un incremento exagerado de los costes en caso de tener que reducir la plantilla rescindiendo los contratos de trabajo.

2.ª Si contrato de forma indefinida al trabajador, me resultará mucho más caro y difícil despedirle si finalmente decidimos prescindir de sus servicios. ¿Qué incremento de coste me supone seguir su consejo en este caso?

Para poder responder a esta pregunta, tenemos que comenzar analizando los diferentes momentos en los que se puede producir una rescisión de contrato.

1. El periodo de prueba, delimitación del concepto a través del análisis de los diferentes fallos judiciales.

En caso de haberse pactado expresamente un periodo de prueba, el contrato de trabajo queda sujeto a condición resolutoria. Si sobreviene la condición, a instancias de cualquiera de las partes, en forma de declaración de voluntad resolutoria, la relación jurídica se extingue de forma automática, dejando el negocio jurídico (contrato) de producir efectos.

Durante este periodo rige el principio de libre resolución, siendo irrelevante el motivo para resolver, siempre y cuando el desistimiento no sea debido a una causa de discriminación prohibida por la Constitución o por el ET, no requiriéndose legalmente ningún medio formalista.

El periodo de prueba es único, no pudiendo concretarse en contrato cuando el trabajador haya desempeñado las mismas funciones con anterioridad, bajo cualquier modalidad de contratación [TSJ de Madrid, Sentencia 274/2008, de 7 de abril (NSJ026355)], salvo que por el transcurso del tiempo pueda suponerse que hayan podido variar las circunstancias de capacidad y rendimiento del trabajador, máxime cuando la implantación de nuevas tecnologías está a la orden del día [TSJ de la Comunidad Valenciana, Sentencia 3054/2007, de 3 de octubre (NSJ025230)].

La negociación colectiva, conforme a reiteradas sentencias, entre las que cabe destacar la del TSJ de Andalucía, Sentencia 1771/2007, de 23 de mayo (NSJ025455), tiene la facultad de decidir la fijación del periodo de prueba con carácter prioritario, de manera que las reglas del ET han pasado a ser de carácter supletorio para el caso de que dichos extremos (duración y otros requisitos) se fijen en el convenio colectivo aplicable.

Esto puede suponer una útil herramienta para el empresario, si por su posición puede incidir en la negociación de los futuros convenios del sector o de empresa. De esta forma, se le facilita la posibilidad de «influir» de forma notable en la configuración de este derecho, estableciendo (por ejemplo) unos periodos de prueba superiores a los establecidos por el Estatuto para las contrataciones indefinidas. En este sentido se ha pronunciado el TSJ de Madrid, en su Sentencia 8720/2007, de 26 de diciembre (NSJ026128), confirmando la validez de la fijación por convenio de un periodo de prueba de seis meses para todos los contratos que se concierten como indefinidos.

Los límites concretos de esta figura jurídica siguen siendo difusos, puesto que hay aspectos que hasta la fecha han sido resueltos de forma contradictoria por diferentes tribunales. Así, mientras que unas sentencias [ej.: TSJ de Canarias, Sentencia 1475/2008, de 29 de octubre (NSJ028009)] indican que la extinción durante el periodo de prueba es libre, no estando sujeta a formalidad, preaviso o indemnización alguna salvo pacto en contrario, otras [ej.: Sentencia 664/2008, de 22 de julio (NSJ027949), del TSJ de la Región de Murcia] indican que durante el preaviso la resolución laboral podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes sin ser necesario el preaviso, no pudiendo el convenio colectivo del sector establecer en este sentido unas condiciones contrarias a lo establecido por el ET.

El TSJ de la Comunidad Valenciana, en su Sentencia 3054/2007, de 3 de octubre (NSJ025230), declaró excesiva la fijación de un periodo de prueba de dos meses en un contrato de interinidad de un mes, indicando que no es posible la fijación de un periodo superior al de la prestación de servicios, pero considerando lícita la cláusula cuya duración coincide con la del contrato. A sensu contrario, el TSJ de la Región de Murcia, en su Sentencia 442/2007, de 16 de abril (NSJ027160), indicó que el establecimiento de periodos de prueba que alcance toda la vigencia de un contrato temporal tendrá carácter abusivo, así como la extensión de dicho periodo de prueba a contratos temporales posteriores, al no existir razón para exigir la prueba de una aptitud, cuando la misma haya sido acreditada y su existencia conste a las partes.

Si el contrato queda rescindido en este momento concreto de la relación laboral, no se produce ningún coste adicional para la empresa. Debemos iniciar a priori, un análisis de nuestra empresa para medir las necesidades y posibles ventajas resultantes de acudir a esta vía, debiendo tener en cuenta factores como son la estrategia, la cultura empresarial, el coste económico, y en numerosas ocasiones un problemático coste social y humano.

Por lo tanto, en vista de los difusos límites del periodo de prueba, el empresario se verá claramente beneficiado por acudir a la contratación indefinida, puesto que, aparte de aplicarse las bonificaciones correspondientes, será más difícil que el trabajador alegue abuso de derecho por parte del empresario, entendiendo que se ha producido una contratación temporal con un periodo de prueba «excesivo», que ha llegado a desvirtuar la duración establecida en el mismo.

2. Despido.

Una vez superado el periodo de prueba, si el empresario quiere rescindir unilateralmente el contrato de trabajo, sólo le queda la posibilidad de recurrir a la vía del despido.

Para analizar cuál es el coste real del despido de un trabajador, previamente debemos determinar cuál es el ahorro real que puede llegar a obtener en caso de aplicar correctamente la normativa de contratación, comparándolo con el coste de un trabajador eventual.

Tras determinar estos importes, pasaremos a analizar los costes de un posible despido, tanto por causas objetivas como por causas disciplinarias, para analizar el incremento de coste real que se produce en cada caso.

Para ello, analizaremos cuatro supuestos de hecho diferentes, determinando, como hemos indicado, los costes reales y las variaciones que sobre el mismo pueden producirse en función del importe salarial aplicado y las características del contrato.

Supuesto 1.

- A) Trabajadora temporal, administrativa, contratada por servicio determinado a jornada completa, con un salario mensual (incluida prorrata de pagas extra) de 860 euros.
- B) Trabajadora indefinida, contratada en los 24 meses siguientes a la fecha del parto, a jornada completa, con un salario mensual (incluida prorrata de pagas extra) de 860 euros.

Salario mes (12 pagas)	860 €
SUPUESTO 1 A)	

Costes Seg. Social	32,10%	276,06 €
Coste mensual		1.136,06 €
Coste total anual		13.632,72 €

SUPUESTO 1 B)

Costes Seg. Social	30,90%	265,74 €
Coste mensual sin bonif.		1.125,74 €
Bonificación mensual		100 €
Coste total anual		12.308,88 €

Análisis supuesto 1:

Si la empresa, 48 meses después de su contratación, decide despedir a la trabajadora indefinida por causas objetivas, teniendo causa suficiente para ello, la indemnización a consignar ascendería a 2.261,92 euros. En caso de abonarle el mes de preaviso, el coste total del despido ascendería a 3.121,92 euros.

Además, hay que tener en cuenta que en el caso de empresas de menos de 25 trabajadores el Fondo de Garantía Salarial se hace responsable directo del pago del 40 por 100 de la indemnización por despido objetivo resultante, lo cual incide de forma importante en los costes finales del despido.

Si la empresa decide despedir a la trabajadora por causas disciplinarias, sin que exista un motivo suficiente para ello, consignando la indemnización por despido improcedente a efectos de evitar el devengo de salario de tramitación, la indemnización a consignar ascendería a 5.089,32 euros.

En caso de rescindir el contrato temporal equivalente (supuesto 1 A), por finalización de servicio determinado, al trabajador le correspondería percibir una indemnización por finalización de contrato (salvo mejora por convenio) ascendente a ocho días de salario por año trabajado [art. 3.1 Ley 12/2001, de 9 de julio, **de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad** (NSL003705)], la cual ascendería a un importe de 904,77 euros.

Por lo tanto, en este caso concreto, la empresa, con independencia de haberse arriesgado a una posible sanción en caso de falta de adecuación a la norma del supuesto de contratación temporal, en los últimos cuatro años habría «desaprovechado» una bonificación total de 4.800 euros, pagando una cotización adicional e indebida de 495,36 euros, y abonado una indemnización de 904,77 euros, lo que supone una suma total de 6.200,13 euros.

En síntesis, la empresa habría asumido el riesgo de una posible sanción por falta grave pretendiendo con ello obtener un supuesto beneficio, habiendo abonado en realidad un importe global superior (1.110,81 euros más) al que hubiese pagado en caso de despedir improcedentemente a un trabajador con contrato indefinido bonificado, reconociendo la improcedencia de dicho despido y consignando el importe correspondiente a la indemnización por despido improcedente (45 días por año trabajado) a efectos de paralizar el devengo de salarios de tramitación.

Supuesto 2.

- A) Trabajador eventual, contratado con un salario mensual (incluida prorrata de pagas extra) de 1.200 euros.
- B) Trabajador indefinido, contratado con un salario mensual (incluida prorrata de pagas extra) de 1.200 euros.

Salario mensual (12 pagas)	1.200 €
----------------------------	---------

SUPUESTO 2 A)

Coste Seg. Social	32,10%	385,20 €
Coste mensual		1.585,20 €
Coste total anual		19.022,40 €

SUPUESTO 2 B)

Coste Seg. Social	30,90%	370,80 €
Coste mensual sin bonif.		1.570,80 €
Bonificación mensual		100 €
Coste total anual		17.649,60 €

Análisis supuesto 2:

Tomando el mismo supuesto de hecho anteriormente analizado, si la empresa, 48 meses después de su contratación, decide despedir a la trabajadora indefinida por causas objetivas, incluyendo

el mes de preaviso, el coste total del despido ascendería a 4.356,16 euros (3.156,16 euros de indemnización + 1.200 euros por falta de preaviso).

Nuevamente debemos analizar la dimensión de la empresa, atendiendo a la posibilidad de que el Fondo de Garantía Salarial, como ya indicamos en el supuesto anterior, se haga responsable directo del pago del 40 por 100 de la indemnización por despido objetivo resultante, lo cual incidiría de forma importante en los costes finales del despido.

Por causas disciplinarias, consignando la indemnización por despido improcedente a efectos de evitar el devengo de salario de tramitación, la indemnización ascendería a 7.101,37 euros.

En este caso concreto, la empresa, haciendo un balance teórico, habría perdido una bonificación de 4.800 euros anuales, y pagado una cotización superior en 691,2 euros, y abonado una indemnización por terminación de contrato de 1.262,47 euros, lo que supone una suma total de 6.753,67 euros.

3. Conclusiones.

Analizando los anteriores supuestos, podemos concluir que para salarios «bajos» (salarios mínimos de convenio), resulta claramente beneficioso recurrir a la contratación indefinida bonificada, incluso aunque existan causas que justifiquen la vía temporal, puesto que, como hemos probado, por extraño que pueda parecer, resulta más «barato» en cómputo global despedir improcedentemente a un trabajador indefinido bonificado que rescindir un contrato temporal.

Además, no solamente se produce un beneficio económico directo para la empresa por optar por la contratación indefinida, sino que, además evitaremos posibles inspecciones de trabajo al ser nuestro porcentaje de contratos temporales inferior al de otras empresas del sector, y asimismo evitamos posibles sanciones derivadas del abuso de este tipo de contratación.

Contrastando los datos de ambos estudios realizados, observamos que según se va incrementando el importe de masa salarial del trabajador, aumenta el coste «real» del despido, produciéndose una inversión de la tendencia anteriormente descrita.

Si bien en el segundo supuesto el coste del despido objetivo ha sido plenamente absorbido por las mejoras obtenidas, en el caso del despido improcedente, comienza a generarse un coste no asimilado por los beneficios derivados de la menor cotización y de las bonificaciones sobre las cuotas de Seguridad Social, si bien éste es aún ínfimo, sobre todo si tenemos en cuenta los riesgos y contingencias derivados del uso inadecuado de la contratación temporal (posible sanción de 6.250 euros por comisión de falta grave).

Podemos por lo tanto concluir que la contratación indefinida es indudablemente preferible en aquellos casos en los que las escalas salariales aplicadas sean bajas o medias.

En el caso de contratos con remuneración elevada convendrá estudiar la existencia o no de una causa que permita *legalmente* acudir a la contratación temporal (no hay que olvidar que el recurso a la contratación temporal está tasado, por lo que en caso de utilización inadecuada, estaremos asumiendo una contingencia «importante» y renunciando a unos beneficios económicos que pueden contribuir al sostenimiento de la estructura empresarial). Únicamente en caso de existir una causa *suficiente*, podremos indicar a nuestro cliente que en este caso resulta más rentable acogerse a la contratación temporal.

3.^a ¿Qué gano yo, tanto a nivel organizativo como a nivel económico, subcontratando ciertas actividades de mi proceso productivo? ¿En qué casos resulta rentable?

1. Introducción.

En cualquier organigrama de empresa, por muy sencillo que sea, existe un proceso productivo planificado con diversas fases y organizado en diversos departamentos.

Internándonos en el epicentro de las empresas, descubrimos que existen tareas o actividades inherentes a su ciclo de producción, a pesar de no estar recogidas dentro del objeto social registrado en las escrituras, pero imprescindibles de realizar, esto es, que forman parte indirecta de la actividad principal ya que afectan al producto o servicio final por el valor añadido que introducen en el coste unitario total. Suponen, en numerosas ocasiones, un desajuste organizacional e incluso económico para la empresa, si se opta por contratar personal para desarrollarlas.

Con el *boom informático* ya en la década de los setenta, se empezaron a implantar en las empresas los sistemas informáticos a efectos de facilitar algunas de las tareas más básicas y mecánicas. Surge entonces una nueva necesidad de mejorar progresivamente esos sistemas para aumentar competitividad; utilizan para esto sus propias soluciones informáticas, pero que resultan muy costosas tanto económicamente como a nivel de divulgación formativa a sus empleados.

Motivado por la expansión, la poca especialización, y el enorme coste que suponía, las actividades informáticas fueron las primeras en caer en la tentación de externalización en la década de los noventa de la mano de Kodak al subcontratar a IBM, el gigante que universalizó la informática, para gestionar sus tecnologías de la información. A partir de este momento se empezaron a confeccionar programas, diseños y procesos comunes que podían utilizarse por muchas empresas y la tendencia principal se cambió dejando en manos de empresas especializadas toda la gestión y mantenimiento.

Tras el éxito de la externalización de las tecnologías de la información, otras actividades fueron fruto de este experimento con unos resultados óptimos (logística, contabilidad, vigilancia, limpieza...) hasta nuestros días en los que es un fenómeno actual y de moda.

En estos tiempos de crisis ha repuntado este fenómeno según las estadísticas de la Asociación Española de Empresas de Consultoría, por lo que se confirma la máxima empresarial: «la externalización sube cuando la economía baja», todo ello con la idea de reducir costes y ganar competitividad para obtener mejores resultados.

Dicho esto destapamos las figuras del *outsourcing* y la *subcontratación* que hoy en día son las herramientas para dar salida a este posible problema organizativo que comentábamos al principio.

Para entender bien los conceptos, debemos dar una definición general (que englobe ambas figuras), que sintetizando las numerosas definiciones de los diferentes autores dedicados a la materia, podría ser la siguiente:

«Manera de organización empresarial que consiste en la transmisión a terceros de ciertos procesos complementarios de la actividad que pueden formar parte del objetivo de la propia actividad o no, con el fin de incrementar el valor del bien o servicio ahorrando en costes y obteniendo una mayor competitividad en el mercado.»

Si bien, debemos hacer una pequeña distinción entre subcontratación y *outsourcing*, a pesar de perseguir un fin común, puesto que si la primera figura trata de una relación entre empresa contratante, empresa contratada y los trabajadores (ante las posibles responsabilidades con éstos), la segunda es una técnica estratégica meramente comercial que engloba desde la subcontratación de ciertas actividades desligadas hasta la prestación de servicios o abastecimiento.

Es en el campo de los recursos humanos y en el de planificación estratégica donde se habla de la figura del *outsourcing*, muy de moda en los últimos tiempos, que como hemos definido, consiste en una política que trata de externalizar servicios para flexibilizar su funcionamiento y ahorrar costes, algo utópicamente perfecto en este campo pero que conjugado con el derecho español produce un separatismo de la esencia pura del concepto estratégico, ya que hace saltar las alarmas de protección en el legislador con la mirada puesta hacia el trabajador. Si cruzamos al otro lado y nos situamos en el campo legal encontramos con base en esto el artículo 42 m) del ET, que nos presenta como fórmula la subcontratación, permitiendo actuar a las empresas en la externalización, eso sí, poniendo una serie de requisitos o, visto desde otra perspectiva, ciertas barreras para que su uso por parte de éstas no sea abusivo con el trabajador.

Durante los últimos tiempos esta regulación ha sido complementada por la jurisprudencia, que se ha ocupado de aclarar los límites y términos creando una doctrina firme, ya que en este tema existe mucha casuística dado el enorme abanico de sectores y actividades en los que se opera, todo ello siempre, como hemos dicho, con el fin de proteger al trabajador ante posibles prácticas descontroladas.

Inmersos en la regulación de la subcontratación, observamos que destacan ciertas limitaciones que «dejan fuera» de la posibilidad de subcontratar (referido al efectivo acogimiento al régimen de responsabilidades del ET), los siguientes casos:

- Servicios y obras desconectados de la finalidad productiva y de las actividades normales de la empresa comitente.
- Las actividades complementarias o auxiliares no absolutamente esenciales.

Como decíamos anteriormente, ante nosotros tenemos la evidencia que diferencia el *outsourcing* y la subcontratación: «la propia actividad».

Debemos acudir a la definición genérica para sacar los extractos y así poder llegar a las conclusiones finales:

«... transmisión a terceros de ciertos procesos complementarios de la actividad que pueden formar parte del objetivo de la **propia actividad o no...**»

El núcleo del análisis está fijado en la ramificación de las dos variantes de externalización, **propia actividad o no**, clave para entender la citada diferencia.

Conjugando el extracto de la definición paralelamente con el artículo 42 del ET, y teniendo claros todos los conceptos manejados, podremos sacar las siguientes conclusiones:

- Que las actividades externalizadas, que forman parte de la propia actividad, se encuadran dentro del término subcontratación y se regulan por el artículo 42 del ET, mientras que lo que el propio artículo 42 excluye de su regulación, y no de la posibilidad de externalización, es simplemente *outsourcing*.
- Las actividades *excluidas* del artículo 42, se encuadran dentro del término *outsourcing* y como ya se ha comentado, no se rigen por las disposiciones legales del artículo de referencia, pero sucesiva y progresivamente la doctrina jurisprudencial ha hecho posible accionar la posibilidad de la externalización en ese otro ámbito, creando un marco legal diferente para estas actividades «especiales», cuyo núcleo ya no se sitúa en la responsabilidad solidaria en materia salarial y de Seguridad Social, sino que radica en la responsabilidad subsidiaria únicamente en materia de seguridad social que analizaremos más adelante.

Existen unas figuras que no deben confundirse con la subcontratación, se debe diferenciar de éstas por ser meras relaciones mercantiles «cliente-proveedor», a pesar de que en numerosas ocasiones rozan el límite y sea discutible si son o no subcontratas. Regidas todas ellas por las relaciones del Derecho mercantil y carentes por tanto de responsabilidad laboral de algún tipo por parte del cliente, con relación a los empleados del proveedor.

Estas figuras son:

- *Suministros de bienes*.
- *Arrendamiento de industria*.
- *Arrendamiento de superficie*.
- *Gestión de servicios*. Es la figura más inestable de todas ya que en aquellos casos en los que el cliente impone el modus operandi en el proceso (ya sea fabricación de bienes o sea prestación de servicios), la organización del personal y el modo de entrega, podría tratarse claramente de una contrata encubierta.

A la hora de interpretar lo expuesto anteriormente, acerca de qué es contrata y qué no lo es, qué servicios o actividades son susceptibles de subcontratar en cada rama y, por tanto, cuáles no entran en el encuadramiento legal del ET (pasando así al nuevo marco legal comentado), surgen contradicciones que han ido resolviéndose por la propia jurisprudencia creando una sólida doctrina vigente y que comentaremos más adelante.

2. La subcontratación como alternativa empresarial.

2.1. Cuestiones previas.

Se puede ganar sobre todo mucha competitividad en un mercado cada vez más exigente, y conseguir una reducción en los costes, imprescindible en economías de escala.

La filosofía de *outsourcing* o subcontratación es la especialización, «si eres bueno en algo, dedícate a ello», de esta manera en lo que «no eres tan bueno», existirán profesionales cualificados a tu disposición que maximicen el rendimiento de esa actividad y ahorren costes e inciden directamente en el precio final del producto haciéndolo más atractivo y competitivo.

No debemos caer en el error de utilizar la posibilidad de subcontratar en todo, ya que solamente debemos utilizarlo en los ámbitos en los que podamos obtener una ventaja; un exceso en la externalización nos puede suponer una desventaja en el mercado, ya que perdemos control y confidencialidad.

Debemos iniciar a priori, un análisis de nuestra empresa para medir las necesidades y posibles ventajas; debe hacerse en un ambiente de estrecha cooperación entre los departamentos financiero, estratégico y de recursos humanos, ya que para llegar a una decisión final debemos tener en cuenta factores como la estrategia, la cultura empresarial, el coste económico, y en numerosas ocasiones, un problemático coste social y humano.

2.2. Análisis de las posibilidades que ofrece la subcontratación (estudio económico y organizativo).

Decimos esto porque se puede partir de varias situaciones; en las que cada una requerirá diferentes medidas y soluciones, y que tendrán consecuencias distintas entre sí:

2.2.1. Si la decisión es crear una empresa y estructurar de inicio los departamentos.

Partimos de que la empresa en esta fase de nacimiento, es susceptible y delicada, cualquier descuido o ataque puede costarle muy caro.

Qué duda cabe que al iniciar una actividad, dada la inversión que debe hacerse, los costes son más elevados, por lo cual se debe trazar muy bien una línea de actuación e intentar reducir al máximo

los costes iniciales, por ejemplo, en lugar de invertir en la compra o alquiler de un almacén y contratar personal de logística, inicialmente se subcontrata con una empresa especialista y así se puede hacer una inversión en otros activos que realmente son imprescindibles.

En el ejemplo anterior podemos a su vez llegar a otra conjetura, y es que la subcontratación no sólo permite agilizar y adecuar la inversión, si no que transforma los costes fijos en variables, algo que permite jugar con su flexibilidad ya que existe un control mayor de éstos para adecuarlos en función del desarrollo de la actividad en un periodo de tiempo más corto (ej.: un cambio de proveedor).

Al diseñar de inicio una organización debemos hacerlo teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- Presupuesto disponible.
- Inversiones a realizar y prioridad de cada una de ellas.
- Actividad a la que nos dedicamos (en qué está especializada la empresa).
- Organigrama o estructura interna de la empresa.
- Actividades en las que sea dudosa su rentabilidad inicial si se agregan al proceso productivo (más adelante, según vaya madurando la empresa y adaptándose al mercado, podremos incluirlas). Por tanto solamente debemos incluir las meramente imprescindibles para iniciar la actividad sin problemas.
- Proveedores de servicios y su posición competitiva en el mercado.
- Tipo de servicio que ofrecen los proveedores y comparativa del coste entre la realización propia de la actividad y la prestación del servicio ajeno de los diferentes proveedores.
- Deberemos construir nuestra decisión sustentada en el pilar del ahorro de costes, y siempre teniendo en cuenta, según lo demostrado empíricamente y en concordancia con los motivos anteriores, que en la mayoría de las ocasiones en las que se inicia una actividad es más rentable recurrir a la subcontratación de actividades desconectadas de la propia especialización, con el fin de cubrir necesidades fijas o eventuales hasta conseguir una madurez empresarial que permita obtener medios (materiales y humanos) y comenzar a plantearse la reorganización estructural en su caso.

2.2.2. Cuando una empresa se plantea crear un nuevo departamento para afrontar funciones que surgen por una variación circunstancial del mercado.

En este caso ya no debe ser el motivo principal el ahorro de costes, aunque una cosa lleva a la otra, debido a que subcontratar las actividades adecuadas puede suponer un ahorro entre un 20 por 100 y 50 por 100 según los estudios realizados en la materia.

Entran por tanto en juego otro tipo de motivaciones más encaminadas a necesidades organizacionales, mejoras de valor final del producto de cara al cliente, motivos financieros y de competitividad sobre el resto de análogos en el mercado (fuerza de ventas) e incluso motivos humanos.

a) Motivos organizativos.

- Obtener habilidades y tecnología que debido a nuestra especialización en otras actividades no es posible conseguir.
- Flexibilidad ante la demanda variable del mercado.
- Mejor manejo y mayor control. Incluso al externalizar, debemos mantener personal propio para llevar un control de calidad del servicio que nos prestan, hecho que aumenta la calidad del servicio y permite hacer cambios en la prestación en función de las nuevas contingencias que se plantean.
- Modernización de la estructura empresarial, para conseguir una estructura que responda rápidamente a los cambios.
- Reducir riesgos al traspasar éstos al proveedor, asumiendo errores y responsabilidades. Aquí es crucial delimitar en el contrato a suscribir con la empresa de servicios externos, las responsabilidades y riesgos que asume.

b) Mejora de valor final de cara al cliente.

- Incrementar valor del producto o servicio que prestamos al cliente para conseguir la satisfacción de éste.
- Mejora la imagen de la empresa al asociarnos con empresas de *outsourcing* de gran prestigio.
- Adquirir ideas innovadoras que nos aportan estos proveedores para incorporarlas al proceso de la empresa.

c) Motivos financieros y de fuerza de ventas.

- Reducción de la inversión en activos.
- Generar caja al transferir los activos al proveedor.
- Ganar mercado, acceso y oportunidad de negocio por tener el proveedor cartera propia de clientes (gestión de ventas), relaciones con los bancos por la actividad que realiza (financiera).
- Expandir las ventas y la capacidad de producción.

d) Motivos humanos.

- El personal de la empresa se especializa en lo que mejor sabe hacer.
- Se incrementa la responsabilidad y valoración de los puestos directivos.
- Menor nivel de inversión en capital humano al iniciar el negocio.

2.2.3. La posibilidad de encontrarnos ante una decisión de suprimir un departamento ya existente para suplirlo con una contrata.

En este último caso las motivaciones deben ser similares, enfoques de adquisición de ventajas competitivas, puesto que en una empresa madura es preferible la buena imagen y la fuerza de ventas; como hemos dicho antes, no debemos olvidar que la subcontratación lleva de la mano la reducción de costes pese a no ser el objetivo principal. En economías de escala al aumentar la producción se consigue reducir los costes.

El gran problema que se plantea es la intromisión indirecta de los departamentos financieros y de organización empresarial en el campo humano; en muchas empresas la comunicación entre departamentos (administración, finanzas y recursos humanos) es su punto débil, ya que se toman decisiones obviando su incidencia en otras áreas, es decir, le dan importancia a la oportunidad de mercado y a la reducción de costes, sin pararse a analizar el impacto social que pueden ocasionar dichas decisiones. Por ello, para que una organización funcione debe mantenerse una buena política de cooperación entre sus departamentos.

Dicho esto, y sabiendo que si surge un impacto social, éste puede llegar incluso a dañar la imagen de la empresa de cara a proveedores, clientes y competencia, e incitar a una cruzada por parte de los sindicatos; surge la racional idea que nos lleva a reflexionar, y consecuentemente desacelerar las posibles decisiones impulsivas causadas por la euforia de la oportunidad.

Suprimir un departamento o parte de él, en definitiva es una decisión delicada, no podemos tomarla sin más, hay que meditarla reuniendo a todas las partes implicadas para dialogar entre sí (empresa con todos los departamentos necesarios, sindicatos y autoridad laboral), para tomar decisiones adecuadas y que todos salgan ganando o al menos ninguno salga excesivamente perjudicado.

Tenemos varias fórmulas de actuación para iniciar el proceso, las cuales conllevan, por separado, condicionamientos y resultados dispares y que deben ser tenidas en cuenta en función de lo que estemos dispuestos a dar, recibir o arriesgar:

1. ERE.
2. Despidos objetivos (por no llegar al número suficiente para practicar un ERE).
3. Despidos improcedentes.
4. Recolocación en otros departamentos o áreas similares en la empresa, siempre que sea posible (incluso movilidad geográfica a otros centros).

Es aquí donde entra en juego la negociación y el diálogo, de la mano, por supuesto, de planes sociales para amortiguar el impacto social de los posibles despidos.

Es muy importante mantener limpia y transparente la imagen de la empresa, pero ya no sólo es ésa la percepción que debemos tener, sino que, los trabajadores, aunque para muchas empresas

signifique lo contrario, son personas que prestan sus servicios en éstas a cambio de una retribución que utilizan como medio de vida; la pérdida del empleo (acentuado en época de crisis) puede suponer un grave perjuicio para su sustento y en especial a los núcleos familiares con hijos menores.

Según la teoría de las relaciones laborales, una de las formas postaylorista de organización es a través del enfoque de los recursos humanos, con departamentos específicos encargados de canalizar la relación empresa-empleado. Este pensamiento considera a los empleados como un valor añadido al producto, tratando de potenciar las relaciones emocionales entre empresa y trabajador, aportando ventajas duales y buscando soluciones en épocas de crisis para que el empleado no reciba un impacto desmesurado. El estudio MERCO 2009, que desvela cuáles son las mejores empresas para trabajar en España, sitúa en el top ten a multinacionales líderes en sus sectores que utilizan este sistema, como pueden ser Banco Santander, Repsol, La Caixa, Telefónica y Mercadona, y que no hay más que echar un vistazo a sus progresos: han obtenido resultados positivos incluso en la situación coyuntural que vivimos.

Dicho esto, y a colación de los efectos sociales del despido, la empresa debe mantener una cierta consideración con los empleados (más aún si cabe con los cualificados), porque a pesar de vivir una época de crisis, si se fomenta la participación en la empresa, la formación, y se lucha por demostrar el valor y el esfuerzo, puede servir para obtener logros y competitividad hacia los demás; entonces, ¿por qué siempre lo más dañado de una organización es el factor humano?, ¿no existen fórmulas de reducción de costes para las materias primas?, ¿o quizás una forma organizativa que aporte más competitividad?

Está claro que pase lo que pase, salvo contadas ocasiones, el perjuicio al «mundo obrero» en época de crisis será una constante que ni siquiera el legislador ha podido despejar totalmente de la ecuación.

No debemos olvidar que el mantenimiento del empleo y el ingreso de un sueldo (aunque se practiquen congelaciones salariales) fomentan el consumo, algo imprescindible para su propia empresa, ya que el mismo consumo es el regulador del mercado y es punto diferencial entre la prosperidad y la recesión. ¿No da que pensar que algo no funciona? ¿Que hay soluciones tan cercanas que la ambición las oculta? ¿Tampoco recuerda el Gobierno el estado de bienestar que ampara la Constitución y en el que supuestamente convivimos?

3. Conclusiones.

A modo de conclusión y tras el análisis realizado, podemos deducir que las motivaciones que impulsan la subcontratación, llevadas al campo de la efectividad, son a su vez las ventajas.

Pero toda regla tiene excepciones; en el caso de la subcontratación nos podemos encontrar ciertos inconvenientes al llevarla a cabo, como pueden ser:

- Que el subcontratado se quede obsoleto y no nos aporte una ventaja competitiva, de ahí que se deba procurar elegir bien al proveedor; aquel que posea un buen posicionamiento en el mercado y sus métodos sean reconocidos.

- Un conocimiento exhaustivo del que nos presta servicio, sobre un producto o servicio en cuestión, en algunos sectores, puede suponer la creación de una industria propia y que pase de ser proveedor a ser competidor. Importante entonces, reflejar en las cláusulas contractuales este hecho para evitar que, en lo que buscamos ventaja competitiva en el mercado, nos suponga un duro golpe.
- Podemos encontrarnos que el costo ahorrado o el aumento de beneficios no sea lo que esperábamos.
- Ante la enorme flexibilidad del mercado, cabe la posibilidad que tras un cambio del sector, y tras realizar un análisis periódico, se nos presente la oportunidad inversa de obtener una ventaja competitiva implementando de nuevo un departamento propio en lugar de subcontratación. Esto se hace complicado por las tarifas que ofrecen puesto que son bastante atractivas y se contraponen el ahorro en costes con la pérdida de ventaja competitiva, un dilema a resolver.
- En caso de no encontrar el grado de satisfacción deseado con los resultados de la elección, un cambio de prestador de servicios puede suponer un enorme coste, bien por el traspaso de la cultura organizativa (por necesitar recursos extra para el traspaso), bien por el tiempo perdido (deben rehacerse las cosas que el otro prestador de servicios no hizo con los resultados que esperábamos), bien por suponer un coste más elevado que el anterior.

Por estos motivos hacemos de nuevo hincapié en la importancia del análisis previo y la correcta elección de qué y con quién subcontratamos, y en su caso qué repercusión tiene en la organización y en la sociedad, para que todo vaya bien y no nos encontremos sorpresas.

4.^a ¿Qué consecuencias puede suponerme y cuáles son los problemas que pueden plantearse?

1. Delimitación de conceptos.

El núcleo de los efectos colaterales son básicamente dos, la responsabilidad y la sanción, derivada siempre de un incumplimiento, bien por nuestra parte, bien por parte de la empresa subcontratada, causando un perjuicio a los trabajadores.

Actuar obviando las disposiciones legales relativas a la materia, puede conllevar que se impongan sanciones por la autoridad laboral competente, siempre incitada por la propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; esto es, por ejemplo, en el caso de la detección de un traspaso de la línea hacia lo ilícito e incurrir en la cesión de trabajadores entre dos empresas.

El límite entre la subcontratación y la cesión ilegal se basa en cumplir o no tres requisitos básicos:

- Realidad de empresa contratista independiente, es decir, que tenga sus propios medios materiales y personales.

- Organización propia de sus recursos, sin que exista intromisión organizativa con la empresa a la que presta sus servicios.
- Justificación técnica de la contrata.

Antes de empezar a desmenuzar los conceptos citados con anterioridad, responsabilidades, obligaciones y posibles sanciones, debemos situarnos en el omnipresente artículo 42 del ET y su concepto de la propia actividad que es el factor diferenciante de las responsabilidades y obligaciones que puedan surgir.

En puridad, la propia actividad correspondería a aquellas actividades indispensables inherentes al ciclo productivo que se incorporan al producto final.

Tras años de fallos jurisprudenciales, se han universalizado ciertos criterios que permiten hacer una pequeña diferenciación de lo que es actividad indispensable inherente al ciclo productivo y lo que no lo es:

- Habitualidad o permanencia de la actividad.
- Lugar de prestación de los servicios.
- Antecedentes de una gestión directa anterior.
- Objeto social de los estatutos de la empresa.
- Forma de proceder otras empresas del sector.

Con este análisis se podría concretar en qué situación nos encontraríamos en muchos de los casos, pero existe en ocasiones un factor de incertidumbre que es el que ha intentado disuadir la jurisprudencia.

Se debe apuntar que la mayoría de la jurisprudencia centrada en este punto se detiene en delimitar el concepto de propia actividad del artículo 42 del ET, haciendo hincapié en las obligaciones de naturaleza salarial y de Seguridad Social. Ahora bien, posteriormente, con la entrada a escena de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) (NSL000073), nacieron responsabilidades en supuestos de accidentes por faltas de medidas de seguridad, y estas sentencias aun siendo anteriores a esta ley, deberían ser de aplicación, al calificarse el ordenamiento jurídico como un conjunto de disposiciones coherentes entre sí, por lo que se debe trasladar la aplicación a la LPRL para hacer efectiva la responsabilidad en materia de seguridad y salud siguiendo la tendencia doctrinal.

2. Propia actividad.

El artículo 42 del ET deja bastante claro que existen obligaciones y consecuentemente responsabilidades por incumplimientos tanto de una parte como de otra. Si bien un empresario puede dejar

de pagar las cotizaciones, también puede dejar de pagar a sus empleados, o en casos extremos ambas cosas; por todo esto, por haber diferentes incumplimientos el ET reparte el «pastel» de la responsabilidad en función de la materia incumplida.

La actuación en perjuicio de los trabajadores tiene su represalia en el Derecho del trabajo, y como decíamos en la contestación a la pregunta, en la subcontratación los incumplimientos que lo causen derivan en responsabilidad que se nos presenta diferenciada a tales efectos en dos materias fundamentales: materia salarial y Seguridad Social.

a) Responsabilidades.

Antes de empezar a atribuir responsabilidades, debemos tener claro los tipos de responsabilidades que existen, y lo que es más importante, en qué consisten.

Por un lado nos encontramos con la responsabilidad **solidaria**, consistente en que ante un incumplimiento, se reclama cualquiera de los responsables (el más solvente en ese momento), y éste puede repetir contra el resto, es decir, que paga la totalidad y después puede dirigirse a los demás para reclamar a cada uno su parte.

En el otro caso hablamos de responsabilidad **subsidiaria**, donde el responsable principal es el que responde por todo, pero en el caso de que no pueda hacerlo, se actúa contra el siguiente más cercano a la obligación, es decir, se sigue la cadena de contratación (ej.: subcontratado, contratista, promotor...), sin olvidar que posteriormente no puede reclamarse nada al obligado principal.

De una manera extraoficial, podríamos decir que es preferible que dispongamos de una responsabilidad solidaria, ya que en el caso de la subsidiaria, a la hora de trabajar con los prestatarios, si nace un incumplimiento por su parte, nos supondría una carga económica importante.

1. Salariales:

- El empresario principal responde en todo caso solidariamente de las obligaciones salariales del subcontratista, con respecto a los trabajadores que presten servicio con motivo de la contrata y en el periodo de vigencia de ésta. Una vez terminado el servicio prestado por el subcontratista la responsabilidad del empresario principal es exigible durante el año siguiente a la terminación del contrato.
- Quedan excluidos de la responsabilidad, por su naturaleza no salarial, los siguientes conceptos:
 - Indemnizaciones.
 - Dietas.
 - Salarios de tramitación.

El Tribunal Supremo (TS) interpretó que en el caso de las extinciones, los salarios de tramitación tienen carácter indemnizatorio, por lo que se excluyen eximiendo la responsabilidad, pero, ¿y en el caso de readmisión, por qué se considera también con carácter indemnizatorio?; a nuestro entender sería un salario dejado de percibir ya que si la empresa ejerce la opción y readmite o el juez declara el despido como nulo, ese periodo consta como efectivo a todos los efectos de la relación laboral (cotización, antigüedad, etc.).

2. Seguridad Social:

Las responsabilidades en Seguridad Social vienen dadas por el incumplimiento de las obligaciones que el artículo 42 del ET establece: estar al corriente de pago y pedir información de las empresas contratistas y subcontratistas para comprobar su estado respecto de las obligaciones económicas de Seguridad Social; si no hemos solicitado información y la empresa subcontratada tiene algún descubierto o prestación a favor de algún trabajador, nace la responsabilidad solidaria de liquidar las cotizaciones o prestaciones que ésta no haya realizado, siempre y cuando estén empleados para prestar servicios en la contrata.

La responsabilidad será exigible durante toda la duración de la contrata y hasta un año después de haber finalizado.

Haciendo efectivo lo expuesto, conforme a sentencia del TS condenatoria de responsabilidad, podemos darnos cuenta de la importancia que tiene la regulación del ET:

«Aplicación de la responsabilidad solidaria del artículo 42 del ET al Servicio Navarro de Salud, al haber subcontratado por el concepto de propia actividad. Inclusión dentro de tal concepto del transporte sanitario de urgencia. Se estima el recurso de la empresa que tenía contratado aquel servicio, para condenar a la entidad pública navarra con carácter solidario» [STS de 3 de octubre de 2008 (NSJ028733)].

b) Obligaciones.

Las disposiciones legales han diseñado, sobre la base de la finalidad tuitiva del Derecho del trabajo, la imposición de una obligación muy importante para las partes, que si la cumplimos con eficacia y llevamos un control mínimo de proveedores nos evitaría muchos quebraderos de cabeza. El incumplimiento de estas obligaciones da pie a las responsabilidades que nos hace susceptibles de cargar económicamente en las materias salariales y de Seguridad Social citadas.

1. Certificado de estar al corriente de obligaciones.

Dando por supuesto que las obligaciones de toda empresa son los derechos de los trabajadores del artículo 4 del ET, en la práctica de la subcontratación el mismo texto legal impone como obligación la de comprobar, por parte del empresario principal, que las empresas que prestan servicios como subcontratistas se encuentran al corriente de las obligaciones con la Seguridad Social.

El no hacer esto, implica que en el supuesto de que el subcontratista incurra en un desacato de la normativa en detrimento de sus trabajadores, el empresario principal asumirá la responsabilidad solidaria a la que hacíamos referencia con anterioridad.

Como es evidente, si cumple con la obligación de pedir certificado a la empresa subcontratista reflejando éste un resultado negativo, o transcurre el plazo de 30 días sin haberse emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), quedará eximida de responsabilidad solidaria. Según la omnipresente jurisprudencia de la que disponemos, quedar exento de responsabilidad solidaria no implica de forma automática quedar exento de la responsabilidad subsidiaria (en casos de cotizaciones por accidentes de trabajo). (SSTS 19 de mayo de 1998, 16 de septiembre de 1999, 22 de diciembre de 2000).

A efectos prácticos, alguno de los problemas que podemos encontrarnos con las certificaciones de situación de cotización emitidas por la TGSS es:

En sectores en recesión y ante la falta de liquidez de las empresas principales (caso común de la construcción), antes de abonar el coste del servicio a la subcontratista según el contrato entre ambas, se están dando casos de que esta primera exija requisitos no reflejados en la ley, ni siquiera en la costumbre, para retrasar la emisión del certificado e intentar a su vez retrasar el pago. Alguna de las exigencias que imponen a la subcontrata es que la TGSS emita un certificado sellado por el jefe de recaudación o una compulsa del descargado del sistema RED. Es en este momento cuando nos encontramos con varias contingencias:

- La TGSS según sus circulares internas que acotan su modus operandi, basado en las normativas de emisión telemática de documentos [Orden de 3 de abril de 1995 (NSL001237) y Resolución de 23 mayo de 1995 (NSL001235)], alegando que si la empresa dispone de sistema RED, y posee autorización (bien propia o a través de un profesional) no están obligados a emitir desde sus oficinas certificado alguno, ya que es perfectamente válida la impresión autorizada y sellada con la firma del titular de la autorización y el número de la misma.
- Sus dictámenes de funcionamiento interno por norma general (siempre existen diferentes criterios en función de la provincia aun siendo la misma comunidad autónoma, lo que hace que el funcionamiento de nuestro sistema descentralizado de gestión de la Seguridad Social deje mucho que desear en cuanto a la atención al ciudadano), les permite la acción de compulsa en situaciones en las que los documentos susceptibles de ello tengan como cometido dirigirse a otro organismo público y no a un particular o empresa.
- La reflexión en la que debemos incurrir, observando el colapso de las delegaciones de la TGSS ante la coyuntura sociolaboral existente, el crecimiento de los concursos y la imposibilidad (voluntaria o forzada) en el pago de cotizaciones causa de generación de descubiertos, es que debemos tener consideración y utilizar los medios válidos que nos brindan para facilitar la gestión por la vía telemática.

Si en un tiempo pretérito, por falta de medidas de seguridad, hemos sido objeto de imposición de sanción y desagraviados con un recargo de prestaciones por invalidez en cualquiera de sus modalidades, debemos tener siempre en cuenta que cualquier certificación de nuestra situación de cotización resultará siempre positiva.

Este hecho tiene bastante difícil solución y va a ser un impedimento de cara a la subcontratación.

2. Información a los representantes de los trabajadores.

Uno de los pilares de protección de nuestro ordenamiento laboral es la información a los trabajadores, salvo en contadas ocasiones a través de sus representantes, en los casos de existir situaciones de probable afección general en sus condiciones de trabajo.

En subcontratación, este deber de información se traduce, a colación de lo establecido en el artículo 42.4 del TRET, en los siguientes puntos:

- Nombre o razón social, domicilio y CIF de la empresa contratista o subcontratista dependiendo del caso.
- Objeto y duración de la contrata.
- Lugar de ejecución de la contrata.
- Número de trabajadores empleados en la contrata.
- Medidas de coordinación en materia de LPRL.

Como todo incumplimiento normativo, en un Derecho de trabajo proteccionista y represor del infractor, se estipulan las sanciones a través de la LISOS; concretamente este caso, se encuentra tipificado en el artículo 7.12 y la calificación corresponde a un tipo grave pudiendo imponerse multas económicas desde 626 a 6.250 euros.

Es preferible, contempladas las consecuencias, emitir un documento informativo con una breve estructura que contenga a grandes rasgos los cinco puntos citados; aunque de esta forma evitaríamos la sanción pecuniaria, es importante que tengamos claro que evitar conflictos con los representantes en épocas de crisis y mantener relativamente una cordial relación con ellos, puede favorecer ciertos acuerdos ante negociaciones futuras (ERE, movilidad geográfica, negociación de condiciones o convenios de empresa...).

3. Distinta actividad.

a) Responsabilidades.

En este caso no existen obligaciones salariales, solamente en materia de Seguridad Social, y de manera subsidiaria.

Existe alguna excepción que exime de responsabilidad de cotizaciones ante un incumplimiento del contratista, como por ejemplo, el cabeza de familia al contratar las obras de reforma de su domicilio.

b) Obligaciones.

La obligación de estar al corriente de los pagos de la Seguridad Social y la petición del certificado para comprobar la actuación de la contrata y subcontrata respecto a las liquidaciones periódicas de cotización y prestaciones es idéntica a la establecida para la misma actividad.

4. Especialidad de subcontratación en construcción.

La construcción es un sector especial, donde siempre han existido peculiaridades, necesidades y problemas muy diferentes al resto de sectores. Por ello, y según ha ido avanzando el tiempo hasta el día de hoy, se han tenido que ir adaptando normas, con el fin de evitar conflictos, fraudes y accidentes.

Es tan compleja la problemática del sector que aun haciendo un esfuerzo (legislativo y administrativo), se han quedado muchas cosas fuera de control.

Uno de los esfuerzos mayores se presenta de la mano de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), que ha reforzado en muchas comunidades autónomas la red de inspectores y subinspectores para realizar un control exclusivo a las empresas de construcción para que se adapten a la legislación vigente.

Es por tanto, la subcontratación en este sector, un tema candente en la actualidad laboral. En la mayoría de obras y construcciones que se realizan en nuestro país, está presente la figura de la subcontratación. En ocasiones es tan larga la cadena de subcontratación y actuantes, que si no estuviera tasada la responsabilidad, existiría un enorme fraude y consecuentemente una lesión de los derechos de los trabajadores, quedando fuera del alcance de la Administración.

Es importante, visto la amplitud y complejidad, no dejar de descuidar la seguridad y salud en la subcontratación, por ir estrechamente unida a ésta, y ser una materia susceptible de algunas sanciones tipificadas que recoge la LISOS (y dicho sea, las de mayor cuantía).

En el año 2007, ante la delicada situación del sector, se publicó el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto (NSL009154), por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (NSL007919). Disposiciones muy recientes que endurecen las medidas y requisitos para subcontratar en el sector. Se intentan suavizar los efectos negativos que puedan existir requiriendo algunos requisitos como:

- Inscripción en el Registro de empresas acreditadas con posibilidad de tramitación telemática.
- Acreditación de que los empleados cuentan con formación necesaria en materia de prevención de riesgos laborales.
- Requisitos de calidad de empleo.

Expresamente, y para evitar la gran temporalidad que existe en el sector de la construcción, esta disposición legal se desmarca ante las empresas estableciendo una acotación en cuanto a los

trabajadores fijos en plantilla (que deben ser 30% como mínimo), que deben emplear para participar en acciones de contratación o subcontratación siempre y cuando lo hagan habitualmente.

El legislador pretende no dejar suelto ningún cabo, para que no exista lugar a confusión, y para ello delimita en el artículo 11, el concepto de habitualidad:

- Dedicación al sector de la construcción (según IAE, escrituras, CNAE).
- Que durante los 12 meses anteriores haya ejecutado uno o más contratos cuya duración acumulada no sea inferior a 6 meses.

Para que esta medida no choque y cree un impacto a las empresas practicantes, se ha dejado un periodo transitorio de adaptación, que fecha como límite el 20 de abril de 2010 para conseguir el 30 por 100.

- Libro de subcontratación

Éste debe haber sido habilitado por la autoridad laboral; en él deben consignarse por orden cronológico todas y cada una de las subcontrataciones (empresas o autónomos).

Es imprescindible, y reiterado en ocasiones por la Inspección de Trabajo en varias consultas, que el libro refleje el coordinador de seguridad y salud, precisamente por ser éste el universal conecedor en la materia en toda la ejecución de la obra. La figura del coordinador es importante, ya que debe disponer de toda la información (debe ser informado por el contratista) para transmitirla a las partes subcontratadas con el fin de, en primer lugar, lograr un conocimiento por todas las partes de las pautas establecidas en la materia inherentes a la ejecución de la obra y, en segundo lugar, para que las subcontratistas obtengan información necesaria, para trasladarla a los representantes de sus trabajadores y así cumplir la Ley 32/2006 en su artículo 9.1.

De un modo especial se da tratamiento al libro de subcontratación en los casos de obras por edificación [regulada en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de **Ordenación de la Edificación** (NSL003148)], ya que debe adjuntarse una copia del mismo al libro del proyecto del edificio, con el fin de delimitar posibles responsabilidades en caso de vicios ocultos derivados del proceso de construcción en el que participaron todas esas empresas.

5. Cesión ilegal.

5.1. Delimitación del concepto y caracteres previos.

La consecuencia de una errónea utilización de la subcontratación, tanto en inicio como en un cambio de la prestación subcontratada, puede hacernos incurrir en una cesión ilegal de trabajadores.

A pesar de ser un artículo que define una situación contraria al buen proceder en el cumplimiento del derecho, el artículo 43 del ET comienza tasando, quizá para un mejor entendimiento del concepto, lo que es una cesión lícita:

«La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.»

Con este primer apartado se excluye todo tipo de posibilidad de «préstamo» de trabajadores entre empresas, a excepción de las ETT, por lo que podemos deducir que, **salvo la excepción, cualquier cesión de trabajadores es ilícita.**

Profundizando en el sentido más concreto de esta figura, nos encontramos ante un fenómeno que brota del incumplimiento de las disposiciones básicas de este mismo artículo en su apartado 2:

«Que se trate de una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria.

Que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.»

Una visión sobre esta cuestión la encontramos en las palabras del magistrado Folguera Crespo, que comenta que la cesión ilegal es «un alejamiento del verdadero empresario responsable», es decir, un traspaso de responsabilidad a terceros, relativos a materia salarial y materia de seguridad social en este caso, con el fin de dificultar la efectividad de estos derechos de los trabajadores para intentar a su vez obtener un beneficio de ello.

En los términos jurisprudenciales actuales, y de manera reiterada (SSTS de 17 de julio de 1993, 17 de enero de 2002 y 14 de septiembre de 2002), hablan del concepto de **interposición** en el contrato de trabajo a la hora de determinar la cesión ilegal, por el cual un empresario real aparece sustituido por un empresario formal, esto es, la figura del **empresario aparente** o interpuesto.

La figura del empresario aparente no es la única que regenta la evasión en materia de subcontratación, sino que podemos hablar de la existencia de cesión en otros términos; la nota diferenciadora se puede encontrar en el tipo de empresario contratante, es decir, si el contratista principal y la subcontrata son empresas reales o son una simulación.

Lo anterior da lugar a que podamos diferenciar dos tipos de cesión ilegal:

a) Empresario aparente.

Éste es el caso de un empresario no real o simulado que aparece y se identifica desde un principio como empleador ante los trabajadores.

Al realizar la transferencia de personal (cesión), ésta se produce a través de la intermediación o interposición de un empresario cuya existencia no es real. Es por tanto un caso de empresas apa-

rentes que carecen de instalaciones propias, patrimonio y medios materiales de producción y, evidentemente, de su propia plantilla.

Esta situación es típica en el caso de aquellas contratistas que suscriben un contrato con otra empresa subcontratista para la realización de una obra concreta; pero realmente lo único que hace es proveer al empresario final del personal necesario para llevar a cabo la actividad por la que ha sido «supuestamente subcontratado».

Éste sería, por ejemplo, el supuesto de una persona que realiza un contrato con un trabajador, única y exclusivamente para que éste trabaje en una tercera empresa; si nos damos cuenta, la manera de actuar de estos empresarios aparentes es idéntica al proceder de las ETT, con la diferencia de que a estas últimas la ley las ampara para realizar este tipo de «cesión lícita».

b) «Seudocontrata».

Situación en la que la cesión se da bajo la apariencia de una verdadera contrata entre dos empresas, con entidad y existencia reales, con organizaciones diferenciadas e instalaciones propias, actividades separadas y plantillas independientes.

En este caso, quien ocupa la posición de empresa contratista sí es un verdadero empresario, pero éste no realiza él mismo, con sus instrumentos y medios materiales y personales, la parte de actividad que se le encarga, ni pone en juego su propia organización, y se limita simplemente a suministrar mano de obra al empresario.

La cesión ilegal se trata en definitiva de *un cambio de sentido* por parte de las empresas en el cauce de la actuación natural, lógica y conforme a derecho, para intentar eximir responsabilidad con su plantilla y cuyo resultado, malicioso o no, perjudica los derechos de los trabajadores.

Recientemente, el TSJ de Galicia en Sentencia 3158/2009, de 24 de junio (NSJ028995), ha venido una vez más a recordarnos la delgada línea entre lo lícito y lo ilícito:

«La línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo (...), debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general, sino en relación con el trabajador concreto que la solicita.

De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición, se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el artículo 42 del ET, mientras que, los casos de contratistas ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el artículo 43 del ET.»

Por todo esto, por poner algunos ejemplos de cesión ilegal a los efectos de dejar lo más claro posible el concepto, podemos citar:

- Cuando una empresa, supuestamente contratista, presta trabajadores sin poner en juego en modo alguno su organización y medios propios en la ejecución del servicio, existe cesión ilegal de trabajadores y no-arrendamiento de servicios al quedar el trabajador bajo el poder organizativo y directivo de la empresa cesionaria, limitándose la empresa cedente a aportar la mano de obra, abonar los salarios y cumplir las obligaciones de Seguridad Social y las derivadas de la extinción del contrato que realmente soporta de una manera indirecta la empresa que recibe esos trabajadores, al abonar unos honorarios a la cedente. (TSJ de Cantabria, Sentencia 796/2007).
- Empresa estatal pública que es contratada por la Consellería de Medio Ambiente para prestar servicios de desarrollo rural y conservación del medioambiente. A pesar de que la empresa demandada posea estructura empresarial propia y trate de dar apariencia de ejercitar potestades de organización y dirección, requiriendo a la demandante la realización de partes mensuales de asistencia y de petición de permisos y vacaciones, lo cierto es que la empresa no ejerce el control efectivo ni sobre el horario, ni sobre las vacaciones y descansos, utilizando la demandante los medios y servicios de la Consellería sin ninguna distinción que la diferenciase de los demás funcionarios del departamento. [TSJ de Galicia, Sentencia 1349/2009, de 13 de marzo (NSJ028912)].
- El BSCH suscribió con una empresa un contrato de arrendamiento de servicios, en virtud del cual la empresa asumió la realización del servicio de *marketing* y publicidad, comprendiendo actividades de información, difusión y realización de campaña publicitaria. (TSJ de Aragón, Sentencia 1004/2001, de 8 de octubre).
- El TSJ de Aragón, reiterándose en su doctrina anterior, mantiene que si la empresa contratista (la arrendataria del servicio) se limita a la provisión de la fuerza de trabajo, es decir, al suministro de trabajadores, nos encontramos ante una cesión ilegal, con la lógica conclusión de que los trabajadores objeto del tráfico prohibido tendrán derecho a integrarse como trabajadores fijos en la empresa cedente. [STSJ de Aragón de 8 de octubre de 2001 (NSJ010341)].
- Se aprecia que el arrendamiento de servicios entre las dos empresas es sólo un acuerdo de cesión que se agota en el suministro de mano de obra. Lo que contempla el artículo 43 del ET es un supuesto de **interposición** en el contrato de trabajo. Es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal.

Implica varios negocios jurídicos coordinados: un acuerdo entre los dos empresarios para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador; y un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. (STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003).

Tras echar un vistazo a estas sentencias, y remitiéndonos a la ley, encontramos que la finalidad del artículo 43 del ET es que la «relación laboral real coincida con la formal», y que quien es realmente empresario asuma sus obligaciones con sus empleados, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias, que van de la mano con la interposición (figura del empleador aparente), como el menoscabo de los derechos sociales de los trabajadores.

No toda cesión es necesariamente fraudulenta, ya que debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones, y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio.

Ahora bien, no debemos ignorar que el ET es un abrigo protector que arropa al trabajador en caso de excesos y abusos y que los incumplimientos como éste son atentados indirectos a los trabajadores, por ello el propio ET fija unas responsabilidades y una posibilidad al trabajador afectado de resarcir el daño dándole una opción de elección.

5.2. Responsabilidades.

En caso de infracción de las disposiciones legales que proveen la prohibición relativa a la cesión ilegal de trabajadores, ambos empresarios, cedente y cesionario, «responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos».

5.3. Consecuencias.

a) Derecho de opción del trabajador.

Esta opción supone que el trabajador accederá a la empresa elegida con los derechos y obligaciones que corresponderían en las condiciones pactadas en su contrato siempre y cuando se ajuste al puesto de trabajo que desempeña en ese momento y no sea en inferiores condiciones (convenio colectivo, horario, salario, etc.). Además, la antigüedad se computa desde el inicio de la cesión ilegal.

La elección antes comentada que tiene el trabajador sometido a las malas prácticas empresariales y al tráfico prohibido tendrá el derecho a optar por la permanencia de forma indefinida en una u otra empresa, la cedente o la cesionaria.

b) Sanciones.

Falta muy grave, artículo 8.2 de la LISOS «Cesión ilegal de trabajadores», cuantificada en un importe que puede ir desde 6.251 a 187.515 euros, en función de los criterios de graduación que estime oportuno el inspector de Trabajo y Seguridad Social.

c) Prohibición de contratar con la Administración.

Esta sanción va ligada a la anterior, es decir, es una sanción accesoria por incumplimiento de la comentada en el apartado anterior.

La propia LISOS en su artículo 20.2 a), d), f) así lo establece, determinando que en ningún caso podrán contratar con la Administración aquellas personas (físicas o jurídicas) que hayan sido sancionadas o condenadas por sentencia firme por infracciones administrativas muy graves, como es el caso de la cesión ilegal de trabajadores.

d) Delito penal.

Sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones anteriores, una cesión ilegal de trabajadores con una violación de los derechos básicos de éstos, puede derivar en una responsabilidad penal para el actuante según rezan los artículos 311 y 312 (estrechamente relacionados para dar lugar al hecho causante) del Código Penal.

Para determinar el límite en el que se sitúa el delito penal en colación a la cesión ilegal, tenemos que dirigirnos a la jurisprudencia. Por dar un ejemplo podemos acudir al Auto 1203/2004, resolutorio de recurso de apelación, que desestima finalmente la Audiencia Provincial de Madrid, expresada opinión mediante la ponencia de la magistrada doña María Teresa Chacón Alonso.

A través de un análisis legislativo¹ y jurisprudencial² establecido en el fundamento segundo, reza lo siguiente: «El delito se consuma con la realización del acto del tráfico, sin que sea preciso se materialice un perjuicio para el trabajador. No obstante, sí es necesario que presente cierta idoneidad para lesionar los derechos de los trabajadores. Asimismo, la expresión tráfico conlleva la existencia de un ánimo de lucro o enriquecimiento».

Sacando sintéticamente la intención, nos damos de cuenta de que pueden existir dos tipos de cesiones ilegales: la que se hace de manera negligente, y la que se hace de manera dolosa (con el fin de lucro o enriquecimiento comentado por la magistrado); recibiendo en este último caso la calificación de delito, que puede verse agravado si además produce una situación de perjuicio para los trabajadores.

Las penas establecidas para este tipo de delitos van desde 2 a 5 años de cárcel, y de 6 a 12 meses de multa.

A modo conclusivo y vistas las ostentosas consecuencias que pueden, incluso, llevar a la quiebra a muchas empresas, es conveniente establecer unos mecanismos de control exhaustivo de la subcontratación.

5.^a ¿Puedo congelar o rebajar el sueldo a mis trabajadores?

Desde una perspectiva microeconómica el salario de los trabajadores tiene una gran importancia relativa en los costes de producción y, por tanto, incide de forma significativa en el precio final que alcanzan en el mercado los productos o servicios prestados por las empresas. Esta situación es aun más acusada en sectores productivos básicos como la agricultura, la construcción, la hostelería, etc., en los que la actualización tecnológica apenas ha conseguido incrementar la productividad empresarial, dado que por su naturaleza en estas actividades el factor humano siempre ha tenido y tendrá un

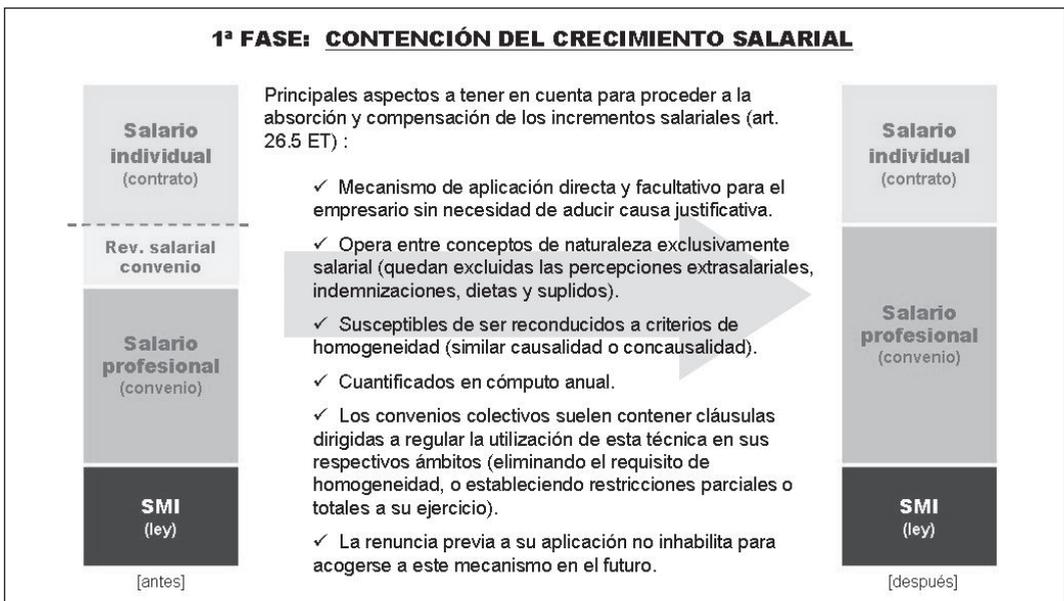
¹ Exposición de motivos de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las ETT. «Recordaba como ha sido tradicionalmente prohibido por los ordenamientos laborales y considerado como tráfico ilegal de mano de obra la contratación de trabajadores con la finalidad de cederlos con carácter temporal a otras empresas para hacer frente a necesidades coyunturales, asimilando dicha actuación a la actividad de intermediación en el mercado de trabajo con fines lucrativos por estimar que ambas figuras podrían atentar contra derechos fundamentales de los trabajadores».

² Como más significativas SSTs de 16 de noviembre de 2000 y 995/2000).

papel fundamental en el desarrollo de las mismas. Por ello, en España, teniendo en cuenta que el motor de la economía lo constituyen justamente los sectores productivos más afectados por el precio de la mano de obra, sin lugar a dudas, una gestión flexible del salario contribuiría a incrementar la productividad y competitividad de nuestras empresas, ya que permitiría obtener una mayor cantidad de producto con los mismos costes o bien obtener la misma cantidad de producto con menores costes.

Sin embargo, no debemos olvidar que el salario tiene una doble dimensión económica. Y es que además de constituir uno de los principales costes de producción para las empresas, es también la principal fuente de ingresos de los trabajadores, con la que éstos han de satisfacer sus propias necesidades y las de sus familias. Por este motivo, a pesar de las razones anteriormente apuntadas, el Derecho del trabajo no puede dejar de proteger los derechos económicos de los trabajadores, lo que a la postre se traduce en una regulación bastante rígida en materia retributiva. No obstante, el legislador, conocedor de las fluctuaciones cíclicas por las que atraviesa inexorablemente la economía, ha introducido en el ordenamiento jurídico-laboral diversos mecanismos de flexibilización salarial o «válvulas de escape», a los que empresas en dificultades económicas puedan acogerse para salvaguardar la viabilidad de sus negocios, mediante la reducción de los gastos de personal sin que ello comporte necesariamente una reducción de plantilla. Así pues, a la luz de los distintos mecanismos previstos en el ET que pudieran servirnos a esta finalidad, proponemos la adopción de las medidas empresariales que se indican a continuación, las cuales deberán ser aplicadas de forma sucesiva y no excluyente, en función de las necesidades de cada empresa:

1. En primer lugar, debería comenzarse por la **contención del crecimiento salarial**. Sobre la base del mecanismo de la absorción y compensación, contemplado en el artículo 26.5 del ET, resulta posible neutralizar el crecimiento salarial propiciado por los incrementos retributivos introducidos por normas legales y/o convencionales sobre los mínimos profesionales e interprofesionales vigentes en cada momento, mediante la absorción de su cuantía compensándola con las mejoras salariales contractuales que los trabajadores viniesen percibiendo.



Un ejemplo de esta medida sería el de un trabajador que gana 16.000 euros/año en concepto de salario base y otros 2.000 euros/año más como mejora voluntaria. En total 18.000 euros/año. Un nuevo convenio colectivo cifra el salario base en 17.000 euros/año. Pero este incremento de 1.000 euros/año en el salario base es absorbido y compensado por los 2.000 euros/año de la mejora voluntaria. De manera que no se ven incrementados los 18.000 euros/año que viene percibiendo el trabajador, por ser ésta una cuantía superior a la exigida por el convenio colectivo.

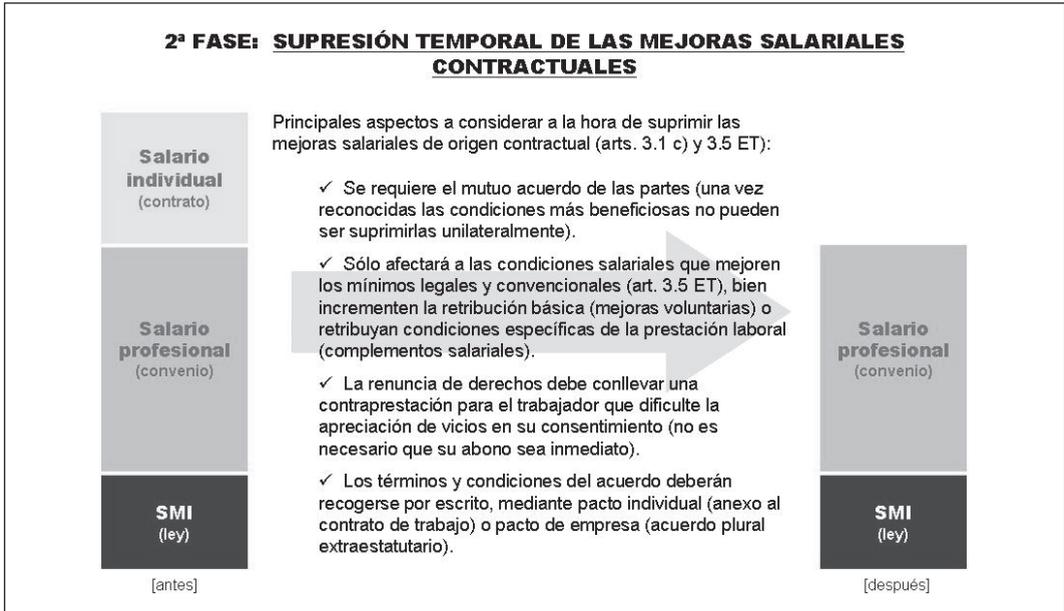
Por otra parte, aquellas empresas que retribuyan a sus trabajadores según convenio, esto es, cuando no vengan reconociendo mejoras salariales a los empleados sobre los mínimos convencionalmente establecidos, podrían plantearse abordar la contención del crecimiento salarial por la vía de considerar «indebida» la cuantía del incremento retributivo previsto por el convenio colectivo dimanante de la diferencia negativa entre el IPC real y el IPC previsto por el Gobierno (interpretación a la que de hecho se ha acogido un gran número de empresas). Y en consecuencia, aplicar la revisión salarial a principios de año de conformidad con el IPC previsto, pero una vez conocido el dato del IPC real, de resultar éste inferior al previsto, optar bien por exigir a los trabajadores la devolución de cantidades «abonadas en exceso» durante el año, o bien por considerar dicha cuantía como un anticipo entregado a los empleados a cuenta de futuros incrementos salariales en los siguientes ejercicios. No obstante, conviene destacar que, en ninguno de estos casos nos encontramos ante la aplicación del instituto de la absorción y compensación, sino ante la interpretación y aplicación de las previsiones contenidas en una norma convencional dotada de fuerza vinculante (art. 82.3 del ET). Por ello, antes de adoptar cualquiera de estas medidas deberíamos realizar una lectura detenida del precepto que en nuestro convenio colectivo regule la revisión salarial, prestando especial atención a la literalidad de los términos empleados en su redacción, de manera que podamos determinar si los negociadores del convenio pactaron un incremento concreto (IPC previsto más, en su caso, un diferencial), revisable únicamente al alza en caso de que el IPC real superase al previsto, en cuyo caso no tendría cabida la aplicación de las medidas descritas; o si, por el contrario, los negociadores contemplaron que el incremento inicial constituyera un simple anticipo a cuenta del incremento realmente experimentado por el IPC (IPC real más, en su caso, un diferencial), ajustable al alza o a la baja en función de las desviaciones producidas respecto de las previsiones iniciales, en cuyo caso sí que existiría la posibilidad de aplicar alguna de estas medidas.

En cualquier caso, cuando las cláusulas de revisión salarial de nuestro convenio colectivo se encuentren referenciadas al IPC previsto por el Gobierno, aunque previsiblemente el IPC real vaya a resultar muy inferior, no podremos postergar la aplicación de la revisión salarial hasta que se publique el dato del IPC real, ni limitarnos a practicar un incremento inicial consistente en aplicar sólo el diferencial que sobre el IPC se haya acordado en convenio, bajo la presunción de que no existe una «previsión oficial» del IPC por parte del Gobierno, ya que conforme avalan los últimos pronunciamientos judiciales al igual que en años anteriores, a pesar de que no haya habido un anuncio oficial (concretamente, desde 2001), el incremento del IPC previsto por el Gobierno para 2009 asciende al 2 por 100³.

2. A continuación, podría abordarse una reducción salarial consistente en la **supresión temporal de las mejoras salariales contractuales**. Sobre la base de la disponibilidad para los trabaja-

³ Entre otras, SSAN de 21 de mayo de 2009, de 3 de julio de 2009 y de 10 de julio de 2009.

dores de las condiciones salariales más beneficiosas contractualmente reconocidas [que se desprenden de los arts. 3.1 c) y 3.5 del ET], es posible suscribir un pacto entre el empresario y los trabajadores mediante el que se acuerde la supresión temporal de las mejoras retributivas que éstos viniesen percibiendo por encima de los mínimos legales o convencionales vigentes.



Un ejemplo de esta medida sería el de un trabajador que según convenio colectivo debería cobrar un total de 1.600 euros/mes, pero que realmente percibe de la empresa 2.000 euros/mes, ya que se beneficia de una mejora voluntaria de 400 euros/mes. En este caso la reducción salarial podría consistir en ajustar su salario individual al fijado por el convenio colectivo durante un periodo de tiempo determinado, que puede ser un año, y establecer un coeficiente de recuperación, que puede ser de 1,5 sobre la cantidad dejada de percibir, a cobrar por el trabajador en los dos años posteriores. De esta manera, el trabajador dejaría de percibir 5.600 euros anuales ($400 \text{ €} \times 14 \text{ pagas}$) que se ahorra inicialmente la empresa, si bien, el trabajador, por un lado seguiría cobrando el salario fijado por el convenio de 1.600 euros/mes, y, por otro lado, tendría derecho a cobrar durante los dos años siguientes la cuantía debida, que consiste en una cantidad de 8.400 euros ($5.600 \times 1,5$).

3. Por último, en caso de resultar insuficientes las medidas anteriores, cabría la posibilidad de acogerse a una **inaplicación temporal de los mínimos salariales convencionales**. Sobre la base del mecanismo del descuelgue salarial, previsto en el artículo 82.3 del ET, cabe la posibilidad de que una empresa, integrada en un convenio colectivo de ámbito supraempresarial, quede temporalmente al margen de las previsiones contenidas en el mismo en materia retributiva.

3ª FASE: INAPLICACIÓN TEMPORAL DE LOS MÍNIMOS SALARIALES CONVENCIONALES

Principales aspectos a tener en cuenta para inaplicar los mínimos salariales convencionales (arts. 82.3 y 85.3 c) ET):

- ✓ Se requiere una causa económica justificativa y la confluencia de voluntades patronal y asalariada (acuerdo entre empresario y representación de los trabajadores, decisión de la Comisión Paritaria, e incluso arbitraje extrajudicial).
- ✓ No es indispensable que el convenio colectivo prevea expresamente esta posibilidad (régimen alternativo subsidiario), pero su ámbito de aplicación ha de ser supraempresarial (intersectorial, sectorial, subsectorial, e incluso grupos de empresas).
- ✓ Sólo afectará a las percepciones económicas de naturaleza salarial (quedan excluidas las percepciones extrasalariales, indemnizaciones, dietas y suplidos).
- ✓ Los convenios que contemplan el descuelgue dentro de su ámbito suelen hacerlo en condiciones muy restrictivas (situación económica negativa irreversible, inaplicación limitada a los incrementos salariales, o plazos de solicitud cerrados y de corta duración).



Un ejemplo de esta medida sería el de un trabajador que percibe de la empresa un total de 17.000 euros/año, de conformidad con lo estrictamente establecido en convenio colectivo. En este caso la reducción salarial podría consistir en aminorar su salario profesional por debajo de la cuantía que marca el convenio (con el límite del SMI vigente, esto es, 8.736 euros/año en 2009) durante el periodo de tiempo máximo que nos permita el convenio colectivo o se acuerde con los representantes de los trabajadores.

De lo expuesto hasta ahora se desprende fácilmente que cada uno de los mecanismos anteriormente enumerados, tendentes a alterar las condiciones salariales que rigen la prestación de servicios entre empresario y trabajador, tiene diferente encaje en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, habida cuenta de la disparidad entre los presupuestos objetivos y subjetivos necesarios para su aplicación, así como de la diversidad de los procedimientos contemplados para su puesta en funcionamiento.

De una parte, la aplicación del instituto de la absorción y compensación en el ámbito de la autonomía individual, presupone la existencia de una mejora salarial contractualmente establecida, ya sea en forma expresa o tácita, de manera que es indispensable que haya una cuantía o importe de donde poder absorber para que se puedan compensar los nuevos incrementos introducidos por el orden normativo o convencional de referencia. Igualmente, la supresión de las condiciones salariales más beneficiosas que vengán disfrutando los trabajadores en virtud de su contrato de trabajo, requiere indudablemente de la existencia de una mejora salarial contractual que no haya sido completamente agotada por efecto de la absorción y compensación, de forma que es preciso que quede un remanente de la cuantía de la mejora salarial para que ésta pueda ser suprimida por acuerdo plural con los trabajadores, mediante la suscripción masiva de pactos individuales o de un pacto de empresa; resultaría imposible la puesta en práctica de ambos mecanismos cuando no existiese una mejora salarial contractual respecto de los mínimos legales y convencionales.

Mientras que, de otra parte, el mecanismo del descuelgue salarial está pensado únicamente para operar una reducción temporal en la retribución de los trabajadores por debajo de los mínimos establecidos en el convenio colectivo, de modo que es requisito indispensable para su aplicación que no exista una mejora salarial contractual o que la misma haya sido previamente agotada y/o suprimida por las vías anteriormente enunciadas; carecería de sentido hablar de descuelgue o inaplicación del régimen salarial convencional cuando la empresa aún mantuviese los salarios de los trabajadores por encima de los estipulados en el convenio. No obstante, en algunas ocasiones los tribunales han aceptado la posibilidad de que el descuelgue afectase también a las condiciones más beneficiosas de naturaleza salarial que pudiesen existir en la empresa ⁴.

Resulta evidente, por tanto, la conveniencia de que las medidas propuestas sean adoptadas en el orden indicado y no en otro distinto. En este sentido, en aquellas empresas en las que no se den los presupuestos necesarios para la aplicación de la primera alternativa, resultará igualmente imposible la aplicación de la segunda y, en consecuencia, deberá procederse directamente a la aplicación de la última de las medidas propuestas.

6.ª ¿Es posible contrarrestar el efecto de la congelación salarial?

Es de sobra conocida la importante distancia que separa el esfuerzo económico realizado por la empresa (salario bruto abonado) y la forma en que el trabajador percibe el resultado del mismo (salario neto percibido tras la deducción de la cuota del IRPF y las aportaciones a la Seguridad Social), quien normalmente cuantifica su retribución en idénticos términos al ingreso mensual que la empresa realiza en su cuenta corriente, y que posteriormente destina a satisfacer sus necesidades personales y familiares, de manera que el trabajador, en la mayoría de los casos, adquiere bienes y servicios de consumo e inversión en el mercado, sin ser consciente del verdadero coste que ello le supone, esto es, su coste en términos de retribución bruta. Y es que, por el simple hecho de disponer de una renta que le permita acceder a dichos bienes o servicios en el mercado, previamente ha tenido que soportar unos impuestos directos, por lo que, antes incluso de comprar el producto o servicio en cuestión, éste ya ha desembolsado una importante parte de retribución bruta en concepto de cuota de IRPF, que habría que adicionar a su precio de venta en el mercado para conocer el coste realmente soportado.

A lo anterior hay que añadir que no son infrecuentes las ocasiones en que con motivo de una subida salarial, debido a la progresividad del impuesto que grava las rentas del trabajo, el trabajador puede llegar incluso a ver disminuida su renta neta disponible. En estos casos, no sólo quedará totalmente neutralizado el mayor esfuerzo económico asumido por el empresario, circunstancia ésta que podría incluso llegar a ser «entendida» y aceptada con resignación por parte del trabajador, sino que también como consecuencia del aumento de la tasa impositiva se verá aminorada su renta neta disponible en comparación con la que tenía antes de la subida salarial, circunstancia esta última que no querrá ser «entendida» por parte del trabajador y mucho menos aun aceptada de buen grado.

⁴ STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2006.

Desde una perspectiva exclusivamente laboralista, las retribuciones abonadas por la empresa a los trabajadores pueden tener una doble naturaleza, independientemente de la forma que adopten, ya sea dineraria (cuando se satisfagan en metálico, transferencia o cheque) o en especie (cuando se entreguen bienes, servicios o productos de consumo), de configurarse como contraprestación por el trabajo efectivamente desarrollado o por los periodos de descanso computables como tal, tendrán naturaleza salarial, mientras que, si se configuran como una indemnización o suplido tendente a compensar o resarcir los gastos en que se haya podido incurrir con motivo del desarrollo de la prestación laboral, tendrán naturaleza extrasalarial. Parecería lógico pensar que la regulación del tratamiento fiscal de los rendimientos del trabajo debería configurarse en torno a este mismo eje. Sin embargo, el Derecho tributario, y más concretamente la normativa del IRPF, ha optado por una fórmula distinta que si bien, en ocasiones camina de la mano del Derecho del trabajo, considerando total o parcialmente exentas determinadas percepciones extrasalariales (ej.: las dietas, gastos de locomoción, indemnizaciones por despido, etc.), en otras muchas, se aparta por completo de la concepción laborista de la retribución, considerando no exentas otras percepciones de idéntica naturaleza (ej.: los pluses de distancia y transporte urbano, quebranto de moneda, desgaste de útiles o herramientas, adquisición y mantenimiento de prendas de trabajo, indemnizaciones por traslado y cese voluntario, etc.).

Esta disparidad de criterio también afecta a otras cuestiones tales como la valoración de las rentas en especie procedentes del trabajo. Y es que aunque el ET no lo prevea expresamente, la opción más lógica sería guiarse por su valor de mercado o el precio efectivamente satisfecho por el pagador y, de hecho, así lo han entendido los tribunales del orden social durante muchos años (concretamente, hasta 1994). Sin embargo, a pesar de acogerse a este mismo criterio con carácter de «regla general», la normativa del IRPF contempla tantas excepciones a la misma que ésta apenas resulta aplicable, de manera que la mayor parte de las rentas en especie que se satisfacen más comúnmente en el ámbito de las relaciones laborales, a efectos fiscales, se valoran aplicando unas reglas específicas, más ventajosas para el trabajador, ya que comportan o bien su cuantificación por un importe muy inferior al satisfecho por la empresa (seguros médicos, alquiler de vivienda, etc.), o bien su completa exclusión de cómputo (tiques restaurante, cheques guardería, etc.). Y es justamente aquí donde se abre una vía que nos permite recortar la distancia entre los conceptos de salario que empresario y trabajador tienen en la cabeza, puesto que mediante la sustitución de una parte de sus retribuciones brutas dinerarias anuales por la entrega de una serie de productos en especie, el empleado puede ver reducida su base imponible en el IRPF y, por ende, la tributación por este impuesto.

Para ello, tendremos que instaurar un sistema de retribución flexible en la compañía, que permita a los empleados elegir la forma en que desean percibir una parte de sus rentas brutas dinerarias, concretamente, los productos en especie por los que desean sustituir dichas rentas. No obstante, a la hora de abordar la implantación de un sistema de retribución flexible en la empresa es muy importante que planifiquemos cuidadosamente su diseño, dado que existen ciertas limitaciones legales que debemos respetar:

1. Para evitar posibles **contingencias en materia de Seguridad Social** debemos diferenciar claramente dos colectivos distintos de trabajadores. Por un lado, aquellos trabajadores que

tengan unos salarios, considerados en promedio mensual, superiores a la base máxima de cotización a la Seguridad Social. Y por otro lado, aquellos trabajadores cuyos salarios sean inferiores a la base máxima de cotización a la Seguridad Social.

- Trabajadores topados. Este colectivo de trabajadores podrá acogerse al sistema de retribución flexible sin restricciones, con el único límite de que la sustitución de rentas brutas dinerarias por rentas en especie parcial o totalmente excluidas de la base de cotización no comporte una reducción de sus respectivas bases de cotización por debajo de la base máxima vigente en cada momento.
- Trabajadores no topados. Este colectivo podrá acogerse al sistema de retribución flexible pero con ciertas restricciones, puesto que en virtud del artículo 3.5 del ET no podrán disponer libremente de sus bases de cotización en la cuantía que se encontrasen fijadas con anterioridad al acogimiento a este sistema [por tener la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) carácter de derecho mínimo necesario]. Por ello, únicamente se les permitirá:
 - Bien sustituir parte de sus rentas dinerarias brutas por rentas en especie cuya valoración, a efectos de su integración en la base de cotización a la Seguridad Social, obedezca a la regla general del «valor de mercado».
 - Bien destinar parte de sus rentas netas a la adquisición de productos en «clubes de compra» o redes de proveedores concertados por la empresa en los que se ofrezcan descuentos a los trabajadores.

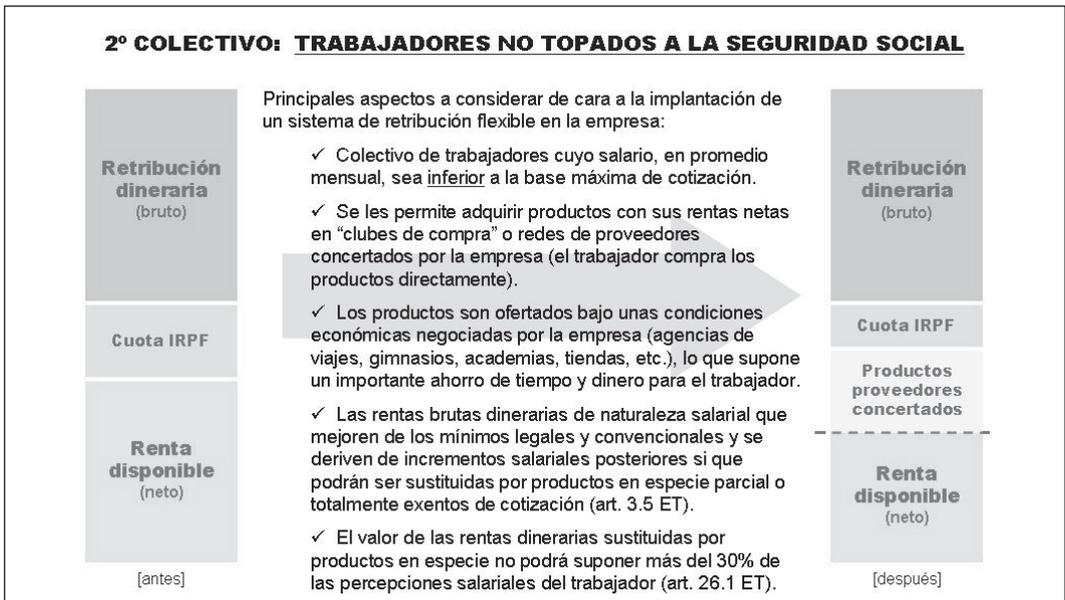
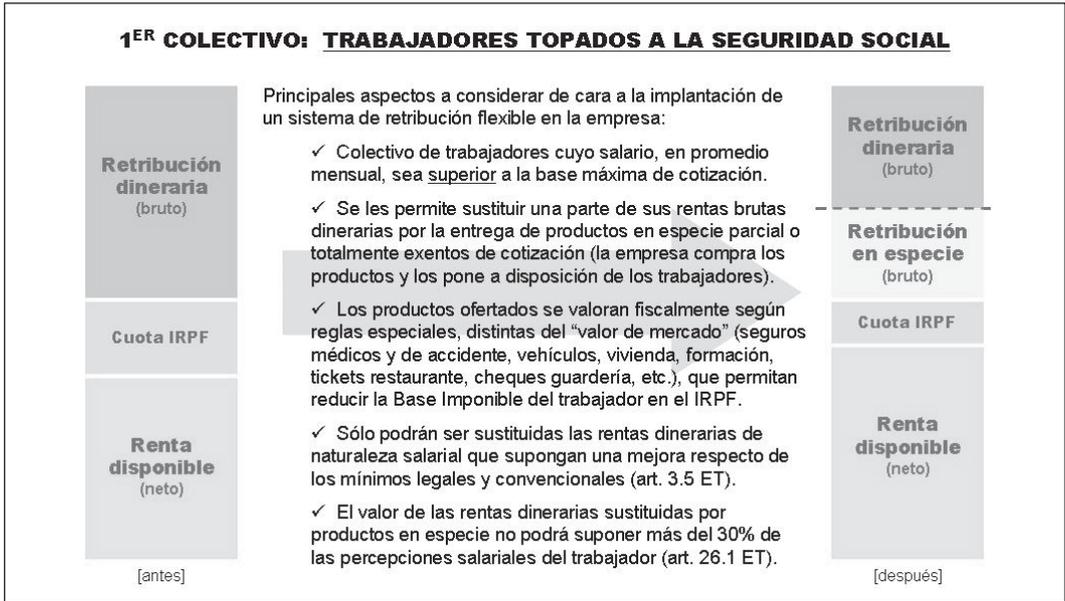
De esta manera no se verán afectadas sus bases de cotización, pero sí que podrán beneficiarse de las ventajas del ahorro de tiempo y dinero que en una economía de escala supone la intermediación de la empresa por el trabajador en su proceso de compra en el mercado de bienes o servicios. No obstante, los incrementos que pudieran producirse en la base de cotización como consecuencia de futuras revisiones salariales sí que estarán disponibles para el trabajador y, por tanto, el correspondiente incremento en su renta bruta sí que podrán ser canjeado por rentas en especie parcial o totalmente exentas de cotización.

2. Para evitar posibles contingencias en materia laboral, deberemos tener presentes las restricciones que nos impone el Derecho del trabajo:

- Sólo podrán quedar afectados por el sistema de retribución flexible los conceptos salariales reconocidos a los trabajadores a título individual o colectivo, ya sea de forma expresa (a través del contrato de trabajo o mediante acuerdo o pacto de empresa), o tácita (por decisión unilateral del empresario) que supongan una mejora respecto del régimen salarial previsto en el convenio colectivo aplicable.
- Únicamente podrán ser sustituidas por productos en especie, las percepciones dinerarias procedentes de conceptos retributivos de naturaleza salarial, quedando totalmente excluidos los conceptos de naturaleza extrasalarial.

- El valor de las rentas en especie sustituidas, en ningún caso podrán suponer más del 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, conforme al artículo 26.1 del ET.

En suma, la problemática de la implantación de un sistema de retribución flexible en la empresa y los beneficios obtenidos a través del mismo podrían expresarse esquemáticamente del siguiente modo:



7.^a Estamos agobiados con la trayectoria de pérdidas de este último año en nuestro negocio: ¿Cuál es el despido más barato? ¿Puedo iniciar un despido colectivo con las personas que están siempre de baja o que menos rinden? ¿Qué pautas mínimas en el trámite procesal hemos de seguir que resulten económicas y eficaces, especialmente con los salarios de tramitación?

1. Introducción.

Ante el planteamiento de esta –aparentemente– sencilla pregunta, debemos considerar en todo momento cuáles son las causas que nos llevan a la drástica decisión de reducir los gastos sociales en nuestra empresa.

Hoy en día entendemos a las empresas como organizaciones cambiantes, que han de adaptarse a las incesantes fluctuaciones del mercado, que en ocasiones llevan a renovar prácticamente la idea inicial de negocio, y ello conlleva a la consecuente reorganización de las plantillas, o a la posible externalización de determinados servicios. En otros casos son las pérdidas económicas, producidas por los saltos del mercado, o bien –por qué no– derivadas de una mala o cómoda gestión empresarial las que determinan procesos de extinciones masivos o suspensivos.

Como bien se expresa en la pregunta que vamos a responder, estamos en tiempos de crisis. Siguiendo el concepto más neutral y adecuado del término crisis, que nos proporciona la Real Academia Española, ésta se define como: «situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, la modificación o cese». La definición es sencilla pero precisa, y extrapolable al mundo de la empresa, ya que una compañía puede padecer una crisis en mayor o menor medida y dudar entre su continuación en el mercado, su modificación interna, o su cese temporal o definitivo. Con relación a si la situación es más o menos angustiosa el empresario deberá actuar, siempre de forma diligente, con respecto a su plantilla.

Consideremos que necesariamente en crisis no han de existir las soluciones apresuradas, y que ninguna medida es beneficiosa socialmente, si no se estudian los pros y contras de cada caso. A veces la medida más fácil no es la más conveniente a la postre, si la única intención es economizar, ignorando riesgos y sin razones fundamentadas. Favorece en todo caso que nuestros motivos para amortizar personal se deduzcan de la «auténtica» situación, o radiografía de la empresa.

A diario, desde los medios de comunicación, se ve cómo en las organizaciones empresariales o patronales, nos llegan explicaciones simples y un tanto convencionales a la hora de explicar la conexión entre el Derecho del trabajo y la decadencia de la economía nacional, pretendiéndose una modificación del ordenamiento laboral, que garantice una mayor **flexibilidad**. Aun así todavía no hay en esta materia de extinciones ninguna novedad relevante emanada por el devenir de esta crisis, que para algunos sólo se resuelve abaratando determinadas clases de despido como medida necesaria. En esto, inevitablemente coincidimos con el juez de la Sala 34 de los Juzgados de Madrid, don Antonio Seoane, cuando expresa en uno de sus artículos que es un argumento retorcido que se diga por

parte de la patronal que no hay que alarmarse por la medida de abaratamiento de despido, cuando si se establece es para algo: «Abaratar el despido es facilitararlo y, si se facilita se usa y, si se usa, se destruye, no se crea empleo».

Las empresas, como es lógico, deben **actuar conforme a la legalidad procesal y fiscal del momento**. Como se explicará más adelante, una determinada medida que pretenda atajar, o tirar por la calle de en medio, podría en determinados supuestos de despido duplicar el coste de éste de forma innecesaria, o peor aun, conllevar a la nulidad de la extinción, retrotrayendo la relación contractual a los orígenes, y dejando sin efecto todo lo actuado. De esta forma, *los planes de economía de costes y de economía procesal, pueden arrastrarnos al desastre y a un endeudamiento mayor*. Sobre este asunto reincidiremos cuando tratemos en rigor las trabas que pudieran derivar del ámbito procesal laboral.

Actualmente, la doctrina y los tribunales, de forma razonable, manifiestan en sus distintos ámbitos una tendencia de sacrificio tanto por parte del empresario como del trabajador. Es acertado el criterio manifestado por el profesor don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, el cual redundará en el sacrificio del trabajador de apretarse el cinturón, aceptando temporalmente una congelación salarial, sin perder poder adquisitivo en la medida de lo posible, conservando su puesto de trabajo, en contrapartida y como garantía. En el caso de los empresarios hay que garantizar su derecho a existir, y por ello el citado autor se inspira en la posibilidad de negociar una doble escala salarial a cambio de nuevas contrataciones, y en contrapartida, de exigir que se mantengan los puestos de trabajo.

Parece fácil, pero en 2009 estamos imbuidos en una dinámica que recurre como salvación al despido de forma indiscriminada. En este apartado también vamos a exponer planes de reciente andadura, con repercusión en distintos sectores (entidades financieras, automóvil), y que además reflejan una salvedad ante la ingente avalancha de extinciones que vivimos. La línea de estos planes fluye alrededor de la tendencia que se sigue en el centro de Europa, inclinada a la modificación de jornadas, a la suspensión de un porcentaje de la jornada, e incluso, como veremos en el caso de una entidad financiera de calado de nuestro país, a la búsqueda de incentivar las excedencias y reducciones voluntarias de jornada. Es decir, se pretende una salida más negociada, asumiendo el empresario el compromiso de reincorporación, o de vuelta a la normalidad en el momento en que existan visos de recuperación.

Aunque quizá sea una medida menos atractiva económicamente, en nuestro ordenamiento laboral, con las bonificaciones del 50 por 100 en la cuota empresarial por contingencias comunes incorporadas en este último año, se ha reanimado la práctica del ERE suspensivo. Determinados sectores, como el del automóvil, han aprovechado esta circunstancia en relación con un pronóstico de mejoría en las ventas para finales del año 2009; es el caso de los trabajadores de Seat. Afortunadamente, las ventas ya van repuntando y el sector de momento sigue garantizando los empleos.

Vamos a hacer referencia al ERE. Las causas que justifican estos despidos colectivos se verán en torno a la explicación de los despidos objetivos, ya que, salvando diferencias, un ERE es un despido objetivo a gran escala, en el que interviene la autoridad laboral, al superarse los umbrales de los trabajadores afectados, y con una exigencia negociadora minuciosa. En cambio, si trataremos el cau-

ce correcto para que el desarrollo procedimental del expediente sea efectivo, y se hará incidencia sobre algo que se exige en estos casos y que es crucial a la hora de cerrar un acuerdo en el periodo de negociación: el plan de acompañamiento.

2. Ventajas e inconvenientes del despido en sus distintas modalidades.

2.1. Criterios a considerar en el caso de acudir al despido objetivo.

Partiendo de la base de que el despido no es nunca una ventaja, y en todo caso sí que es un inconveniente de mejores o peores consecuencias, en el ámbito personalísimo del Derecho laboral, los motivos de extinción de la relación contractual están tasados y hay poco margen dispositivo en cuanto a la posible negociación de cláusulas consensuadas, establecidas en el contrato, que puedan resultar perjudiciales para el trabajador, como bien se expresa en el artículo 3.1 c) del ET.

El despido es una manifestación unilateral del empresario. El trabajador también, a través del artículo 50 del ET, puede reclamar la extinción de su contrato, pero no está facultado para extinguir la relación *motu proprio* por causas distintas a la propia baja voluntaria, ya que esa labor corresponde al juez de lo social.

¿Cuál es el motivo por el que el empresario se decanta por el despido objetivo individual, o a gran escala, técnicamente llamado ERE? El motivo es simple y llanamente el coste económico. Hay que considerar que una empresa que realmente está en caída económica (en pérdidas) o con un deficiente funcionamiento no podría soportar costes desorbitados, por eso la exigencia de cumplir con la razonada necesidad de reducir plantilla, que también comporta un gasto indemnizatorio fijo pero inferior.

El despido objetivo conlleva, por tanto, a una indemnización inferior, y su cuantía es de 20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades. Se ha de preavisar con 30 días de antelación. Si el despido es objetivo y procedente el coste máximo para el empresario será el de la indemnización mencionada y el preaviso de 30 días, y siempre en el caso en que no se impugne dicho despido ante los juzgados de lo social y no se acabe en nulidad o improcedencia del mismo. El despido objetivo exige excesiva formalidad y la no apreciación de ésta puede acarreamos que se considere nulo.

Por eso, y ciñéndonos a la pregunta del principio, todo despido ha de tener causa tasada, real y no convencional. En estos tiempos de quebranto económico es lógico que se acuda al despido objetivo, que, a diferencia del disciplinario, es el que se apoya en causas que afectan a la capacidad o aptitud del trabajador, o bien –quizá más al caso– que afectan por necesidades empresariales, económicas, técnicas, organizativas y de producción, que se abstraen de una posible conducta disciplinaria del trabajador. Sus causas aparecen en los artículos 51 y 52 del ET. El artículo 51.1-2 del referido texto legal establece:

«Se entenderá que concurren las causas (despido colectivo-objetivo) a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.»

No debería haber dudas sobre qué despido aplicar en casos tan evidentes como los que describe el precepto legal, y más en tiempos de crisis, aunque veremos posteriormente cómo se desenvuelven las empresas, aplicando estrategias aparentemente garantistas, a través de bajas incentivadas o de reconocimientos de improcedencia a través del despido disciplinario. Si leemos literalmente el párrafo legal anterior entenderemos cuál es el propósito del legislador al desarrollar las causas del despido objetivo: garantizar **la continuidad de la empresa y del empleo**.

Debemos ser conscientes de que, si alegamos causas económicas, la medida propuesta (es decir, el o los despidos) debe **contribuir** a superar esa mala situación en que se encuentra la empresa, y en este caso una de las exigencias es que existan pérdidas y no una mera disminución del beneficio. El resto de las causas, técnicas, organizativas y de producción, no afecta tanto a la situación económicamente negativa de la empresa como a su **viabilidad futura**, a la necesidad [art. 52 c) del ET] de una mejor organización de los recursos que aligeren el buen funcionamiento de la empresa y la mantengan en puestos de competencia. Estos conceptos, contribuir y viabilidad futura, son indeterminados, y la jurisprudencia ha ido puliéndolos progresivamente.

La última sentencia del TS que se pronuncia al respecto de esta imprecisión terminológica proviene del magistrado don Aurelio Desdentado, de fecha 29 de septiembre de 2008 (NSJ027608), la cual se sitúa en la línea jurisprudencial de sentencias como la de 30 de septiembre de 2002, 15 de octubre de 2003 y 11 de junio de 2008, y establece un fallo que deja sin efecto a las sentencias de instancia y del TSJ del País Vasco, que en su día dieron la razón al trabajador, por entender que:

«No se trata de que la medida extintiva garantice la efectiva superación de la crisis, sino que basta que pueda contribuir a ella en el sentido que a continuación se precisará... "superar" que, según el Diccionario de la lengua, significa «vencer obstáculos o dificultades», no puede entenderse en sentido literal, sino que hay que admitir que de lo que se trata es de adoptar las medidas de ajuste –terminación de la actividad, reducción de la plantilla– que se correspondan con las necesidades económicas de la empresa».

Pese a este criterio, la declaración de procedencia de un despido objetivo, en nuestra humilde opinión, sigue siendo confusa, ya que: **¿cualquier empresa en pérdidas puede despedir sin más?** No exactamente, pero es lo que se podría interpretar a vuela pluma. En nuestra opinión, la sentencia quiere diferenciar primero entre por qué despido (por mala situación de la empresa, pérdidas), y para qué despido (finalidad que se asigna a la medida extintiva) y, una vez delimitados ambos aspectos, valorar si existe eso que llaman conexión de funcionalidad entre el porqué y el para qué, algo así como si es o no adecuada o funcional la medida. Pero quizá lo novedoso es que la medida, a la hora de argumentar una finalidad, no debe valorarse con vistas a **garantizar** la superación del problema

o causa, más bien debe sólo **contribuir** a superarla, sin establecer la obligación moral por parte de la empresa de asegurar la efectividad de la medida.

Sin duda, este original criterio debilita la declaración de improcedencia del despido por causas económicas, y facilita esta causa del despido objetivo. Con esta importante sentencia se desprende del rigor de los vaticinios habidos en sentencias sobre si se va a superar o no de forma definitiva una situación de crisis. Pretende una visión más práctica y valorar si meramente va a contribuir en algo –sin precisar si mucho o poco– a la mejora del balance de la compañía. Argumento que parece escaso, y que da demasiadas alas a la libertad de empresa. Es una medida para tiempos de crisis, y no se debería considerar posición definitiva, ya que deja un abanico tan tenue de interpretación, que se acabarían obviando peligrosamente otras medidas de corte comercial o mercantil, que también contribuyen a la superación del problema económico y de la viabilidad de la empresa. No nos engañemos, la amortización de puestos de trabajo casi siempre va a contribuir, aunque sea mínimamente, a la superación de las causas económicas.

2.2. *¿Es conveniente una salida negociada, aun reconociendo la improcedencia del despido?*

Ya hemos visto en el apartado anterior la necesidad de justificar las causas de despido, como también la complejidad inherente al despido por causas objetivas a la hora de defender su funcionalidad. Pero, ¿es conveniente la salida negociada ante una situación de crisis, haciendo uso de modalidades de despido previstas para causas de otro orden?

En la actualidad, existe la práctica del despido negociado, o de la baja incentivada, que es tanto como reconocer la ilicitud del despido y su improcedencia. Esto supone casi siempre un previo acercamiento de posturas entre el trabajador y el empresario que puede resultar beneficioso para ambos, sobre todo en el caso de un despido colectivo, en donde se negocia la mayor de las veces por encima de la indemnización legal, por temor a una negativa respuesta de la autoridad ante la falta de acuerdo.

Para que se entienda mejor: el empresario reconoce la improcedencia del despido sin necesidad de pleitear y ahorrando salarios de tramitación. Con ello reconoce un acto ilícito, por no tener justa causa, y asume voluntariamente la superación de una indemnización legal tasada, o bien se crea una causa disciplinaria ficticia para que el proceso de extinción no se alargue, con las complicaciones que ello implica. Muchos son los detractores de este proceder, al considerar que las empresas programan reestructuraciones de sus plantillas a golpe de reconocer la improcedencia, pasando los umbrales que marca el artículo 51 del ET, y evitando el medio legal previsto, por mera agilidad. Esta parte de la doctrina también colige que con ello se vulnera la finalidad de vigilancia prevista por el legislador que debe prevalecer ante la libertad de empresa, que podría suponer un abuso hacia los trabajadores.

No hay una pauta jurisprudencial definida, de hecho sería necesario que los tribunales abordaran estos asuntos. Es conocida la Sentencia del TSJ de Cataluña, de 19 de febrero de 2009 (NSJ028253), que apoyándose en la STS de 22 de enero de 2008, que resuelve una situación de múl-

tiples despidos disciplinarios, en total 74, los cuales fueron previamente pactados por causas del artículo 54.2 del ET, por motivos disciplinarios, y que superaban los umbrales del despido colectivo. La misma sentencia expone que el ERE «no fue promovido por la empresa al existir un acuerdo con el comité a fin de que se redujera la plantilla por medios no traumáticos, dada la voluntariedad en la aceptación de este sistema por quienes iban a ser despedidos, y a que la indemnización pactada era la máxima legal prevista en nuestro ordenamiento jurídico de 45 días de salario por año trabajado con un tope de 42 mensualidades»; e indica que dicho pacto no supone una merma de derechos ni vulneración del derecho de indemnidad hacia el trabajador (sino al contrario), superando el calificativo de despido **fraudulento**, y en todo caso llevando el calificativo de **irregular**.

Es decir, que de nuevo la interpretación se retuerce hasta el punto en que, si no se alegan en la carta de despido causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, se pueden argüir causas disciplinarias pactadas, reconociendo la improcedencia y sin más trámites que pagar la indemnización máxima.

Vemos que en unos casos los tribunales exhortan a una fundamentación del despido exhaustiva (despidos objetivos-colectivos) y, en cambio, en este caso que tratamos, la reflexión es somera, inconclusa, incompleta, hasta el punto que el ponente, en la misma sentencia expone: «En definitiva, esta Sala entiende que si la empresa utiliza para reducir su plantilla, aunque sea indebidamente, la práctica de llevar a cabo múltiples despidos disciplinarios basados en motivos establecidos en el artículo 54.2 del ET...». Lo cual quiere decir que, si es indebido el uso del despido disciplinario, ¿para qué seguir argumentando a favor de la mercantil? **La realidad es que siguiendo esta vía, se roza la delgada línea del artículo 49.1 a), que establece la extinción por mutuo acuerdo entre las partes.**

Si no somos diligentes, **podríamos encontrarnos tiempo después con problemas fiscales, a la hora de discernir ante la Inspección si esa indemnización es por mutuo acuerdo o por despido.** Creemos que en ese punto oscuro en el que habitan las dudas, el asesoramiento ha de ser prudente, pensemos que existen muchas posturas que todavía no se creen del todo eso del despido pactado por causas «**indebidas**». Hay empresas que promueven bajas incentivadas, pagando las respectivas cotizaciones, ante una baja negociada y que lleva al trabajador a tributar.

Ya se empiezan a conocer casos en los que desde Hacienda y la Seguridad Social se reclama la tributación (trabajador) y las cotizaciones (empresa) sobre los despidos improcedentes pactados, habidos en los últimos cuatro años, por entenderse que estamos ante una remuneración pactada, o baja incentivada, no involuntaria con forma de despido. Por eso, nuestro criterio es que si se hace, se haga con prudencia, y no de colectivo en colectivo, hasta que se aclare de una forma definitiva el asunto. De este proceder es parte importante de la doctrina, entre ellos el catedrático don Ignacio García-Perrote.

El motivo por el que se ha seguido una antigüedad de cuatro años es para que se aprecie la equiparación entre los 45 días de la indemnización de improcedencia, que suponen 180 días de salario limpios de polvo y paja, y los salarios de tramitación, que en estas épocas están disparándose a los 6 meses, lo cual equivale a otros 180 días, estos últimos son brutos y no netos. Quiere decirse,

que aparte de reconocerse el derecho del empresario a consignar los salarios de tramitación en casos en que se reconozca la improcedencia, si esto no se hiciera, el gasto casi se duplicaría, si es que llega a los juzgados. Si nos la jugamos a que se declare su improcedencia, sin reconocerla, el gasto es el doble. Por eso la práctica nos dice que es preferible reconocer la improcedencia en el caso de los trabajadores con antigüedad de hasta 4 años por las razones expuestas.

¿Es mejor que se acuda al despido objetivo para curarnos en salud? El despido objetivo siempre nos va a llevar a un gasto insalvable inferior, aunque se reconozca su procedencia. A falta de argumentos sólidos conviene plantearse si reconocemos la improcedencia antes de irnos a un despido objetivo.

3. Medidas de suspensión de la relación laboral.

Otra opción contemplada en nuestro ordenamiento laboral, pero menos frecuentada por nuestras empresas, es la de la suspensión del contrato de trabajo. Suspender supone interrumpir la relación laboral que une al trabajador con la empresa. Alguno se preguntará: ¿y esta opción es ilimitada en el tiempo? ¿Supone algún coste adicional?

3.1. Suspensión del contrato de trabajo por causas involuntarias, económicas, técnicas, organizativas y de producción [art. 45.1 j) del ET]. El sector del automóvil: el caso Seat.

¿Qué ocurre si impongo como empresario la suspensión parcial o total a mis trabajadores? Si actuamos de acuerdo con la suspensión del artículo 47 del ET, la temporalidad de la suspensión es aún más limitada si cabe. Se requiere que sea a iniciativa del empresario, y por eso se seguiría el procedimiento –en la mayoría en los casos– del ERE, salvando las diferencias de forma con respecto al ERE extintivo que veremos en el siguiente epígrafe, que versa sobre las exigencias formales del mismo. Nos referimos a cuando, por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, se suspende la relación laboral de los trabajadores de forma colectiva, superando los famosos umbrales del repetido artículo 51, de forma coyuntural o provisional, exclusivamente.

Las causas que más se justifican para estos casos son las organizativas y de producción. Si observamos el periodo comprendido del mes de enero a febrero, los datos de esos dos meses publicados por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, encontramos que las suspensiones por causas organizativas y de producción suman 72.965, mientras que 33.949 suman las causas económicas, incluidas las empresas declaradas en concurso.

Esto nos lleva a preguntarnos: **¿puedo modificar (equiparable a la suspensión parcial) sólo parte de la jornada del trabajador?** Sí, gracias al artículo 203 de la LGSS se puede reducir la jornada del trabajador vía regulación de empleo, siempre y cuando la reducción afecte a un tercio como mínimo de su jornada. Esta premisa concede al trabajador el derecho a desempleo. Y a preguntarnos de nuevo: **¿y cuándo aplico el artículo 41 que me permite modificar sustan-**

cialmente las condiciones de trabajo de los trabajadores? El referido artículo 41 se aplicará en el caso de que esas medidas pudieran ser definitivas a decisión del empresario, al contrario que las que se abordan por la vía de la regulación colectiva, que son de carácter temporal o coyuntural. Este razonamiento es el seguido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 213/2005, de 21 de julio (NSJ018286).

A grandes rasgos, la diferencia con el ERE extintivo consiste en que no se procederá al pago de indemnización alguna, que los plazos de negociación son inferiores, siendo las causas de fondo valoradas con menor intensidad. Estas diferencias deberían constituir una razón de peso para las empresas que alegan que su situación todavía no es irreversible para acogerse a esta opción. La dificultad reside en demostrar hasta qué momento se estará ante esa involuntaria coyuntura, porque, en el momento en que ésta acabe, los trabajadores deben volver a su situación anterior. El razonamiento es, en nuestra opinión, saludable para la reducción de la tasa de desempleo en nuestro país, y supone una medida temporal y necesaria que en la gran mayoría de los casos se debería intentar.

Entonces, **¿aprovechando la medida suspensiva me exonero del pago a la Seguridad Social?**

Uno de los efectos de la suspensión (art. 45.2 del ET) es que **exonera** a las partes de las obligaciones recíprocas de trabajar y –a esto nos referimos– **de remunerar el trabajo**. Pero la medida suspensiva, en el caso del ERE, no es voluntaria, y eso genera derecho a desempleo para el trabajador, así como la obligación del empresario de seguir cotizando su parte como empresario, tanto por el tiempo trabajado en reducción de jornada como por toda la situación de suspensión, pese a que al trabajador se le abone la prestación por desempleo.

Actualmente, toda empresa que solicite esta medida, entre el 1 de octubre de 2008 y 31 de diciembre de 2009, y que esté al corriente de pago con la Seguridad Social, podrá bonificarse el 50 por 100 de la cuota empresarial por contingencias comunes (incluidas las empresas en concurso), con la condición de que el trabajador afectado no esté más de 240 días en situación de suspensión. Esta ayuda es compatible con otras bonificaciones a aplicar en la misma cuota; excepto los casos de quienes tengan el control de la sociedad y miembros de la Administración, cargos de dirección, casos de consanguinidad o afinidad del empresario (2.º grado).

Es relevante en los días que corren proponer o al menos destacar ejemplos como los que se están sucediendo en determinados sectores económicos españoles, que apuestan por iniciativas a semejanza de determinadas zonas de la Comunidad Europea, a las que se identifica casualmente con las tasas de paro más bajas de Europa. En estos países se apuesta por medidas que contribuyen al mantenimiento de las relaciones laborales, llegando a acuerdos relativos a asuntos de jornada o de suspensiones.

Son conocidos los casos de ERE suspensivos de grandes compañías, ligadas sobre todo al mundo del automóvil, como Seat, Nissan, Ford, o General Motors (Figueruelas), o también en el caso de marcas de electrodomésticos como Bosch. La realidad es que en estas compañías, el coste social es muy elevado, merced a su capacidad productiva como marcas consolidadas. Son empresas con grandes beneficios que han experimentado a raíz de la crisis, en general, una bajada en las ventas del 20 por 100, que ocasiona una previsión negativa de la producción para los próximos dos años.

Seat no recurrió a la extinción de contratos, y tampoco consideró –lógicamente– que el motivo o causa de suspensión laboral fuera económico (que a la larga llegaría a serlo), sino que identificó la necesidad a la reducción de la producción, a un descenso de las ventas, es decir, a un ritmo de producción excesivo. La solución fue presentar ante la consejería de Cataluña el citado expediente suspensivo, y la apertura de un periodo de consultas muy mediático. En ese tira y afloja que representa la negociación se establece un acuerdo para suspender el contrato a 4.700 trabajadores, que posteriormente se complementó con otro expediente suspensivo que afectó a otros 5.300 trabajadores en enero, que irían turnándose en fechas establecidas desde noviembre de 2008 a julio de 2009, con arreglo a las distintas líneas de producción. La negociación protegía al colectivo de empleados mayores de 53 años, estableciendo la obligación de no incluirlos en el expediente y la de no incluir tampoco a los trabajadores con menos de un año trabajado, que no tuvieran acceso al desempleo. La empresa aparte se comprometió a complementar hasta el 80 por 100 la prestación por desempleo de cada trabajador, lo cual implica un 10 por 100 más de la prestación legal correspondiente (70% durante los 6 primeros meses).

Las ventas, aunque no son las que eran, han repuntado, y esto, aumenta las expectativas para que en este sector se vaya superando la producción.

Otras empresas como es el caso de Ford, han tomado la original medida de realizar dos jornadas de ERE, así como suena. Para realizar un ajuste en la producción de su planta española de Almussafes, la Ford decidió que los días 22 y 23 de diciembre se suspendiera la relación laboral de 7.400 trabajadores, llegando a un acuerdo con el comité de empresa para que se compensaran esos días con dos días de vacaciones en enero. La conclusión a la que se llega es que la empresa con ello consigue, no un ahorro de salarios, sino más bien una pretendida contención de la producción, que en este caso calcula en cuatro días: dos días sin producir en diciembre, y dos en enero.

3.2. Planes efectivos: BBVA, reducción voluntaria de jornada y excedencias, mediante incentivos, con derecho a reserva del puesto de trabajo (planes de tendencia centroeuropea y especie de plan social). Movilidad funcional.

3.2.1. Plan de medidas sociales del BBVA.

La suspensión de la relación laboral no ha de ser una decisión relativamente impuesta por el empresario. Existen dentro de la esfera de nuestro Derecho laboral múltiples causas de suspensión, y sólo en el artículo 45 del ET, 14 causas. A excepción de las causas de fuerza mayor, de incapacidad temporal, de huelga, o de las acaecidas por incumplimiento del régimen disciplinario, nuestro Derecho acoge como primera causa el mutuo acuerdo entre las partes [45.1 a) del ET].

Cuando se recurre a la negociación previa con la parte social –que todo plan a gran escala ha de procurar–, el que se ofrezca voluntariamente la alternativa de la suspensión temporal del contrato y de pasar a situación de excedencia voluntaria con garantía de retorno al puesto de trabajo para

determinados colectivos, es una medida, a nuestro juicio, interesante y económica, si se quiere amortizar temporalmente puestos de trabajo.

Como ejemplo, sirva el plan que ha desarrollado la entidad financiera BBVA donde se ofrece la suspensión temporal del contrato retribuida con el 30 por 100 de la retribución básica anual (no se incluyen sistemas de incentivos, obviamente) con un mínimo de 12.000 euros al año, incorporando a la medida solamente a trabajadores con ocho años de antigüedad. También se ofrecen 3.600 euros al año como ayuda sanitaria. **En este caso, el ahorro es del 70 por 100 del salario y seguros sociales (sin contemplar incentivos) por trabajador.** Se mantendría la obligación de la empresa del pago y cotización del 30 por 100 del salario básico y cotizaciones del trabajador en excedencia.

Para el personal más joven, trabajadores menores de 35 años, la entidad ofrece la suspensión laboral con derecho a reincorporarse, en el caso de que se propongan realizar estudios de posgrado, recibiendo anualmente la cantidad de 6.000 euros. **En este otro caso, el ahorro es de prácticamente dos tercios de salarios y seguros sociales (sin contemplar incentivos) por trabajador.**

Este plan, a nuestro modo de ver, constituye una forma novedosa de reducción de costes para una empresa de miles de empleados. Quizá este plan está pensado para empresas con mayor índice de personal, pero la negociación particular exponiendo medidas asumibles y voluntarias en empresas de inferior plantilla no debe suponer un obstáculo dentro de las posibilidades de cada negocio. El BBVA quizá ha arriesgado al asegurar el compromiso de retorno de los que se acojan al plan, pero es una solución que asegura un 30 por 100 del salario anual, y que probablemente sea suficiente para aquellos que deseen renovar sus carreras profesionales, o bien emplear tiempo para la conciliación de la vida familiar. No se sabe a qué llegará la medida, y sí se sabe que la aceptación en la plantilla, aunque con ciertas reticencias, no ha sido negativa. *Eso sí, el trabajador no tendrá derecho al desempleo por ser una medida voluntaria.*

3.2.2. Otras medidas de carácter voluntario a considerar.

En la senda de la negociación particular apreciamos otras posibilidades, de carácter voluntario, que se detallan a continuación:

Una de ellas es la conversión de un contrato de trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial. Esta opción se recoge en el artículo 12.4 e) del Estatuto, y el mismo precepto obliga a que esta medida sea estrictamente voluntaria, y no impuesta unilateralmente, de lo contrario hablaríamos de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del artículo 41 a); aunque, como ya sabemos, si esto no supusiera el efecto deseado, dicha conversión podría hacerse, de forma coyuntural por las vías objetivas ya estudiadas de los artículos 47, 51 y 52.

Otra medida supondría la promoción de planes de jubilaciones parciales, en las que el trabajador pasaría a trabajar como mínimo un 25 por 100 de una jornada completa y un máximo de un 75 por 100 de dicha jornada. Pero esto no es realmente una medida muy aconsejable, ya que el Estatuto obliga a que automáticamente se haga otro contrato de relevo, con un trabajador que al menos releve

en el porcentaje de jornada al jubilado parcial (la reducción de la jornada del jubilado parcial sería del 85% si el contrato de relevo es de jornada completa). La exigencia del contrato de relevo no sería así si se trata de trabajadores con 65 o más años (art. 166.1 de la LGSS). Para que esto ocurra, el trabajador debe haber cotizado 30 años en la Seguridad Social, y haber trabajado un mínimo de 6 años en la última empresa.

La movilidad funcional es otra opción, que junto a la movilidad geográfica, pueden representar una buena medida para reducir los costes de infraestructuras (alquileres, gastos de distribución, etc.) de la empresa, así como una medida que podría abaratar el coste social por la posible salida de aquellos trabajadores que no asuman esa movilidad. Estas medidas, aun con acuerdo de la parte social, pueden ser impugnadas y ganadas por el trabajador.

4. Tramitación del ERE y la importancia del plan de acompañamiento social. Despidos colectivos (art. 51).

El ERE es una medida muy practicada en este último año y medio. Las autoridades laborales competentes se han colapsado en los últimos tiempos ante la avalancha de expedientes solicitados, en su gran mayoría de carácter extintivo. No nos vamos a detener en explicar las cuestiones de fondo del ERE y sí a matizar por qué muchas veces las autoridades laborales deniegan la autorización de esta medida.

La importancia a la hora de llevar una buena tramitación del expediente es determinante, pues, aparte de los motivos de fondo, surgen defectos de forma unas veces subsanables y otras veces no, que representan un riesgo ante una posible declaración de nulidad por parte de la autoridad laboral, o peor aun, de los tribunales contencioso administrativos.

Para ello, nos vamos a poner en la piel de una empresa, que por el motivo que estime oportuno (económico, técnico, organizativo o de producción) decide materializar la opción que concede el artículo 51 del ET. Previamente, esta empresa habrá estudiado otras medidas, y concluye que no ve viable el método de recurrir al goteo de despidos objetivos individuales en periodos de 90 días, que consiste en ajustar los despidos individuales por debajo de los umbrales numéricos del despido colectivo. Tampoco considera efectivas para su negocio medidas pactadas voluntariamente.

Conviene recordar que esos umbrales numéricos que nos obligan a llevar el procedimiento de regulación de empleo son:

- 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.
- El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- 30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

Lógicamente, lo expuesto se hace extensivo a la extinción total de la plantilla, cuando cese la actividad del negocio, y siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco.

Conviene saber que, en empresas con menos de 25 trabajadores, que recurran al trámite del expediente, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda con el límite máximo de una anualidad y sin que el salario exceda del triple del salario mínimo, incluidas las pagas.

Por último, es importante no eludir el control de la parte social (art. 58 del ET), así como de la autoridad administrativa. El riesgo de un rastro de despidos objetivos en periodos inferiores de 90 días, sin causas nuevas que justifiquen esos nuevos periodos, serán declarados nulos y sin efecto.

4.1. ¿Cómo solicito la apertura del expediente y ante quién? ¿He de negociar antes o después de solicitar la apertura del expediente? (arts. 51.2 del ET).

«El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores» [art. 52 c) del ET].

La autoridad laboral competente se determina en el artículo 2 del Reglamento de los procedimientos de regulación de Empleos [RD 43/1996, de 19 de enero, **por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos** (NSL000035)], el cual ha quedado obsoleto después de que en la mayoría de las comunidades autónomas se haya recibido el traspaso de este servicio o competencia por parte de la Administración del Estado. Por eso hay que dirigirse a la consejería de trabajo, o denominación equivalente establecida en cada comunidad autónoma. Actualmente, en las páginas de Internet de las distintas consejerías autonómicas, aparecen modelos ya elaborados para solicitar el expediente con la modalidad que corresponda. En el caso de que estos modelos o impresos no existan, se tramitará la solicitud acorde al artículo 70 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (NFL000013).

El problema surge cuando el ámbito territorial del ERE es superior al de una sola comunidad autónoma, al afectar aquél a centros de trabajo ubicados en dos o más comunidades. En este caso debemos acudir a la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración, de ámbito estatal, situada en la calle Pío Baroja de Madrid.

Como dice el artículo 52 c) del Estatuto se ha de abrir un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores. Esto quiere decir que, el mismo día que solicitemos el ERE ante la autoridad laboral, debemos aportar un escrito en el que conste que se informa de la apertura de las negociaciones con la representación legal de la empresa. Aparte, en ese mismo escrito, o en otro debe constar la petición formal para que dicha representación de los trabajadores emita un preceptivo informe [art. 64.5-3 a) y b) del Estatuto]. El informe puede llegar o no a realizarse, y no es vinculante, pero al menos ha de constar su solicitud previa a la ejecución de los despidos o suspensiones. Si se negara dicha representación a la recepción física y firma del recibí del escrito de solicitud, bastaría con la presencia de 10 testigos de entre los trabajadores que presencien este hecho.

¿Y si en mi empresa no hay establecido un comité de empresa? Pues la respuesta es sencilla, se deberá elegir a 5 representantes de entre todos los trabajadores si la empresa tiene 10 o más trabajadores. 5 representantes que, para que no existan suspicacias, deberían elegirse a través de una asamblea de trabajadores. Se puede pactar un número superior siempre que la empresa vea factible la negociación de esta manera. Aun así se recomienda que las partes pacten un número reducido de intervinientes en la negociación (de 1 a 5 por parte).

¿Hay que entregar la misma documentación a la autoridad laboral que a la representación de los trabajadores? Ante estas exigencias concretas, hay que decir que es obligatorio hacer entrega a la representación legal de los trabajadores de la misma documentación que entreguemos a la autoridad competente. Los representantes de los trabajadores deben estar informados para acudir a la negociación en igualdad de condiciones. **La ausencia de alguna de la documentación arriba citada conllevaría a la advertencia de la Administración para que se subsane el defecto, a riesgo de que, de no subsanarse, se desestime la pretensión del peticionario.**

¿Cuándo designo a los trabajadores que quiero despedir?, ¿hay limitaciones? Los criterios que se usen para designar a los trabajadores afectos al ERE se han de reflejar en la elección, bien sea por motivos de antigüedad, por centros de trabajo, o de nivel de retribución. Pero esa exigencia se tendrá exhaustivamente en cuenta en el caso de que se detalle en la lista a los trabajadores por sus nombres (lista nominativa), explicitando trabajador por trabajador el criterio seguido. Si la lista es innominada, sólo enumeraremos genéricamente los criterios seguidos.

Podemos negociar la exclusión del ERE de colectivos de trabajadores por sus circunstancias, como vimos en el ERE de Seat, que excluía a mayores de 53 años, y a los empleados que no alcanzasen la prestación por desempleo. Y observar cautelosamente que no haya casos de discriminación que originen la nulidad de la medida (razones estrictamente personales, sexo, religión...) ni que se disminuya el 2 por 100 de trabajadores minusválidos en la empresa. La edad no es un motivo discriminatorio en principio, siempre y cuando nos ciñamos a límites razonables.

Los trabajadores que en ese momento se encuentren en situación de incapacidad temporal, así como aquellos que se encuentren en excedencia y conserven todavía su derecho a reserva de puesto de trabajo sujeto a término, pueden ser incluidos en el expediente y convenientemente indemnizados.

Por último decir que existe una obligación del empresario de informar a los representantes de los trabajadores y a la autoridad competente de la venta de los bienes de la empresa y derechos susceptibles de valoración económica en el caso de que el expediente afecte a más del 50 por 100 de la plantilla.

4.2. ¿Es realmente necesario el plan de acompañamiento social?

Toda empresa de más de 50 trabajadores ha de presentar, como requisito indispensable a la hora de acompañar a la solicitud, un plan de acompañamiento social. Se debe tener en cuenta porque constituye un buen elemento de negociación.

Hemos visto a lo largo de toda la exposición, cómo el despido ha de ser el último recurso ante una situación negativa, que muchas veces podría ser coyuntural. La exigencia de este plan de acompañamien-

to social, proveniente del artículo 5 de la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio, **relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos** (NSL002621), se inspira en la idea de crear un documento que manifieste todas las medidas previas o acometer que la empresa quiere adoptar para paliar las medidas del ERE. Esta medida viene reflejada en el artículo 6.1 c) del Real Decreto 43/1996, de 29 de diciembre, **para la mejora del crecimiento y del empleo** (NFL010216):

«En las empresas de 50 o más trabajadores, (se pide) plan de acompañamiento social que contemple las medidas adoptadas o previstas por la empresa en orden a evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados, tales como, entre otras, aquellas dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas, así como aquellas que favorezcan el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la distribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza.»

¿Cuáles son entonces las medidas que debe acoger un plan de acompañamiento? Destacamos, entre otras:

- Reducciones de jornada o redistribución de la jornada de trabajo entre los empleados. Con esto se frena la producción y por ello se consigue menos gasto. El resultado contribuye a reducir el número de despedidos.
- Suspensión temporal de los contratos de todo o de parte del personal: ya hemos hablado de ellas con los ERE suspensivos. Hay que valorar su coste, y su determinación es práctica si se trata de razones productivas.
- Compromisos de recolocación interna: cuando se mueve al trabajador a desempeñar distintas funciones, dentro de categorías o grupos profesionales equivalentes (art. 39 del ET).
- Compromisos de recolocación futura: garantizar al trabajador su derecho preferente a trabajar en la empresa en cuanto las condiciones mejoren.
- *Outplacement*.
- Facilitar las condiciones de los traslados o de la movilidad geográfica: ayudas en vivienda y a la movilidad.
- Bajas incentivadas y suspensiones voluntarias (incentivadas o no) por cuidados de familiar.
- Planes voluntarios de jubilación: para trabajadores de 65 años en adelante y para trabajadores cercanos a la edad de jubilación.

En definitiva, el objetivo de todo plan es contrarrestar los efectos del despido colectivo en la medida que cada empresa estime posible, puesto que estas medidas implican un gasto de ayudas o de incentivos, pero que bien negociadas supondrían un beneficio tanto para los intereses de la parte empresarial como para los de la parte social.

5. Externalización de servicios. ¿Es la medida más exitosa?

Cada vez nos encontramos más con ejemplos de empresas que recurren al despido colectivo por causas organizativas. Generalmente las causas organizativas suelen ir ligadas a las de producción. Implican una nueva reorganización de la plantilla, o el cese de un departamento interno para que una empresa externa desempeñe un determinado servicio, y con ello se pretende una disminución del gasto, una permanencia o disminución de la producción, mejorando la calidad de la misma, que contribuya a mantener competitivamente a la empresa.

A diferencia de las causas económicas, no es preciso estar en pérdidas, pero sí garantizar la viabilidad de la empresa con esa medida. La razón es de buen funcionamiento. En ocasiones, la relación de trabajadores es excesiva, y conlleva un coste social muy alto para las dimensiones reales del negocio.

¿Conviene por tanto externalizar el servicio de determinados departamentos aunque mi situación económica sea normal? Si conviene o no, se ha de fundamentar con pelos y señales, ya que a veces creemos necesaria la medida de externalizar servicios y el criterio judicial o la autoridad laboral no lo conciben así.

Esta «descentralización productiva» nos lleva a la subcontratación, y se han de considerar las razones de competitividad y no tanto los motivos de mayor o menor explotación. Estamos externalizando el servicio correctamente cuando contratamos a una empresa especializada en informática, o cuando contratamos a una empresa de limpieza, o cuando contratamos los servicios de una mutua que se encargue de los servicios de prevención, por ejemplo.

Recordemos el caso de la empresa con sede social en Castellón, Record Rent a Car, que decide tramitar un ERE por causas organizativas para 161 empleados, los cuales dan soporte al resto de la compañía en España, en asuntos de compra de vehículos, gestoría, seguros, recursos humanos, administración y taller. La empresa en el ejercicio de 2008 obtuvo un beneficio acumulado de 50 millones de euros, y sus trabajadores sostienen que el motivo que se oculta tras la medida es un mero traslado a Madrid de los servicios que ellos desempeñan. ¿Son motivos suficientes para que la empresa mejore su competitividad?, ¿se podría llevar a cabo a través de un traslado colectivo? El ERE se aprobó y se extinguieron las relaciones laborales. En este caso la negociación debería girar en torno a la negociación de la indemnización máxima para cada trabajador. Para ello, la empresa Record Rent a Car tuvo que explicar detalladamente la funcionalidad de la medida.

8.ª En nuestro negocio estamos considerando realizar un plan de jubilación. ¿A qué trabajadores afectaría? ¿Es posible ofrecer jubilaciones a edades inferiores de los 65 años? ¿La jubilación parcial es económicamente positiva para la empresa, tengo la obligación de darles vacaciones?

1. Resumen y adaptación de la jubilación a casos concretos.

Sobre la base de las anteriores explicaciones vamos a simplificar con casos concretos la posibilidad de negociar con trabajadores próximos a la edad de jubilación.

1.1. El trabajador de edad superior o igual a los 65 años, ¿qué hacer?

Ya hemos visto que la decisión del trabajador en este caso es importante, ya que, si éste no ha alcanzado todavía el periodo de carencia mínimo para percibir la pensión no hay forma de forzar su marcha.

Imaginemos que el trabajador es un profesional de reconocida importancia, uno de esos veteranos que trata con una cartera de clientes de mucha relevancia, y que es capaz de crear un ambiente cordial propicio para las ventas del negocio. En ese caso es necesario que pensemos en la forma de exponerle al trabajador nuestro interés por sus servicios informándole sobre los beneficios que derivan de la prolongación de la relación laboral, su posible incremento de la pensión que hasta ahora se le haya computado. Esto aportaría un beneficio aparte a la empresa, si se cumple con el requisito de haber cotizado 35 años o más, cual es la exoneración del pago de la cuota del trabajador relativa a contingencias comunes.

Pero si este mismo trabajador no estuviera dispuesto a trabajar un 100 por 100 de la jornada o no alcanzara el periodo de carencia, todavía es posible que se acomode a **una jubilación parcial**, que exige un periodo de carencia mínimo de 30 años. En este caso reduciríamos la jornada del trabajador un mínimo de un 25 por 100 de la jornada, pasando el trabajador a jubilarse por la diferencia de jornada, y con la ventaja de no tener que contratar a un trabajador con contrato de relevo. ¿Hay obligación de dar vacaciones al trabajador en el momento que se pacte la jubilación parcial? El trabajador disfrutará de vacaciones, como en el caso de cualquier trabajador a tiempo parcial.

Otra cosa es cuando el trabajador posea un salario elevado y además no es pretendida su permanencia en la empresa. Ante esto sólo nos queda saber si nuestro convenio nos permite fundamentar la jubilación forzosa, que nos puede suponer un coste cero. Si esto no funcionara, se podría esperar la aceptación de una jubilación parcial.

1.2. Trabajadores con edades inferiores a 60 años.

Es evidente que un trabajador con edad inferior a 60 años ha de asegurarse una buena salida de la empresa vía jubilación anticipada. Para conseguir unos coeficientes reductores más favorables, el trabajador debe salir de forma involuntaria, y esto generalmente se hace a través del **despido improcedente**. Actualmente, es posible que el empresario realice una operación que facilite el acceso a la jubilación anticipada en condiciones más ventajosas. Para el trabajador, cuanto mayor sea la edad mejor, también para la empresa, porque el coste de la operación es menor. Con 58 años un trabajador puede irse de la empresa bajo la fórmula pactada del despido improcedente, con una indemnización de 45 días por año, o incluso inferior, y el establecimiento de otros acuerdos como el que supone el pago de un convenio especial a la Seguridad Social.

Con esta solución, el trabajador pasaría a una situación de desempleo durante 2 años, pudiendo si es mutualista acceder a la jubilación con la merma económica que eso supone, y si no lo es, pagar las cotizaciones por convenio con la Seguridad Social hasta que cumpla 61 (si lleva más de 30

años cotizados). Vemos cómo se salvan años de cotización hasta la edad en que el trabajador quiera jubilarse, primero con los 2 años de desempleo, y después con el convenio al que se llegue con la Seguridad Social. Generalmente, el convenio se negocia ateniéndose el trabajador al montante recibido a través de la improcedencia del despido y de la negociación con la empresa (convenio especial, complementar hasta el 100% la prestación por desempleo del trabajador).

Otra opción que se da a aquellos que puedan jubilarse a los 61 años es la de alcanzar un acuerdo de prejubilación en el que se paguen 24 mensualidades de forma previa a la solicitud de la pensión de la jubilación. Con esto el trabajador y la empresa se ahorran el pacto de un despido, y un coste superior en indemnizaciones, sin perjuicio de que el trabajador pueda llegar a un convenio especial con la Seguridad Social para seguir cotizando hasta que se jubile.

En el caso de los ERE (no incursas en concurso) existe una obligación del empresario de abonar las cuotas para financiar un convenio especial para los trabajadores mayores de 55 años, que estén afectados al ERE. La obligación es pagar las cotizaciones hasta los 61 años del trabajador, deduciendo las que el Instituto Nacional de la Seguridad Social practique por el periodo de desempleo (si hay derecho al mismo). Esa cantidad, que se puede avalar, antes de la entrada del Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, **de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas** (NSL011940), se reintegraba a la empresa, incluso se reintegraba antes de tiempo si el trabajador fallecía o caía en incapacidad permanente; ahora se aplica al periodo posterior a los 61 años, y sólo se reintegra si hubiese un remanente por adelantar el trabajador su jubilación.

Quiere decirse con esto que el despido colectivo que afecte a trabajadores de más de 55 años ahora puede salir más caro para la empresa, aunque a partir de los 59 se pague menos (40% menos y 10% adicional por año) sobre la base de contingencias comunes, siempre que el trabajador lleve 5 años en la empresa.

1.3. Trabajadores entre 60 y 65 años.

Con estos trabajadores la posibilidad de negociación es más económica, teniendo en cuenta que en algunos convenios se adelanta la jubilación del trabajador a los 64 años. En el peor de los casos, si se negociara el despido a los 60 años, el trabajador perdería 3 años de cotización hasta los 65, porque los dos primeros se acogería al desempleo; incluso llegar a un convenio especial durante 1 ó 2 años con la Seguridad Social y jubilarse con 64 ó 65 años garantizando en algunos casos el 100 por 100 de la pensión que le correspondía.

Negociar esta salida, sobre todo en la situación de trabajadores con 62 ó 63 años de edad es más fácil, ya que a mayor edad menos coeficiente reductor y menor necesidad de pactar una indemnización de 45 días, pudiéndose destinar cuantías inferiores a estos ceses. Es importante que en la negociación se garantice la cuantía de la pensión del trabajador cercana al 100 por 100, si se puede. En el caso de que el trabajador viniera cotizando por bases máximas, y ya tuviera derecho a la pensión máxima, la cantidad a asegurar o complementar no es la que se establece en la base máxima de cotización sino la que se establezca como pensión máxima, que es una cantidad siempre inferior, ajustando la base 2 ó 3 puntos por encima de la previsión del IPC para los 2 años posteriores al cese en la empresa.

De todas formas, el recurso de planes de prejubilaciones para las empresas para menores de 65 años es un recurso que podría llevar la prohibición al acceso al desempleo del trabajador, por considerarse extinciones de mutuo acuerdo, y disminuir las ventajas del acceso a la jubilación anticipada.

1.4. Premios a la jubilación.

Los llamados premios a la jubilación son un instrumento que la empresa utiliza para alentar al trabajador a una jubilación anticipada. De este modo, e independientemente de la negociación posterior compensatoria a que se llegue, bien a través del convenio colectivo de turno, bien a través de iniciativa de la propia empresa, se fija una cuantía, habitualmente más generosa por cada año que se anticipe voluntariamente al trabajador que cumpla con los requisitos de la jubilación anticipada (mutualista). Las cantidades destinadas a premiar la jubilación han de externalizarse porque son consideradas de la misma naturaleza jurídica que los fondos de pensiones.

Es necesario para que se considere un premio a la jubilación que la cláusula del convenio manifieste meridianamente su intención de premiar el cese del trabajador por jubilación, y no que se manifieste con la fórmula de promoción económica, ni como incentivo al cese. Expresar claramente este concepto es importante para no cotizar por la cantidad ofrecida, ni para que el trabajador tribute, si se pacta su pago de forma mensual y no se considere renta irregular. El motivo por el que se tributaría es la voluntariedad en el cese del trabajador.

9.^a ¿Es necesaria la negociación con los representantes de los trabajadores para la empresa en crisis?

1. De la relación individual de trabajo y de las relaciones colectivas de trabajo.

Ante una pregunta como ésta, que debe enfocarse como, con todo lo que tengo encima, deudas, problemas de financiación, amenaza de concurso de acreedores... ¿También tengo que sufrir el desgaste de una negociación colectiva? La respuesta sólo puede ser una, sí es necesaria la negociación con los representantes de los trabajadores para la empresa en crisis.

El Derecho del Trabajo, recordemos que se empezó a regir a través de los postulados del Derecho civil, una vez que estos marcos no se adaptaban a la verdadera necesidad de los trabajadores, y a través de su lucha sindical, se alcanza la especialización del actual Derecho del trabajo en su doble dimensión, individual normalmente a través del contrato de trabajo, y colectiva, normalmente a través de la negociación colectiva de los convenios colectivos.

2. Negociación colectiva.

La negociación colectiva está recogida como un derecho fundamental, dentro de nuestra Constitución, en el artículo 37.1. Además para poder alcanzar el procedimiento de recurso preferente y

sumario, del recurso de amparo, la jurisprudencia constitucional lo considera parte fundamental de la libertad sindical, libertad recogida en el artículo 24 que sí tiene acceso a este tipo de recurso, todo ello englobado dentro del artículo 7 que reconoce al sindicato como elemento estructurador de la sociedad, al incluirlo en el título preliminar constitucional.

3. ¿Con quién negocio? Tipos de representación colectiva.

A pesar de que el tipo de trabajador asalariado, por cuenta ajena, es en principio uno, ha querido el legislador reconocer dos tipos de representatividad sindical, la llamada representación unitaria y la representación sindical.

La unitaria sería la que representa al conjunto de los trabajadores, afiliados o no, y que goza de la legitimación de su refrendo en las urnas, mientras que la sindical será la que representa a los afiliados a determinado sindicato, sin necesidad de ese refrendo, aunque en la práctica los límites tienden a difuminarse.

La respuesta normalmente será obvia, debes negociar con quien sueles negociar, comité de empresa, delegados de personal, representación sindical coincidente con la unitaria, etc. En casos en los que se carezca de representación sindical, puede ser más problemático, como por ejemplo en caso de ERE, donde en muchas ocasiones como el llamado ERE judicial mercantil, la rapidez de estos procedimientos es un factor fundamental; la realización legal de designar comités ad hoc puede ser disfuncional, y en determinados casos límite se ha admitido respecto del periodo de consultas del ERE judicial la realización de éstas directamente con las federaciones sindicales⁵.

En lo que sí habrá que poner especial énfasis es en la correcta comprobación de que con quien negociemos goza de legitimidad, puesto que lo contrario podrá conllevar impugnaciones que dilatarán el proceso.

4. Poder de dirección del empresario, derecho de información de los representantes de los trabajadores y negociación colectiva.

La Constitución Española, en su artículo 38, reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, siendo así una ley mercantil que el empresario dirija su empresa de la manera que considere más conveniente al cumplimiento de su objeto social, lo cual puede encontrarse con su reverso, que es el respeto de los derechos de los trabajadores, entre ellos, según el artículo 4.1 g) del ET, los de información, consulta y participación en la empresa. Debemos tener en cuenta que ante la negociación colectiva la desconfianza mutua dependerá de la fluidez y profundidad con que se hayan desarrollado estos derechos de los trabajadores. En ordenamientos jurídicos, como el alemán, donde los trabajadores están integrados en los consejos directivos de las empresas, esta desconfianza se reduce, y es en esos periodos de crisis cuando un conocimiento exacto de la gravedad de la misma por los trabajadores hará que estos se impliquen activamente en la búsqueda de soluciones aceptables para ambas partes, puesto que al derecho de negociación colectiva de los trabajadores se corresponde el

⁵ *Medidas laborales para empresas en crisis*. Ed. Thomson Aranzadi VV.AA. Dir. Antonio V. SEMPERE NAVARRO. Cap. XII, pág. 421.

deber del empresario a la negociación de buena fe, con miras a la consecución de acuerdos, acuerdos que no son obligatorios.

Entenderemos, según P. ABRIL y E. LANZADERA ⁶, por:

- Información: la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen.
- Consulta: el intercambio de opiniones y la apertura de diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo.

Estos derechos se han visto modificados recientemente por la incorporación de la Directiva 2002/14/CE, por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, **por la que se modifica el texto refundido de la Ley del ET, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario** (NSL009424), después de que el Estado español fuera multado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por incumplimiento del plazo para adaptar los derechos de información y consulta de los trabajadores a la normativa comunitaria que establece la directiva citada, plazo que venció el 23 de marzo de 2005, y propició la anterior ley.

5. Negociación colectiva obligatoria en situación de crisis preconcursal.

En determinados casos, es legalmente obligatorio el acudir a la negociación colectiva y cualquier intento de eludirla puede ser considerado ilegal y determinar que la medida adoptada es nula.

Deberemos negociar colectivamente obligatoriamente en los siguientes supuestos:

- Negociación colectiva en modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo colectivas (art. 41 del ET).
- Descuelgue salarial (art. 82 del ET).
- Movilidad geográfica de los trabajadores y el traslado (art. 40 del ET).
- Suspensión de los contratos de trabajo por razones económicas (arts. 51 del ET y 64 de la Ley Concursal).
- ERE (art. 51 del ET).

En todos estos casos, el procedimiento a seguir está recogido en sus propios artículos, y todos se referirán en general a los mismos puntos negociales, así se ceñirán a si concurren o no las causas

⁶ «Novedades en materia de información y consulta de los representantes de los trabajadores (a propósito de la Ley 38/2007, de 16 de noviembre)». P. ABRIL LARRAÍNAR y E. LANZADERA ARENCIBIA. *Revista Cefgestión*. CEF, núm. 113 (enero 2008).

económicas, técnicas, organizativas o de producción que alega la empresa, a la realización de un plan social, y a la extinción o no de contratos y los días/indemnización correspondientes.

6. Principales puntos a negociar, en los periodos de consultas.

a) Qué podemos considerar como causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En un breve resumen puede decirse:

- Las causas económicas son aquellas que inciden desfavorablemente sobre el resultado de la gestión empresarial y producen, atendiendo a los ingresos y gastos y teniendo en cuenta los aspectos financieros, productivos y comerciales, el desequilibrio de su cuenta de resultados. Exigen pues una crisis actual, un desequilibrio en el balance y ponen en peligro la subsistencia de la empresa.

La medida a adoptar debe contribuir a superar la situación de economía negativa. Situación que debe ser objetiva, actual, real y de entidad suficiente.

- Las causas técnicas en cambio, tienen que ver con los avances en materia de mecanización, automatización, informatización, etc., que serán necesarios incorporar a la actividad productiva para evitar su obsolescencia, considerando siempre el nivel tecnológico existente en cada momento. Deben existir inversiones inmediatas por parte de la empresa y que éstas contribuyan a garantizar la viabilidad futura de la empresa.
- Las causas organizativas son aquellas que corresponden a la necesidad de adecuar la estructura empresarial, así como los medios personales y materiales de que dispone la empresa, a las líneas de producción que desarrolla, de forma que produzca una mejor presencia en los mercados en que ha de actuar. Esto es, las relativas a la coordinación racional de los elementos y recursos de que dispone la empresa.

Se debe pues reorganizar la empresa, respecto de sus medios materiales y personales y esta reorganización debe garantizar la viabilidad futura de la empresa.

- Las causas de producción son el resultado del proceso de trabajo, la configuración del bien o servicio producido por la empresa, similar a las causas económicas, pues se trata de impedir que un desajuste entre costes y volumen de producción, atendiendo a las exigencias del mercado, impidan un desajuste que ponga en peligro la actuación competitiva de la empresa.

Esto es, las que guardan relación con el modo de combinar los factores de producción con la cantidad y calidad del producto.

Se debe dar una modificación o disminución de la producción por parte de la empresa y la medida debe contribuir a garantizar la viabilidad futura de la empresa.

b) Plan social.

El plan de acompañamiento social para evitar o reducir los efectos del despido colectivo, así como atenuar sus consecuencias para los trabajadores que finalmente resulten afectados, tales como,

entre otras, aquellas dirigidas especialmente a la readaptación o a la reconversión de los trabajadores y su posible integración en otros puestos de trabajo en el seno de la empresa o grupo de empresas, así como aquellas que favorezcan el mantenimiento de puestos de trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza.

Algunas propuestas sobre los contenidos del plan podrían ser las siguientes:

- Movilidad funcional interna mediante programas de formación y recualificación.
- Medidas de recolocación tanto interna, en otros centros o empresas de la sociedad, como externa, con posible participación de la Administración pública.
- Creación de empresas o actividades alternativas.
- Acuerdos temporales sobre inaplicación de incrementos pactados con cláusulas de posterior recuperación y actualización salarial.
- Acuerdos temporales sobre flexibilidad horaria y de turnos de trabajo.
- Ayuda individualizada a la búsqueda de empleo.
- Bolsas de empleo.
- Excedencias temporales remuneradas.
- Medidas de apoyo al autoempleo.
- Jubilaciones parciales.
- Desvinculaciones incentivadas y/o anticipadas. Prejubilaciones.
- Convenios especiales con la Seguridad Social, que complementen el punto anterior.
- Contratación con duración determinada de empresas dedicadas a la recolocación, recalificación y formación *outplacement*.
- Formación ligada a distintos tipos de excedencias.
- Indemnizaciones.
- Comisión de seguimiento del plan social, con planificación o no de consecuencias en caso de incumplimiento.

c) Negociación y acuerdo en el ERE.

El ERE será uno de los puntos de negociación colectiva más difíciles a los que se puede enfrentar un empresario; la posibilidad de pérdida productiva, por mal ambiente laboral, la posible mala imagen de la empresa y la rumorología sobre la posición económica de la empresa, puede derivar en agravar la crisis por encima de su real circunstancia. Debemos afrontar el periodo de consultas, con una estrategia general definida, clara y tratando de hacer partícipes de la misma a toda la empresa, representación social incluida.

A su vez debemos dar unas directrices concretas de cómo desarrollar ese periodo de consultas a los distintos gabinetes de crisis que hayan conformado en la empresa y en general a los participantes directos de la negociación y a los cargos intermedios. No se puede dejar nada al azar y se deben preparar cuidadosamente todos los puntos de la negociación, tanto internos como externos, tanto de negociación horizontal como vertical, de ello dependerá el éxito de nuestra negociación. Como breve resumen hemos preparado dos cuadros sobre estrategias generales y sobre directrices de negociación.

ESTRATEGIAS GENERALES	
Objetivos que se persiguen	<ul style="list-style-type: none"> • Superar situación negativa de crisis. • Mejorar organización, producción, costes y recursos de la empresa. • Hacer viable la empresa, con el menor coste social. • Lograr la autorización extintiva por parte de la autoridad laboral. • Reducir a mínimos la repercusión social negativa, respecto de los clientes, proveedores y trabajadores.
Plan de contingencias	<ul style="list-style-type: none"> • Posibles huelgas y medidas de presión. • Deterioro de la imagen de la empresa. • Indeseable prolongación temporal del conflicto. • No filtraciones de información. • Deterioro de las relaciones político-administrativas de la empresa. • Debilidad frente a competidores. (Dibujar el peor escenario posible).
Plan de comunicación	<ul style="list-style-type: none"> • Evitar deterioro de la imagen de la empresa. • Evitar vacíos de comunicación, que inciten al descrédito y falta de confianza. • Crear mensaje clave positivo. Directo en una sola frase. Ej. «reforzamos empleo». • Desmitificar el drama, con refuerzo positivo. • Trasladar deseo de acuerdo y continuación de la actividad, ERE como reposicionamiento y refuerzo de la empresa en el mercado. • En definitiva, se debe ser: unido, continuista, optimista, controlar mensaje, proactivos, humildes ante errores, sociales, despertar confianza, ser precavidos, coherentes, poner el foco siempre en los avances sociales.
Oferta tope y plan acompañamiento social (medidas que atenúen las consecuencias)	<ul style="list-style-type: none"> • Indemnizaciones, cuantía y fecha pago, topes que se pueden ofrecer. • Modificación condiciones trabajo. • <i>Outplacement</i> –recolocaciones–. • Externalizaciones. • Prejubilaciones. • Contratos de relevo. • Garantías para extinciones futuras.
Otras circunstancias	<ul style="list-style-type: none"> • Voluntarios para adscribirse al ERE –reservándose la empresa derecho de veto–. • Posibles deducciones fiscales. • Posibles ayudas de la Administración. • Cobertura del FOGASA.

.../...

.../...

Actores	<p>Internos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dirección de RR.HH. • Mandos intermedios. • Departamento de comunicación o <i>marketing</i>. • Representantes de los trabajadores. • Gabinetes. <p>Externos.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Asesores legales. • Técnicos. • Sindicatos. • Administración laboral.
Procedimiento negociador	<ul style="list-style-type: none"> • Mantener buen clima laboral durante el proceso. • Mantener buena imagen de la empresa. • Evitar impugnaciones.
Puestos clave y retención de personal	<ul style="list-style-type: none"> • Retención de talento. • Elaboración de puestos clave a retener.

DIRECTRICES GENERALES ANTE LA NEGOCIACIÓN DE UN ERE	
Información	<p>Se debe contar con toda la libertad de toda la información necesaria:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Crisis real o no de la empresa. • Sobre los interlocutores de la negociación. • Repercusión mediática, probable. • Posicionamiento de las Administraciones.
Marco general	<p>Qué se pretende conseguir, así:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tener conocimiento de lo principal para distinguirlo de lo accesorio. • Conocer en cada momento los límites del negociador.
Estrategia negociadora (no se trata de la estrategia general, sino de la específica de la mesa de negociación del ERE)	<ul style="list-style-type: none"> • Diseñar el plan negociador, por sesiones y plazos. • Diseñar varios planes negociadores, por si uno falla. • Elegir el estilo negociador: <ul style="list-style-type: none"> – Colaborativo. – Competitivo. <p>Dependiendo de los conocimientos y dominio sobre la situación que tengamos.</p>
Equipo negociador	<p>Elegir por sus conocimientos, experiencia, cualificación, a los sujetos mejor preparados para una negociación compleja, también es importante que el equipo esté conjuntado y equilibrado, pudiendo establecerse jerarquía interna, roles, etc.</p>
Calendario y normas de las reuniones	<p>Detalles concretos, inamovibles, como fechas, duración, permisos a los representantes de los trabajadores, mediadores, secretarios, lugar, asesores, firma de actas, modelo, etc.</p>
Recibir instrucciones claras	<p>Hay que entrar en la mesa con las ideas claras y apoyo por parte de la empresa.</p>

.../...

.../...	
Límites del negociador	<p>El negociador debe conocer hasta dónde llegan sus poderes en concreto sobre las concesiones por debajo del punto de partida.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se cederá primero en cosas de menor entidad. • Se cederá poco a poco y poniendo siempre en valor lo cedido. • Según nos acerquemos al objetivo, se mitigarán las concesiones. • No se harán concesiones, sin contrapartida, tratando siempre de valorar en menos lo obtenido.
Preacuerdos	<p>Sin un atisbo de preacuerdo, será difícil llegar al periodo de consultas formal, sin gran desgaste de imagen por parte de la empresa.</p> <p>En la redacción de preacuerdos, debemos ser extremadamente cuidadosos, puesto que nos obligarán posteriormente.</p>
Sigilo	<p>Todo lo tocante a la empresa debe tratarse de forma confidencial y discreta. Tratando con nuestro equipo de que ese terreno se mueva en la confianza personal, en la relación personal ante la imposibilidad real de la exigibilidad del deber de confidencialidad.</p>

10.^a Todo ha fallado. El concurso, ¿última oportunidad?

Especial referencia desde el punto de vista de la negociación colectiva y la representación de los trabajadores.

10.1. Crisis económica del empresario. Breves antecedentes y actual normativa.

La dinámica del mundo empresarial puede llevar a una empresa, sin culpa del empresario, a una situación de insolvencia. Esta situación se define en el artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, **Concursal** (LC) (NFL008058), cuando el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

Antiguamente, se consideraba al empresario quebrado, un defraudador, en la actualidad, se trata de dar principalmente satisfacción de una forma ordenada a sus acreedores, y en segundo término aunque no menos importante, se busca la viabilidad futura de la empresa.

Tras un largo periodo de aplicación de leyes especiales, concurrentes, con la LC, se inspira, según su exposición de motivos, en los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, esto es, un mismo cuerpo normativo, tanto para aspectos adjetivos, como para sustantivos; una unidad de procedimiento, respecto de todos los acreedores; y una unidad de sistema, un solo procedimiento con dos soluciones, el convenio o la liquidación.

10.2. Empresa sometida a procedimiento concursal.

Cuando una empresa no puede hacer frente a sus obligaciones, se abren dos posibles vías: el concurso «voluntario», esto es, el que solicita el propio deudor al órgano competente, que es el

Juzgado de lo Mercantil, o el concurso «necesario», que es el solicitado a ese mismo órgano por sus acreedores.

La declaración del concurso, según el artículo 44 de la LC, no interrumpirá, la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor. Siendo así, obviamente, continuarán respecto de los trabajadores generándose créditos a favor de éstos, a los que deberá hacer frente la empresa sometida a procedimiento concursal, con el «agravante» de que los trabajadores, por el hecho de que la empresa esté en concurso, no se desgajan de sus derechos laborales, incluida la posibilidad de extinguir su contrato de trabajo ex artículo 50 del ET, por incumplimiento empresarial en el abono de la retribución pactada, con una indemnización, recordemos, de 45 días de salario por año trabajado, con límites.

Desde el punto de vista del trabajador, acarreará las siguientes vicisitudes:

- Dificultad para el cobro de los salarios o créditos laborales.
- Cierre, venta o liquidación de la empresa para la que trabajan.
- Medidas colectivas de reajuste, con medidas de extinción, modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión.

El trabajador podrá tener frente al empresario créditos por distintos conceptos, que en principio pasarían a formar parte de la masa pasiva; tras la declaración del concurso, habrá que valorar y clasificar esos créditos laborales, algunos de los cuales, como los 30 días anteriores de trabajo o los devengados post-declaración de concurso serán contra la masa activa.

Tres reglas generales que afectan a los créditos laborales:

- Prohibición de compensación: una vez declarado el concurso, se prohíbe la compensación.
- Suspensión del devengo de intereses: aunque respecto de los créditos salariales encontramos reglas especiales, así:
 - Devengan intereses, conforme al interés legal del dinero fijado en la Ley de presupuestos, siempre que sean reconocidos en el concurso.
 - Se excluye el interés del 10 por 100 por mora en el pago del salario, recogido en el artículo 29.3 del ET.
- Interrupción de la prescripción: desde la declaración del concurso hasta su conclusión en el que volverá a reiniciarse el cómputo.

De la declaración del tipo de crédito que posee el trabajador, dependerá su dificultad mayor o menor de satisfacción; hay dos grandes bloques de créditos:

- Los créditos contra la masa.
- Los créditos concursales.

Los créditos contra la masa tendrán por la dinámica legal impuesta una mayor probabilidad de cobro. Así en principio serán los generados contra el deudor tras la declaración de concurso, y en concreto, desde el punto de vista del trabajador, es muy importante el artículo 84.2.1 de la LC que recoge ex profeso los salarios de los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del Salario Mínimo Interprofesional (SMI). Son créditos contra la masa que se pagan de inmediato, esto es, están incluso más privilegiados que los créditos contra la masa restantes que se pagan a su vencimiento, mientras que éstos de los últimos 30 días se pagan de inmediato.

Los créditos concursales, que constituyen en realidad la masa pasiva, tienen a su vez varias categorías:

- *Créditos privilegiados*. Respecto de los trabajadores «créditos refaccionarios». Estos créditos se satisfacen con cargo al bien al que estén afectos y su cobro prevalece incluso sobre los créditos contra la masa, puesto que en realidad los pagos contra la masa se hacen con cargo a bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.
- *Créditos con privilegio general*. Que afectan al patrimonio total del deudor, desde un punto de vista laboral y estricto del trabajador, serán:
 - Los créditos por salarios devengados con anterioridad a la declaración de concurso, en la cuantía correspondiente de multiplicar el triple del SMI por el número de días pendientes de pago.
 - Indemnizaciones por extinción de los contratos devengadas con anterioridad a la declaración de concurso, en la cuantía correspondiente al mínimo legal, calculada sobre una base que no supere el triple de dicho salario mínimo.
 - Indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional.
- *Créditos ordinarios*. (Los no calificados como privilegiados, ni subordinados). No gozan de ninguna preferencia.
- *Créditos subordinados*. Últimos en la lista de prelación y con poca posibilidad de cobro.

A parte de todo ello debemos recordar que el trabajador no pierde sus derechos laborales por el hecho de que la empresa entre en concurso, al contrario, los conserva y los puede hacer valer, como por ejemplo ex artículo 50 del ET por incumplimiento del empresario, en el abono de su retribución, con 45 días de indemnización, y competencia de jurisdicción social. Con la particularidad de que si

se supera unos determinados ratios, su tratamiento será igual que el expediente de regulación judicial o mercantil ex artículo 64 de la LC.

10.3. El Fondo de Garantía Salarial.

El trabajador no tiene forma de «asegurar», desde un punto de vista del derecho del seguro, su salario, además suele ser la empresa para la que trabaja la única fuente de ingresos de éste.

Es por ello que la Organización Internacional del Trabajo en su convenio n.º 173 ratificado por España el 28 de abril de 1995, ordena la creación de un instrumento de «protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario».

Procesalmente se subrogará en aquellos derechos que respalda al trabajador, facilitándole a éste una posibilidad de cobro asegurada, con límites.

10.4. Efectos sobre el contrato de trabajo.

Si la actividad de la empresa no se ha paralizado, ni es la mejor solución para la crisis la liquidación del negocio, es muy probable que para la continuación de la empresa se precisen extinciones, suspensiones o modificaciones de condiciones de trabajo o de convenio colectivo.

Si la solicitud de ERE se hubiese instado con anterioridad a la declaración de concurso, se tramitará conforme al procedimiento laboral del artículo 51 del ET y su Real Decreto de desarrollo, el 43/1996 (NFL010216), que funciona como un espejo para la normativa concursal que toca estos temas.

Debemos tener claro que el procedimiento del artículo 64 de la LC define claramente unas amplias competencias para el juez del concurso, que será el que declare la extinción de los contratos de trabajo (o su modificación), y no lo realizará la autoridad laboral, como en el expediente laboral.

Además, como curiosidad procesal, decir que el juez del concurso realmente no desplaza al juez social, sino que realmente desplaza a la autoridad laboral, la cual tiene una misión colateral en el desarrollo de este expediente de regulación de empleo judicial. (En concreto, emitir un informe donde indique principalmente si en el acuerdo entre los administradores concursales y los representantes de los trabajadores se aprecia dolo, fraude, o abuso de derecho.) La decisión judicial podrá recurrirse en suplicación, con lo cual revocará en la jurisdicción social, mientras que en expediente laboral finalizado por la autoridad laboral, su recurso será en vía contencioso-administrativa.

Como sabemos, la administración concursal tiene dos meses de plazo para presentar un informe sobre la situación de la empresa; en principio la solicitud de expediente de regulación no puede presentarse con antelación a este informe pero si esa demora causa grave perjuicio, o afecta a la totalidad de

la plantilla, o genera dificultades de liquidez para el cumplimiento empresarial del pago de los salarios a los empleados, que pudieran derivar en extinciones del artículo 50 del ET, se ha admitido ⁷.

En el periodo de consultas, el debate debe centrarse en la realidad de las circunstancias aludidas, esto es, la acreditación de los motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción, de forma similar al expediente laboral.

Este expediente tiene, entre otras peculiaridades, que sus tiempos son máximos y no mínimos, esto es, los 30 ó 15 días serán tope, según la empresa tenga más o menos de 50 trabajadores.

Así mismo mucho se ha discutido si se podrían superar los 20 días de indemnización marcados por el ET; por lo general los Juzgados de lo Mercantil vienen aceptando estos acuerdos, por indemnizaciones superiores (de otro modo sería difícil alcanzar acuerdos, y el no alcanzarlos, a la postre redundaría en perjuicio de la solvencia de la empresa, puesto que sigue en activo y sigue generando créditos laborales).

Como dice el profesor GARCÍA-PERROTE, en realidad «es cuestión de echar números» ⁸.

10.5. Representantes de los trabajadores en el concurso.

Hay actualmente una corriente de pensamiento que cuenta entre otros con el magistrado DESDENTADO BONETE ⁹ o por la profesora BAJO GARCÍA ¹⁰ que abogan por dar mayores competencias, como tales a los representantes de los trabajadores.

Puesto que según la LC, éstos sólo actúan en representación de sus compañeros cuando específicamente son llamados al concurso, y no en otras situaciones, donde su visión más amplia que la puramente del trabajador afectado, y su costumbre negocial en temas similares, facilitaría una verdadera satisfacción de la doble condición del trabajador, como acreedor y como demandante de empleo, o como empleado de empresa en crisis.

Así los representantes de los trabajadores:

- No están legitimados para solicitar la declaración de concurso, por lo que deben esperar a que se inste por el deudor o por los acreedores, de forma voluntaria, o necesaria.
- No están legitimados para impugnar la composición de las masas activa y/o pasiva del concurso. (Aunque se admite la impugnación por cualquier interesado, la representación colec-

⁷ Juzgado de lo Mercantil n.º 1, Cádiz, 22 de mayo de 2007.

⁸ «Medidas laborales en situaciones concursales», *Medidas laborales para empresas en crisis*. Cap. XII. Ed. Thomson-Aranzadi.

⁹ «El sindicato y los representantes de los trabajadores en el concurso». Memento Experto en *Crisis, medidas y soluciones laborales*. Ed. Francis Lefebvre.

¹⁰ «Doble condición de los trabajadores ante la crisis de la empresa y representación colectiva» Irene BAJO GARCÍA *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 309, pág. 91.

tiva carece de intereses propios reconocidos, puesto que la condición de interesado requiere una conexión directa o indirecta con la posición activa del crédito).

- No están legitimados para presentar propuesta de convenio, ni participar en la junta de acreedores.
- No están legitimados para impugnar el convenio aprobado.
- No están legitimados para solicitar la apertura de la liquidación, pese a que se haya alcanzado la convicción acerca de su conveniencia.

Sería conveniente, desde este punto de vista, que la LC atribuyese a la representación de los trabajadores mayores competencias, en la conjunción de ambos intereses, de los trabajadores, el cobro y el empleo. Entre las competencias a desarrollar estarían dotar de legitimación a los representantes de los trabajadores, para aquellos actos que requieren instancia de parte en la tramitación del concurso, así como voz propia en la negociación del convenio concursal.