

EL PLAN SOCIAL OBLIGATORIO PARA LAS REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES SOCIALMENTE RESPONSABLES

JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Castilla-La Mancha

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido colectivo, plan social

En época de crisis económica las empresas optan por reajustar su plantilla para reducir costes y una de las vías más habituales para hacerlo son los expedientes de regulación de empleo. La autoridad laboral ostenta la competencia de autorizar los despidos siempre que concurra causa suficiente que los justifique y se cumpla el procedimiento administrativo establecido al efecto. Existe, por tanto, un control público de los despidos colectivos siempre que no se haya producido acuerdo previo en el periodo de consultas, en cuyo caso, sólo deberá limitarse la Administración a comprobar que el acuerdo no incurre en ninguna situación de fraude, dolo o coacción o abuso de derecho. Pero el elevado porcentaje de expedientes acordados impide el control causal y procedimental de los despidos, así como el cumplimiento de obligaciones tan importantes como el plan social, que trata de minimizar los negativos efectos que las reducciones de plantilla tienen sobre el mercado de trabajo en aquellos supuestos en los que sea posible adoptar medidas alternativas a las extinciones. Ante esta situación y a la vista del escaso contenido que seguimos advirtiendo en los planes sociales, entendemos que sería importante una reforma legal que persiguiera la perfección y control del plan social.

ABSTRACT

Key Words: Collective dismissal, social plan

During economic crisis, companies adjust their workforce to reduce costs, and one of the most common used ways of adjustment is collective dismissal. The labour Authority is legitimised to approve such dismissals, but this shall be justified and an administrative procedure must be followed. Therefore, collective dismissals are monitored by the public entities in cases where an agreement was not reached during consultation period, and in such situation, the Administration shall ensure that such agreement has not fraud; it is false, coercive or has any rights abuse. The high percentage of collective dismissal settlement provoked the current situation which is somehow out of control. Indeed, there is lack of control to supervise the reasons for dismissal or how redundancy procedure takes place. And also there is no monitoring over implementation of the social plans which aim to reduce lay-offs' negative effects in the labour market or to examine -at least- other alternative solutions contrary to collective dismissal. Currently, the increased number of collective dismissal and lack of public control due to previous agreements, clearly indicates, that there is an urgent need for a legal reform to ensure the implementation and protection of social plans.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LAS EXIGENCIAS COMUNITARIAS DE ANTICIPACIÓN O ACOPIAMIENTO DE LAS DECISIONES DE REAJUSTE DE PLANTILLA
3. LA NECESIDAD DE AMPLIAR LAS FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS: LA MEDIACIÓN EN EL PLAN SOCIAL
 - 3.1. Una reestructuración socialmente responsable necesita un auténtico plan social
 - 3.2. Contenido de los planes sociales
 - 3.2.1. Medidas que repercuten positivamente sobre el mercado de trabajo
 - 3.2.2. Medidas que repercuten individualmente sobre la situación personal o profesional del trabajador
4. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Una de las causas que más reducciones de empleo ha provocado en el último año es la económica, en concreto, los aspectos relacionados con problemas de tesorería o financiación junto con la restricción de la demanda y la rescisión de contratos¹. Las empresas en crisis suelen optar, fundamentalmente, por tamaños más competitivos para vender mejor su producto, como serían las fusiones, deslocalizaciones, outsourcing, traspasos, etc., más que por inversiones en calidad, en innovación o en desarrollo de la productividad. Otra de las razones que han justificado un importante número de desempleados son las de origen técnico, especialmente las relacionadas con la innovación tecnológica. La difusión de nuevas tecnologías de la información y la comunicación hace que los intercambios internacionales y la coordinación de la producción sean más rápidos y muy poco costosos, generando al mismo tiempo nuevas aplicaciones que repercuten negativamente sobre el empleo. Así pues, las reestructuraciones empresariales, ya obedezcan a razones de índole económica, como técnica, organizativa o de producción acaban teniendo repercusiones directas y negativas sobre los recursos humanos de las empresas².

¹ La mayoría de los datos que se aportan a este estudio en relación a expedientes de regulación de empleo, en general, y a planes sociales, en particular, se han obtenido de una investigación llevada a cabo en la Dirección General de Trabajo (DGT) dependiente del Ministerio de Trabajo e Inmigración. En la citada Dirección General se han revisado los expedientes de regulación de empleo presentados en los últimos dos años –2007 y 2008– correspondientes a empresas que tienen centros de trabajo en diferentes Comunidades Autónomas y, por tanto, de importantes dimensiones. La fuente de información impide conocer la realidad de las pequeñas y medianas empresas que no suelen acudir a la DGT, pero dado que nuestro objeto de estudio es el plan social y éste sólo es exigible en las empresas de más de 50 trabajadores, esta fuente se convierte en un buen ámbito para su estudio.

² En este sentido ya se pronunció acertadamente J. P. LANDA ZAPIRAIN en “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las rees-

El negativo efecto que las reestructuraciones tienen sobre el empleo provoca que un importante número de ellas se lleven a cabo a través de expedientes de regulación de empleo (en adelante EREs). A estos efectos hay que señalar que en 2007 se produjeron 4.020 EREs que afectaron a 76.042 trabajadores y de enero a octubre de 2008 se han presentado 4.267 EREs, repercutiendo sobre 93.428 trabajadores³, lo que significa que en este último año alrededor de 100.000 trabajadores se han visto incurso en un despido colectivo. La mayoría de los expedientes que se presentan son de carácter extintivo, provocando efectos cuantitativos negativos sobre el mercado de trabajo, pero también se plantean para suspender la relación laboral y reducir temporalmente la jornada de trabajo. En cualquier caso, es importante relativizar las afirmaciones o conclusiones contenidas en este estudio porque sólo se ocupa de una pequeña parte de los despidos que se producen en nuestro país, dado que sólo del 3,5 al 4 % de los desempleados se han visto afectados por un ERE.

Otro dato de relevancia es que este trabajo se ciñe únicamente a un aspecto específico de los despidos colectivos que se tramitan a través de un ERE ante la Administración laboral no a los que se resuelven ante el juez en los concursos de acreedores, regulados en la Ley Concursal (Ley 22/2003 de 9 de julio que ha derogado el apartado 10º del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores sobre el régimen administrativo específico previsto para los despidos colectivos que se produzcan en empresas en situación de insolvencia declarada judicialmente). En particular, nos centraremos en la figura del plan social, que se introdujo por primera vez en la Ley 11/1994, y que viene a mitigar los negativos efectos que los EREs tienen sobre el mercado de trabajo. Dicha exigencia está desarrollada en el art. 6.1.c) del RD 43/96, 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, que especifica el objetivo y posible contenido de dicho plan al señalar que debe contemplar “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

reestructuraciones de empresas”, *Relaciones Laborales*, nº 6, 2005, p. 16. En torno a las consecuencias sobre el empleo y la forma de limitarlas véase la Comunicación de la Comisión – Reestructuraciones y empleo – Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea. COM/2005/0120 final de 31 de marzo de 2005.

³ Datos obtenidos de la página <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>.

trabajo de carácter indefinido o la redistribución de la jornada de trabajo entre los trabajadores empleados y otras de análoga naturaleza”.

2. LAS EXIGENCIAS COMUNITARIAS DE ANTICIPACIÓN O ACOPAÑAMIENTO DE LAS DECISIONES DE REAJUSTE DE PLANTILLA

La Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1988, por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, ya requería en su art. 2.2 que las consultas versaran, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o a la reconversión de los trabajadores despedidos. La tutela de esta norma comunitaria está fundada sobre medidas de carácter preventivo, que exigen la intervención de los representantes legales de los trabajadores y de la Administración laboral antes de que las extinciones sean efectuadas por el empresario⁴. La actuación de dichos sujetos no impide la unilateralidad de la decisión empresarial, puesto que independientemente de cual sea el resultado de las consultas o la decisión administrativa, el empresario podrá ejecutar los despidos proyectados⁵. Sin embargo, dicha unilateralidad no resta importancia a los requisitos procedimentales previos al despido colectivo, en tanto que, si bien la Directiva no restringe

⁴ La Directiva cumple las previsiones del Convenio 158 OIT que establece expresamente en su art. 13: “Cuando el empleador prevea terminaciones por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos: a) proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el periodo durante el cual habrán de llevarse a cabo dichas terminaciones; b) de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, ofrecerá a los representantes de los trabajadores interesados, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todas las terminaciones para los trabajadores afectados, por ejemplo, encontrándoles otros empleos”.

⁵ Precisamente una de las notas que caracterizan a la intervención comunitaria es el respeto al poder decisonal del empresario en los procesos de reestructuración empresarial. Pero ello no significa que la Directiva trate tan sólo de ordenar algunos aspectos relativos a las consecuencias laborales de estas decisiones empresariales, porque procedimentaliza el despido colectivo, estableciendo unas exigencias en cuanto a la forma en la que éste debe producirse, sin llegar a coartar la libertad del empresario de definir el tamaño de su plantilla mediante este tipo de despidos: M. C. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, “La reforma de las Directivas sobre reestructuración empresarial”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 1999, p. 93.

directamente el poder empresarial, impidiendo los despidos cuando no se alcance acuerdo⁶ o se manifieste en contra la Administración laboral, sí lo hace de modo indirecto, al imponer al empresario la negociación con los representantes legales de los trabajadores, en torno a las causas y sus efectos sobre la plantilla y la obligación de comunicar su proyecto a la Autoridad laboral. Así pues, sin determinar aún el grado de vinculabilidad que concede la norma a la negociación con los representantes de los trabajadores, hay que avanzar que éste es un importante instrumento de limitación de la decisión empresarial⁷, porque el empresario deberá negociar no sólo el número de extinciones que propone sino, lo que es más importante, las alternativas a los despidos o medidas de acompañamiento que ofrece a los trabajadores para reducir el número de afectados por las extinciones o, al menos, mitigar los negativos efectos que el despido tiene sobre ellos.

Los despidos colectivos según se ordenan en la norma comunitaria, no quedan al arbitrio del empresario pero tampoco están sometidos a una autorización administrativa, como sucede en nuestro ordenamiento, sí están limitados por la negociación en el periodo de consultas en el que deberá debatirse otras alternativas empresariales menos graves que las extinciones para lo que será importante anticiparse en la reestructuración.

En este sentido se pronuncia la Comisión en una Comunicación sobre «Reestructuraciones y empleo –Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea–⁸, insertada plenamente en las directrices marcadas por la Estrategia de Lisboa⁹, donde se proponen una serie de medidas para responder a los costes sociales y económicos de las reestructuraciones realizadas por las empresas europeas. En ella se declara que cuando los ajustes de plantilla sean indispensables para la supervivencia y el desarrollo de las empresas, se trate de conseguir que los efectos sobre el empleo y las condiciones de trabajo sean lo más transitorios y limitados posibles. Reconociendo que sólo desde la anticipación en la gestión empresa-

⁶ De acuerdo con J. CRUZ VILLALÓN en que el hecho de que los representantes legales de los trabajadores no tengan facultad de veto o la Administración laboral no tenga poder de autorización no es suficiente para infravalorarla: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas Laborales*, nº 44, 1997, p. 57.

⁷ Como dice J. CRUZ VILLALÓN a través de este precepto se consigue una limitación significativa de la discrecionalidad del empleador: “La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la Legislación española”, *Noticias CEE*, nº 40, 1988, p. 97.

⁸ COM 2005 (120 final), de 31 de Marzo de 2005.

⁹ Comunicación al Consejo Europeo de primavera de 2 de febrero de 2005, «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo – Relanzamiento de la estrategia de Lisboa». Comunicación del Presidente Barroso de común acuerdo con el Vicepresidente Verheugen, COM (2005) 24 final.

rial se podrían limitar los negativos efectos que tienen los despidos colectivos sobre el mercado de trabajo.

En definitiva, la Unión Europea propone a los empresarios adelantarse a las graves situaciones empresariales que puedan conllevar despidos colectivos y a este fin plantea un modelo de producción que repose en la investigación, la innovación y la capacidad de adaptabilidad de nuestros trabajadores e implique, entre otras muchas cosas, invertir en capital humano a lo largo de toda la vida, a fin de desarrollar su capacidad de adaptación y de inserción profesional. Con este objetivo, es fundamental hacer participar a los trabajadores en la gestión de los cambios, implicándoles en la vida de las empresas, a través de una política de compromiso social activo¹⁰.

En este informe la Comisión manifiesta su convicción de que las reestructuraciones no tienen por qué ser sinónimo de retroceso social y de pérdida de sustancia económica, pudiendo ser garantes del progreso económico y social, a condición de que se anticipen debidamente, de que las empresas puedan administrarlas con eficacia y rapidez, y de que la acción pública contribuya a acompañarlas en buenas condiciones.

Desde la Unión Europea se afirma que una política destinada a contrarrestar el cambio o a congelar las estructuras económicas no haría más que aplazar el problema y ampliar sus efectos negativos, sólo favorecería una ralentización de la innovación y una pérdida de competitividad de las empresas europeas. Por esta razón, la solución no está en el establecimiento de trabas que dificulten la puesta en marcha de las decisiones empresariales sino en intentar: primero, que las reestructuraciones no impliquen una destrucción de capital humano; segundo, que todas las partes interesadas participen en la reestructuración; tercero, que se tenga en cuenta la dimensión territorial, porque es a nivel local donde la anticipación del cambio es más eficaz.

La misma preocupación por el mercado de trabajo y por disminuir los efectos que tienen sobre él los ajustes de plantilla muestra el Consejo de la Unión Europea en el marco del discurso de la flexiguridad, en un documento relativo a la “Aplicación de los principios comunes de flexiguridad en el marco del ciclo 2008–2010 de la Estrategia de Lisboa. – Informe de la Misión para la Flexiguridad, de 9 de diciembre de 2008”¹¹. En él se ha replanteado de nuevo la necesidad de buscar alternativas frente a los despidos para evitar que los trabajadores que han perdido su empleo en las reestructuraciones económicas

¹⁰ Así se pronuncia J. P. LANDA ZAPIRAIN refiriéndose a cómo debe actuarse para intervenir de forma anticipada a las situaciones de crisis: “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente...”, op. cit., p.20.

¹¹ Puede revisarse en: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/08/st17/st17047.es08.pdf>.

puedan quedar atrapados en un desempleo de larga duración. En este discurso se cita, a modo de ejemplo, el caso finlandés que desarrolló un modelo de “seguridad frente al cambio”, con objeto de respaldar la reconversión de trabajadores despedidos por razones económicas. Dichos trabajadores tienen derecho a días de permiso durante el período de preaviso, con objeto de que puedan buscar empleo; asimismo, reciben indemnizaciones por despido más elevadas y disponen de un programa específico de formación y de búsqueda de empleo puesto en práctica por los servicios públicos de empleo.

En definitiva, desde que la Directiva 98/59/CE, del Consejo, de 20 de julio de 1998 se preocupara por la reducción de los negativos efectos de las reestructuraciones empresariales que implicaran reducciones de plantilla e introdujera la obligación de las medidas sociales de acompañamiento hasta las últimas Comunicaciones de la Comisión que han insistido en la importancia de la anticipación de la gestión empresarial para evitar los graves efectos que dichas reestructuraciones tienen sobre el empleo, así como en la necesidad de no impedir las o poner excesivas trabas porque ello sólo conseguiría aplazar el problema y ampliar sus efectos negativos, ha transcurrido un importante período de tiempo, que no ha sido suficiente para llegar a calar o surtir los efectos deseados en nuestro sistema.

3. LA NECESIDAD DE AMPLIAR LAS FUNCIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS: LA MEDIACIÓN EN EL PLAN SOCIAL

La función atribuida a la Administración pública de control de la decisión empresarial de despido colectivo ha sido tradicionalmente muy discutida por la doctrina de este país, sin embargo, no se trata de plantear en este trabajo la legitimidad de la participación pública en este tipo de decisiones empresariales sino la validez de su papel interventor en la gestión de las reestructuraciones empresariales¹² y, sobre todo, su capacidad de control de las consecuencias que pueden tener ciertas decisiones de despido colectivo sobre los fondos públicos.

¹² En torno a la escasa operatividad de la autorización administrativa se pronuncian, J. P. LANDA ZAPIRAIN “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las reestructuraciones de empresas”, *Relaciones Laborales*, nº 6, 2005 o M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, “Despidos colectivos y autorización administrativa”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2009, p.8, www.laleylaboral.com. Este último autor dice expresamente “El control de la Administración se ha restringido sensiblemente convirtiéndose en “un procedimiento de verificación (...) de carácter reglado”, sin que las Administraciones dispongan de facultades discrecionales que le permitan oponerse a los despidos ni tampoco arbitrar o solucionar conflictos entre intereses de los empresarios y trabajadores al margen de las causas establecidas por el legislador...”.

El control administrativo autorizatorio de la decisión empresarial de despido colectivo que se lleva a cabo en nuestro país no es habitual en los países de nuestro entorno. De las diferentes razones que justifican su existencia una de ellas es la necesidad de controlar el gasto público que puede suponer un despido colectivo, en tanto que el papel de la Administración es vigilar la existencia de causa suficiente para despedir, de forma que si no está justificada adecuadamente la decisión extintiva, no se le permitirá llevarla a cabo, salvo que se haya alcanzado acuerdo previo.

La práctica de los últimos años nos demuestra que autoridad laboral apenas interviene en las decisiones de despido colectivo porque la gran mayoría de las autorizaciones que concede se fundamentan en acuerdos colectivos previos obtenidos durante el periodo de consultas y en los escasos expedientes en los que tal acuerdo no existe, son muy raras las ocasiones, en las que tras el oportuno control público de la causa alegada, la Administración deniega la solicitud de despido¹³. De hecho, prevalecen los despidos colectivos acordados, y en ellos la capacidad de intervención de la autoridad laboral es prácticamente nula, porque debe limitarse a autorizar las medidas acordadas, salvo que el acuerdo tenga algún vicio de fondo o de forma que permita su no ratificación y su remisión a la autoridad judicial. Ello significa que el plan social tiene el contenido que han decidido las partes interesadas, que veremos no siempre atiende a los objetivos legalmente establecidos en el art.6.1.c) RD 43/96.

En 2007 se pactaron 3.163 EREs lo que significa que sólo 631 acabaron sin acuerdo (de los cuales 136 ERE son desistidos y 96 no se autorizan) y de los presentados hasta octubre de 2008 hay que resaltar que 3.421 fueron pactados y sólo 436 se presentaron sin acuerdo (de los cuales 130 se desisten y 198 no se autorizan)¹⁴. Estos datos muestran que la representación legal de los trabajadores y la autonomía colectiva juegan un papel fundamental en el expediente de regulación de empleo, por lo que éste es un espacio en el que debería desempeñar también un papel la Autoridad laboral, como ya sucede en otros países de nuestro entorno.

Alcanzado el acuerdo, conforme a lo previsto en el artículo 51.4 ET, se debe proceder a autorizar a la empresa, salvo que de oficio o a instancia de parte se observe fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión, en cuyo caso, deberá remitirlo a la autoridad judicial a efectos de su posible declaración de nulidad. También deberá actuar así, cuando de oficio o a petición de la

¹³ El porcentaje de los EREs denegados disminuye cuando se computan sólo los extintivos porque después de revisar todos los presentados estos último dos años ante la Dirección General de Trabajo hay que decir que menos de 10 han sido rechazados.

¹⁴ Las citadas cifras se pueden consultar en <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/REG/index.htm>

entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados dada la inexistencia de causa.

Sólo en esta última causa de impugnación basada en la sospecha de la “inexistencia de causa motivadora de la situación legal de desempleo”, podrían los Tribunales revisar el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas desde una perspectiva causal, lo cual era imposible realizar dentro del procedimiento de oficio¹⁵. A través de esta disposición normativa se impiden aquellos supuestos de despido colectivo cuyo fin no es contribuir a superar una situación económica negativa o garantizar la futura viabilidad de la empresa y la estabilidad en el empleo sino alcanzar otros fines empresariales que no están protegidos por el precepto legal¹⁶. El ordenamiento salvaguarda los intereses públicos de actuaciones fraudulentas de los empresarios, en concreto, de aquellos que pretendan beneficiarse de las consecuencias derivadas del procedimiento de despido colectivo sin que concurra causa legal que lo justifique.

Las dificultades de control surgen precisamente con los expedientes de regulación de empleo basados formalmente en alguna de las causas del art. 51 ET, aunque en la práctica tal causa no concurra, sino el mero interés por rejuvenecer su plantilla. Nos referimos a los EREs, fundamentados en prejubilaciones y jubilaciones anticipadas, que plantean algunas empresas con beneficios. En estos expedientes se abre el debate en torno al uso que hacen estas empresas de los fondos públicos para financiar en parte sus medidas, pese a la ausencia de una situación empresarial de necesidad que justifique el recurso del empresario a los despidos colectivos.

Este tipo de prácticas son de difícil control público por diferentes motivos. El primero es la flexibilidad causal de la noción de despido colectivo del art. 51 ET que permite al empresario justificar la concurrencia de causa, incluso en situaciones en las que el único objetivo es el rejuvenecimiento de la plantilla. El segundo viene marcado por las condiciones en las que se pactan los despidos, que provocan la aceptación indubitada de los representantes legales de los trabajadores, de forma que el único control posible es el de la Adminis-

¹⁵ Esta imposibilidad fue manifestada por el TS en sentencia de 22 de febrero de 1991 (Ar. 864).

¹⁶ Respecto a esta cláusula E. GONZÁLEZ POSADA estima que la ausencia del motivo alegado no puede ser otro que la falta de involuntariedad en la pérdida del puesto de trabajo, es decir, personas sobre las que no concurren las circunstancias y requisitos exigibles al efecto, pero no la ausencia de causas económicas, organizativas, técnicas o de producción “ La configuración del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores”, *Actualidad Laboral*, nº 23, 1995, p. 402; M. GARCÍA FERNÁNDEZ, “La extinción de la relación laboral en la ley 11/1994, de 19 de mayo”, *Actualidad Laboral*, nº 30, 1994, p. 403.

tración pública que ante una situación de acuerdo desarrolla una actividad reglada, procediendo a dictar resolución en el plazo de quince días naturales y autorizando la extinción de las relaciones laborales, salvo que aprecie la existencia de alguno de los vicios enumerados.

Así pues, el único hecho en el que podría basarse la impugnación de este acuerdo sería en el previsto en el art. 51.5 párr. 2º ET, pero la aplicación de la estructura del fraude de ley al pacto alcanzado entre empresario y representantes de los trabajadores de un ERE se presenta compleja, pues según la estructura de este vicio, hemos de entender que la consecución de un acuerdo de despido colectivo es la norma de cobertura, a través de la cual se infringe la norma defraudada. Dicha norma de cobertura facilita una mera apariencia de legalidad no un amparo real, entonces el fraude de ley en el despido colectivo se produciría cuando el empresario, en realidad, no pudiera utilizar esa vía de extinción, aunque en su caso pueda deducirse una cierta presunción de legitimidad, produciendo la frustración de un derecho jurídico del que es titular un tercero. A tales efectos, el supuesto de fraude podría ser un mecanismo de utilidad cuando la extinción debiera instrumentalizarse a través del mutuo acuerdo entre empresario y trabajadores y a pese a ello, acudieran al expediente de regulación de empleo para asegurarse las prestaciones de la Seguridad Social¹⁷.

En suma, las dificultades de denuncia de los planes sociales fundamentados únicamente en jubilaciones anticipadas o prejubilaciones sin que, en ocasiones, concorra causa legal que los justifique, el elevado porcentaje de despidos colectivos acordados, que impiden el control público, la utilización por parte de los empresarios de vías alternativas al ERE¹⁸, y la dificultad de control de las causas alegadas en los expedientes no acordados, dada su vaguedad o imprecisión, están provocando que la Administración pública no esté cumpliendo su cometido.

Como ya se ha dicho, una de las principales razones del control administrativo de los despidos colectivos es el elevado gasto público que implican y una de las vías articuladas para limitar sus elevados costes sociales y económicos está prevista en el art. 51.4 ET y art. 6.1.c) RD 43/96. El empresario está

¹⁷ Respecto al juego que puede dar la aplicación de este vicio: J. GORELLI HERNÁNDEZ, "Las nulidades en la extinción colectiva (vías de defensa laboral ante la extinción colectiva)", *Relaciones laborales*, nº 17, 1997, p. 29.

¹⁸ Las numerosas trabas que la ley pueda imponer a las reestructuraciones empresariales que conlleven despidos no impedirán llevarlas a cabo y de las vías para evitar las dificultades legales nos habla M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, llegando a señalar que la autorización administrativa tiene un valor más simbólico que real, "Despidos colectivos y autorización...", op. cit., p.11.

obligado a buscar otras soluciones más allá de las de carácter extintivo y para ello la Ley 11/94 de 19 de mayo, introdujo la obligatoriedad de presentar un plan social en los procedimientos de regulación de empleo que afecten a empresas de más de cincuenta trabajadores. El plan se presenta inicialmente en el procedimiento de despido colectivo como una propuesta unilateral del empresario, siendo objeto de discusión y debate durante el periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, y pudiendo convertirse en su único contenido, e incluso, si las partes alcanzan un acuerdo, en la justificación de la autorización administrativa de los despidos, y todo ello sin que la Autoridad laboral pueda constatar la existencia de causa suficiente o el cumplimiento de los objetivos del plan social.

Si la Autoridad laboral no interviene más que en un pequeño porcentaje de EREs no pactados, se trataría de reformar la normativa a fin de que la Administración desarrolle un papel fundamental en el plano de la perfección y garantía de los planes sociales. Una opción de reforma sería que la Administración desempeñara el papel de mediador¹⁹ entre las partes sociales durante el periodo de consultas, de forma que pudiera corroborar que las partes alcanzan un auténtico plan social con medidas adecuadas a las circunstancias de la empresa, a las del propio sector en el que se ubique y a las particularidades de los propios trabajadores afectados –tanto los que abandonen la empresa como los que se queden–, que valora los costes económicos y sociales y que opta por la solución más ventajosa para los trabajadores, en particular, y el mercado de trabajo, en general.

La otra posibilidad de reforma, menos compleja que la anterior porque no atribuye ningún papel adicional a la Administración, trataría de facilitar el acceso de la autoridad laboral al contenido del acuerdo para su posible control, eliminando las dificultades procesales que actualmente se encuentran para revisar el acuerdo por fraude de ley.

El legislador debería extender el plan social a todas las reestructuraciones empresariales en las que sea factible, independientemente del volumen de plantilla de la empresa afectada por el ERE, e imponer la exigencia de las “reestructuraciones socialmente responsables” de forma que sólo se llevaran a cabo

¹⁹ Así, por ejemplo, en Francia la autoridad administrativa controla las medidas sociales de acompañamiento y en Italia ésta hace una labor de mediación administrativa en las negociaciones. Para conocer el papel que desarrolla dicha Administración en la elaboración del plan social: G. COUTURIER, “Plans sociaux et exigences de reclassement”, *Droit Social*, n° 5, 1994, p. 442. De acuerdo con el profesor J. P. LANDA ZAPIRAIN, “relativizar el alcance de la autorización administrativa sería mejor que mantener la incertidumbre sobre la definición de la causa del despido colectivo”, en “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo...”, op. cit., p. 54.

aquellas en las que se cuidaran especialmente los negativos efectos que los EREs tienen sobre el mercado de trabajo siempre que, atendiendo a la situación empresarial, ello sea posible. Esta última tesis no es novedosa porque desde 1994, a través de los planes de acompañamiento social, ya se intentó abrir un nuevo canal de responsabilidad empresarial que limitara la capacidad organizativa del empresario. Los objetivos que persigue el plan social –de búsqueda de medidas alternativas o de medidas de acompañamiento de las extinciones– convierten a las medidas extintivas en la “última ratio”²⁰, ya que el empresario sólo podrá optar por la vía extintiva si está justificada causalmente, cumple el procedimiento establecido al efecto y, por tanto, demuestra que es imposible evitar la extinción contractual, en tanto que no existen otras medidas alternativas.

3.1. Una reestructuración socialmente responsable necesita un auténtico plan social

Una empresa con problemas de competitividad tiene varias posibilidades, optar por el aumento de su valor añadido o por la reducción de costes, y ésta última es la más acogida en los últimos tiempos. Una vez que se ha elegido la disminución de gastos el siguiente paso suele ser plantear un ERE, negociar las indemnizaciones y pagar a los despedidos, elección muy costosa para el empresario²¹, sin que por ello deje de ser la medida más veces propuesta y con mayor aceptación entre los trabajadores afectados. Numerosos EREs de los que se han presentado en los últimos dos años se han alcanzado con acuerdos basados

²⁰ En el mismo sentido se manifiesta la mayoría de la doctrina francesa, entre otros L.. MALLET, B. REYNÉS, F. TEYSSIER, C. VICENS que expresamente consideran que “Les plans sociaux précisent tous par ailleurs que la mesure de réduction de l’effectif intervient comme une solution ultime après que des mesures préalables d’une grande diversité aient été prises dans l’entreprise dès l’amorce des difficultés économiques et financières”: “A quoi servent les plans sociaux?”, *Travail et Emploi*, n° 72, 1997, p. 87. Por otro lado, G. COUTURIER expone el fundamento de este principio y afirma que éste tiene su origen en la obligación contractual de las partes de ejecutar el contrato de trabajo de “buena fe”, en tanto que, en virtud de esta obligación las partes contratantes asumen un deber de colaborar con el fin de facilitar la ejecución del contrato y ello significa que el empresario antes de decidir la ruptura de la relación contractual debe buscar todas las alternativas posibles que eviten el despido: “Quel avenir pour le droit de licenciement. Perspectives d’une régulation européenne”, *Droit Social*, n° 1, 1997, p. 78.

²¹ Las cuantías económicas pueden ir desde de 57 a 62 días por año trabajado en función de cual sea su salario anual (Res. DGT 28/2008 de 19 de junio); a 45 días de salario máximo 42 mensualidades más una indemnización fija que atiende a la edad (Res. DGT 69/2008 de 21 de noviembre de 2008). Otras son menos elevadas como la contenida en la Res. DGT 72/2008 de 3 de noviembre (39 días por año máx. 30 mensualidades); o la de la Res. DGT 22/2008 de 1 de julio (40 días máx. 24 meses, con indemnizaciones mínimas garantizadas atendiendo a la edad).

únicamente en el aumento de la indemnización legalmente establecida²² o han transformado esta medida en la protagonista y en la más atractiva de las contenidas en el plan social²³. Algún plan ha llegado a convertirse en una tabla de porcentajes aplicables para el cálculo de las cuantías indemnizatorias que suelen depender de la edad del trabajador, de su antigüedad en la empresa o de su salario medio anual.

La presencia aislada de cuantías indemnizatorias en algunos planes sociales nos obliga a reflexionar en torno a si eso es un plan social, porque éste no se introdujo en la ley para convertirse en un instrumento para el incremento de la indemnización, fijada legalmente en 20 días de salario por año trabajado máximo 12 mensualidades, y además no se debe aprovechar el aumento de las cuantías para conseguir el acuerdo y así evitar el control de la causa por parte de la autoridad laboral.

Sí es cierto, que entre las medidas susceptibles de incluirse en un plan social a la luz del art. 6.1.c) RD 43/96, estaría la indemnización económica porque también consigue reducir los efectos del despido, pero nunca puede ser la única medida adoptada si no se quiere incurrir en el incumplimiento de la obligación del plan social²⁴. Hay que controlar y evitar, como ha señalado el profesor Rodríguez Piñero²⁵, que en determinados acuerdos colectivos se negocien no tanto despidos como las condiciones económicas en las que se va a llevar a cabo voluntariamente la reducción de plantilla, porque hay que recordar que el objetivo de la negociación durante el periodo de consultas es identificar soluciones beneficiosas para el colectivo de afectados y/o para el entorno socio-económico.

²² Algunos ejemplos se contienen en los planes sociales de las siguientes resoluciones de la Dirección General de Trabajo: Res. DGT 65/2008 de 6 de noviembre; Res. DGT 69/2008 de 21 de noviembre de 2008; Res. DGT 72/2008 de 3 de noviembre; Res. DGT 82/2008 de 7 de noviembre; Res. DGT 85/2008 de 5 de Noviembre; Res. DGT 51/2008 de 15 de septiembre; Res. DGT 40/2008 de 18 de agosto; Res. DGT 22/2008 de 1 de julio; Res. DGT 50/2008 de 30 de julio; Res. DGT 28/2008 de 19 de junio; Res. DGT 1/2008 de 4 de enero.

²³ Un ejemplo sería el plan social de la Res. 75/2008 de 5 de Noviembre, en el que las elevadas indemnizaciones pactadas anulan el interés de los trabajadores por otro tipo de medidas. Otros ejemplos son la Res.13/2008 de 18 de Abril, la Res. 5/2008 de 11 de Marzo, la Res. 3/2008 de 19 de Febrero o la Res. 33/2007 de 27 de Febrero, en las que los trabajadores prefieren acogerse a las medidas indemnizatorias frente a los posibles traslados indemnizados que ofrece la empresa.

²⁴ En el informe “Mejores prácticas sobre redimensionamiento empresarial” elaborado por FUNDIPE se hace referencia a la figura del plan social y al hecho de que el dinero no es una solución en sí misma. Este informe analiza nueve casos de empresas que de forma ejemplar llevan a cabo sus reestructuraciones empresariales y de plantilla. El informe se puede consultar en: <http://www.fundipe.es/archives/REDIMENSIONAMIENTO.pdf>

²⁵ “Despidos colectivos y autorización...”, op. cit., p. 5.

Los trabajadores afectados tienen derecho a la indemnización en caso de extinción de su relación contractual, pero antes tienen derecho a discutir con el empresario si ésta es la única solución para llevar a cabo la reestructuración empresarial. Es decir, el primer debate debe girar en torno a las medidas que podrían adoptarse para impedir los despidos o, en su caso, para reducirlos o disminuir sus efectos. El segundo punto del debate pueden ser las indemnizaciones económicas y su posible incremento para trabajadores que no se puedan acoger a ninguna de las medidas sociales negociadas.

Así pues, nos hallamos ante dos obligaciones empresariales independientes entre sí. La primera –la indemnización económica– no requiere acuerdo ni negociación previa porque ya viene establecida legalmente; mientras que la segunda –el plan social–, pese a ser también de obligado cumplimiento, requiere ser negociada, porque su contenido no está legalmente delimitado y, como veremos a continuación, atiende a una serie de variables que lo hacen diferente para cada empresa. Así pues, tanto la indemnización como el plan social son obligaciones del procedimiento de despido colectivo cuyo objetivo y naturaleza jurídica varían.

En cuanto al objetivo hay que decir que a través de la indemnización el ordenamiento jurídico trata de compensar al trabajador de los perjuicios económicos que le ocasiona la pérdida de salario derivada de la extinción de su contrato, la cuantía está fijada y es independiente tanto del daño profesional que sufre el trabajador como de los recursos que tenga el empresario; mientras que a través del plan social el legislador no busca el resarcimiento económico individual del trabajador sino el interés colectivo.

El origen colectivo del plan social de obligada negociación entre las partes sociales, para resolver, a su vez, un conflicto colectivo como implica una decisión empresarial reajuste de plantilla, requiere desplegar también efectos colectivos sobre los afectados, no meramente individuales. “El carácter coetáneo y masivo de los despidos y el basarse en una causa común inherente a las necesidades de la empresa, le da una dimensión colectiva, no sólo cuantitativa sino cualitativa; el despido trasciende de los despedidos, de sus contratos de trabajo, y de los intereses de las partes concretas afectadas, incide en intereses colectivos no siempre homogéneos y sobre los que la representación de los trabajadores han de buscar un difícil punto de equilibrio en el momento del control colectivo de la decisión”²⁶.

El plan social tiene un fin colectivo, minimizar el impacto social del ajuste de plantillas que se propone el empresario en una doble vertiente, por un lado,

²⁶ M. RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, “Despidos colectivos y autorización...”, op. cit., p. 6.

reduciendo a lo estrictamente necesario el ajuste de la plantilla decidido por el empresario, y por otro, presentando opciones al conjunto de trabajadores afectados por el despido que les faciliten su accesibilidad al mercado de trabajo. El auténtico plan social es el que atiende no sólo a las situaciones individuales de cada trabajador sino a las del colectivo y, por tanto, no se limita a aceptar la expulsión de los excedentes del mercado de trabajo a cambio de una compensación económica.

El análisis del colectivo afectado permite identificar las mejores soluciones a adoptar. Sin embargo, hay que resaltar la importancia de un análisis caso por caso, que tenga en cuenta la realidad económica del entorno, porque no basta con decidir jubilar anticipadamente a cualquier empleado mayor de 57 años u ofrecer un puesto alternativo a un trabajador de 35 años, ya que detrás del trabajador de 57 años puede existir un potencial emprendedor y detrás del empleado de 35 años, un proyecto de cambio de vida en proceso de generación.

En la práctica, lo más habitual es que si los trabajadores tienen edades próximas a la jubilación la medida preferida sea la jubilación anticipada o incluso la “prejubilación”, pero ambas medidas tienen un importante coste público que justificaría el control de su uso por parte de la empresa. No debería admitirse esta medida con trabajadores a los que aún les queda una importante vida en activo²⁷, siempre que la empresa pudiera ofrecerles otras alternativas más allá de la extinción contractual y de ello se debe ocupar el plan social.

Por lo que respecta a la diferente naturaleza jurídica de estas obligaciones hay que señalar que la obligación indemnizatoria se configura jurídicamente en nuestro ordenamiento como una “obligación de resultado” que debe cumplirse siempre que exista un despido colectivo, independientemente del número de afectados y de los recursos de la empresa, mientras que el plan social es una

²⁷ La empresa Telefónica Móviles ofrece a los trabajadores de más de 48 y menos de 52 años cuya antigüedad en la empresa sea como mínimo de 15 años un “programa de desvinculación anticipada”. Esta propuesta prevé el pago a quienes extingan su contrato de una renta mensual hasta que alcance la edad ordinaria de jubilación, los 65 años, y se efectúa en los siguientes términos: desde los 53 años (edad en que se presume que causa la baja) hasta los 61 se entiende que el afectado hubiera percibido el 70 del salario regulador, y desde los 61 a los 65 el 34 %. La suma de todas esas cantidades implicará que el afectado perciba mensualmente una renta a cargo de la empresa y su cuantía resultará de dividirla “en tantas mensualidades como medien entre el momento de su baja en la empresa y el mes inmediatamente anterior al cumplimiento de los 65 años de edad”, con la matización importante con respecto a los dos supuestos anteriores de que el salario regulador que se tendrá en cuenta “será el último percibido como empleado en activo”. El plan social se incorpora en la Res. DGT 69/2008 de 21 de noviembre y se puede revisar en la página http://www.cgt.es/telecomunicaciones/IMG/pdf/Propuesta_Empresa_1.pdf.

Un comentario interesante a este plan social puede verse en: <http://eduardorjoblog.blogspot.com/2008/10/el-plan-social-de-telefonica-mviles.html>.

“obligación de actividad o de medios” que es obligatoria siempre que la plantilla de la empresa supere los cincuenta trabajadores y el empresario disponga de los medios necesarios para llevarlo a cabo.

3.2. Contenido de los planes sociales

Este apartado abordará el contenido que se le ha atribuido a los planes sociales en los últimos dos años, bastante rico si comparamos con lo que se venía haciendo hasta hace seis o siete años²⁸ y ello sin perjuicio de que continuemos hablando de escasez de medidas, de falta de interés de los agentes sociales por discutir otros temas, más allá de las cuantías indemnizatorias, y del protagonismo que éstas cobran cuando se incluyen en un plan social. Las medidas se estudiarán de forma individualizada, exponiendo las condiciones generales en las que se negocian a fin de dar a conocer el funcionamiento de cada una de ellas, sin perjuicio de que nos detengamos en algunos detalles de interés.

Este análisis diseccionado del plan social no nos debe llevar a confusión en torno a lo que éste es: un conjunto de medidas organizadas atendiendo a la causa de la reestructuración empresarial, a las posibilidades de la empresa y del sector y a los caracteres personales y profesionales de los trabajadores afectados.

Partamos de la premisa de que un auténtico plan social sólo puede plantearlo el empresario que se anticipe en su gestión, de forma que el plan social no sólo sirva para reajustar la plantilla sino que también sea un instrumento para el empleo. En escasas ocasiones nos hemos encontrado con gestiones empresariales anticipadas en las que el plan social se convierte en un instrumento de gestión del empleo en un momento de dificultades empresariales, así por ejemplo, el plan presentado en la Res. 28/2007 de 21 de diciembre, se acuerdan 739 extinciones pero a su vez la empresa se compromete a optar por jubilaciones parciales con contratos de relevo, adopta compromisos de empleo con todos los trabajadores que queden en la plantilla después de aplicar el ERE, pacta aumentar la plantilla en 600 trabajadores en la modalidad de indefinidos con jornada variable y propone traslados definitivos o temporales –si el trabajador tuviera hijos o familiares a cargo–. Otra medida ejemplar es la contenida en la Res. 70/2008 de 14 de octubre, en la que se pacta la obligación de transformar un número importante de contratos temporales en indefinidos. Éstos son planes sociales atípicos porque el elevado número de afectados por las extin-

²⁸ J. M. SERRANO GARCÍA, *El plan social en los despidos colectivos*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 216 y ss.

ciones se complementa con un importante número de compromisos favorecedores del empleo.

También son escasos los planes que consiguen reducir el número de extinciones inicialmente requeridas por el empresario, es decir, aquellos en los que se negocian “recolocaciones directas”, como en los planes de la Res. 27/2007 de 12 de febrero, en la que se ofertan 217 puestos de trabajo a los que podrán optar los trabajadores para evitar la extinción de su contrato o en la Res. 18/2007 de 27 de julio, que ofrece 40 posibles recolocaciones directas –dentro de la misma empresa y fuera de ella–.

Ahora bien, dado que la anticipación en la gestión empresarial no siempre es posible y el legislador es consciente de ello, la ley no sólo se refiere al plan social que evite los despidos sino también al que reduzca sus efectos y esta segunda finalidad es la que persiguen la mayoría de los planes revisados. El plan social adjunto a la Res. DGT 29/2007 de 7 de noviembre, consigue reducir los daños que provocan las extinciones ofreciendo, por un lado, prejubilaciones a los trabajadores de edad avanzada, a aquellos que no puedan acogerse a la citada medida les ofrece una serie de recolocaciones con mantenimiento de las condiciones socio-laborales y económicas y con derecho a percibir indemnización para pagar gastos de traslado y mudanza en el caso de que se requiera y, finalmente, se pactan unas bajas incentivadas para los que no opten por ninguna de las anteriores garantizándoles una indemnización de 60 días por año con un tope de 60 mensualidades. En esta línea de limitación de efectos negativos encontramos el plan de la Res. 76/2008 de 18 de noviembre, en el que se pacta un incremento de la indemnización legal, jubilaciones anticipadas y prejubilaciones para los trabajadores de edades avanzadas, recolocaciones directas (9 concretos puestos de trabajo ofrecidos por la empresa), recolocaciones diferidas (ofertas de puestos de trabajo transcurrido un periodo de tiempo) y un servicio de outplacement para los que se acojan a las indemnizaciones²⁹.

3.2.1. *Medidas que repercuten positivamente sobre el mercado de trabajo*³⁰

La repercusión de estas medidas sobre el mercado de trabajo puede ser directa, si consigue reducir el número de afectados por el ERE, como son las

²⁹ Un contenido similar al citado contiene el plan social adjunto a la Res. 32/2008 de 31 de julio, con la particularidad de que añade la formación y reciclaje del trabajador durante el periodo de espera necesario en la recolocación diferida.

³⁰ En este apartado nos referiremos tanto a medidas contenidas en los expedientes revisados en la Dirección General de Trabajo así como a las medidas contenidas en los planes sociales estudiados en el informe de FUNDIPE “Mejores prácticas sobre redimensionamiento empresarial” publicado en <http://www.fundiipe.es/publicaciones.html>.

recolocaciones directas, la movilidad geográfica o las reducciones del tiempo de trabajo; o puede ser indirecta, en tanto que la medida, inicialmente, no evita el despido sino que lo acompaña, desplegando sus efectos en el futuro. En este segundo grupo encontramos más medidas que en el primero, tales como, las bolsas de empleo, las recolocaciones diferidas o indirectas, la externalización de actividades, el outsourcing, etc.

1. Las recolocaciones directas tienen efectos positivos inmediatos sobre el número de trabajadores afectados por un ERE porque consiguen su reducción. En algún caso los 102 trabajadores afectados inicialmente por el ERE se limitan a 84 extinciones al acogerse los trabajadores a alguno de los puestos que ofrece la empresa (Res. 76/2008 de 18 de noviembre y Res. 10 y 11/2008 de 8 de mayo). En la Res. 26/2008 de 24 de junio se hace constar expresamente que el plan social ha conseguido disminuir el número de afectados en 28 trabajadores porque éstos se han acogido a recolocaciones internas o en la Res. 18/2007 figura que la cuantía de despidos pendientes de autorización puede reducirse en 40 si los trabajadores se acogen a las recolocaciones directas que se ofertan. En algunos casos la cifra de recolocados llega hasta 217 trabajadores como sucede en la Res. 27/2007 de 12 de febrero.

El acogimiento a estas medidas impide al trabajador beneficiarse de la indemnización legal o pactada, salvo que ésta implique movilidad geográfica en la que se reconocen indemnizaciones compensatorias por traslado³¹. Sí, suelen negociarse acompañadas de otras garantías que eviten la pérdida de derechos adquiridos, garantizándoles en el nuevo puesto de trabajo el reconocimiento de la antigüedad y del salario o una compensación económica, si se produjera pérdida de ingresos³². Esta medida puede conllevar cambio del lugar de trabajo o movilidad geográfica, por ello, es habitual que se pacten con diversas variantes atendiendo a si la recolocación se produce en la misma empresa y localidad o en una diferente y dentro o fuera de la Comunidad Autónoma en la que trabajaba o incluso fuera de nuestro país (Res. 18/2008 de 4 de junio).

³¹ Si la recolocación se produce en la misma compañía y región no percibirá indemnización. Si se ofrece fuera de su Comunidad Autónoma sin movilidad internacional tendrá derecho a 24.000€. Si se ofrece un puesto de trabajo fuera de España el 50% de la indemnización pactada y tendrá diferentes periodos para incorporarse dependiendo de que el país sea o no de la UE.

Si la recolocación se produjera fuera de la compañía el trabajador tendría derecho a una indemnización de 45 días de salario por año trabajado y a que el puesto ofertado fuera indefinido.

³² Res. 27/2007 de 12 de diciembre, se ofrecen una cantidad de puestos de trabajo en dos centros de trabajo diferentes. No tienen derecho a indemnización salvo que el puesto ofertado está en otra localidad y sólo percibirá indemnización si el salario a percibir fuera inferior al 10% del que recibe actualmente. En la Res. 18/2007 de 27 de julio, se pacta una compensación económica por el diferencial retributivo anual entre el salario del nuevo puesto y el que venía percibiendo a la fecha de acogimiento de la medida.

Las partes sociales negociadoras deberán poner especial atención a las condiciones en las que se negocian recolocaciones directas que impliquen novaciones contractuales porque supongan un cambio de la figura empresarial. En estos casos el trabajador que opta por la recolocación en otra empresa diferente tendrá que aceptarlo expresa e individualmente³³ y mantendrá el derecho a percibir la indemnización legal puesto que su relación laboral se extingue. Sin embargo, suele haber una renuncia del trabajador a la indemnización a cambio de otras garantías, como son: la imposibilidad de rescisión del contrato en un periodo de 3 años³⁴ o la obligación de la empresa de proporcionar un nuevo puesto trabajo si el trabajador fuera despedido por causa no imputable a su voluntad en ese periodo³⁵ o el derecho a percibir la indemnización pactada si se rescindiera el contrato de trabajo en un determinado periodo de tiempo.

2. La movilidad geográfica también evita la extinción del contrato de trabajo, sin embargo, esta medida apenas tiene éxito en los planes revisados, fundamentalmente porque es una opción más que se oferta junto a las “bajas incentivadas”, que como ya hemos señalado tiene mucha aceptación entre los trabajadores³⁶.

Ello no significa que la empresa ofrezca el traslado sin compensación económica alguna, porque habitualmente suele acompañarse de una cuantía mensual durante un periodo determinado³⁷ o de una cantidad a tanto alzado que varía en función de la distancia a la que se encuentra el nuevo puesto con respecto a su domicilio habitual³⁸.

Los traslados pueden ser consecuencia directa de otras medidas incluidas en el plan social como es el caso de la Res. 3/2008, de 19 de febrero o el de la Res.12/2007 de 27 de abril, en las que el plan contiene sólo bajas incentivadas, prejubilaciones y traslados para cubrir las vacantes que van a dejar las prejubilaciones.

El traslado puede pactarse como medida temporal o definitiva. Ambas modalidades se ofrecen en la Res. 28/2007 de 21 de diciembre, en la que el

³³ En la Res. 56/2008 de 31 de octubre el plan social contiene una subrogación empresarial.

³⁴ Res. 27/2007 de 12 de diciembre y 18/2008 de 4 de junio.

³⁵ Res. 18/2008 de 4 de junio.

³⁶ Así sucede por ejemplo en la Res. 82/2008 de 7 de noviembre o en la Res. 37/2008 de 4 de julio, en cuyos planes se pacta que el traslado es forzoso y si no acepta podrá cobrar una indemnización de 53 días por año.

³⁷ Res. 78/2008 de 25 de noviembre, en el que la movilidad geográfica se pacta con una ayuda por vivienda de 650€ durante 36 mensualidades. La Res. 5/2008 de 11 de marzo, contiene un traslado que da derecho a indemnización y ayuda a vivienda.

³⁸ En la Res. 13/2008 de 18 de abril, se pacta que si la distancia es superior a 100 km y por tanto, hay necesidad de traslado el trabajador tendrá derecho a una indemnización fija más el pago de los gastos de traslado; mientras que si ésta es inferior a 100 km. Y no existe necesidad de traslado el trabajador sólo tendrá un aumento del plus de distancia.

criterio para optar por uno u otro tipo de traslado son las cargas familiares. A fin de conciliar vida laboral y familiar se prioriza para el traslado temporal aquellos trabajadores que tengan este tipo de responsabilidades.

3. La reorganización del tiempo de trabajo a través de reajustes en la jornada también reduce el número de extinciones. Ésta medida constituye una solución temporal ante la necesidad de redimensionar el número de puestos de trabajo, por lo que el trabajador percibe la prestación de desempleo en proporción a la jornada reducida.

En algún plan social esta medida se temporalmente y en conexión con las prejubilaciones pactadas. El plan ofrece puestos con jornadas reducidas de 22 horas semanales, con garantía de una retribución mínima del 65 % del salario anterior y con prioridad para ocupar los puestos a tiempo completo que se fueran liberando con las prejubilaciones planificadas. La empresa adopta los siguientes compromisos: a) Ofrecer a cada trabajador a tiempo parcial, durante los 8 años siguientes, al menos 1 puesto a tiempo completo. El empleado puede rechazarlo y continuar en su situación a tiempo parcial, pero su negativa libera a la empresa de tener que realizarle otra oferta de estas características. b) Permitir a cada trabajador en situación de contrato a tiempo parcial, y durante 4 años, acogerse a la baja voluntaria y percibir en ese momento la indemnización correspondiente a los 45 días de salario.

La reducción de jornada no se encuentra en los planes de forma indefinida, fundamentalmente porque sólo existe protección por desempleo cuando se adopta de forma temporal, la extinción parcial del contrato no está protegida legalmente sólo la suspensión parcial del contrato, ello pese a que podría ser una buena medida y en algunos casos preferible a la extinción total.

4. Las bolsas de empleo³⁹ son compromisos de readmisión preferencial que adquiere el empresario con los trabajadores afectados por el ERE pero de resultado incierto, en tanto que el llamamiento al trabajador despedido puede producirse o no, dependiendo de las necesidades de personal de la empresa en un periodo de tiempo determinado. La aceptación por parte del trabajador de esta medida no impide la percepción de la indemnización correspondiente ni le ocasiona la devolución de ésta en el supuesto de que fuera llamado por la empresa para cubrir un puesto de trabajo (Res. 70/2008 de 20 de octubre). En algún caso (Res. 10 y 11/2008 de 8 de mayo) se pacta la devolución de una parte de la indemnización (40 %) si el nuevo empleo surge en un periodo máximo de dos años desde que se produjo el despido o se compromete a devolver el 50% de la indemnización si se produce una nueva contratación en

³⁹ Esta es la denominación que recibe en la Res. 65/2008, de 6 de noviembre.

un plazo de 12 meses desde la fecha de la extinción (78/2008 de 25 de noviembre). El compromiso de llamamiento no siempre es para trabajar en la empresa reestructurada puede ser también para hacerlo en otras empresas del grupo (Res. 73/2008 de 20 de octubre).

Algunos colectivos de trabajadores reciben un trato preferencial en estas bolsas de empleo, así en la Res.37/2008 de 4 de Julio o en la Res. 82/2008 de 7 de noviembre otorgan un trato de favor a los mayores de 50 años, que serán los primeros en recibir una oferta.

5. Las recolocaciones diferidas implican, asimismo, compromisos de la empresa reestructuradora de ofrecer uno o varios puestos de trabajo⁴⁰ durante un periodo máximo de tiempo, que suele ser dos años⁴¹ –coincidiendo con el tiempo máximo de la protección por desempleo– a un determinado número de trabajadores. La diferencia con las bolsas de empleo está en la certeza del resultado de estos compromisos cuyo incumplimiento es sancionado⁴². Esta es una medida de acompañamiento del despido costosa porque el trabajador percibe un porcentaje de la indemnización pactada en concepto de “depósito de garantía recolocadora”⁴³ y la posibilidad de aumentar la cantidad percibida si se incumple la obligación empresarial o el trabajador decide rechazarla durante el periodo de espera.

Esta medida se acompaña, en ocasiones, de otras condiciones como es el abono por parte de la empresa de un complemento a la prestación del subsidio por desempleo al que acceda el trabajador en el tercer año mientras permanece en periodo de espera⁴⁴, la garantía de no ser despedido en un periodo de tiempo –suelen ser 2 años– una vez que esté ocupando el nuevo puesto⁴⁵, la obligación de ofrecerle contrato indefinido⁴⁶, el derecho a percibir el mismo

⁴⁰ En la Res. DGT 18/2007 de 27 de julio, la empresa reestructurada se compromete a crear 140 puestos de trabajo.

⁴¹ Ese periodo no es siempre el mismo, de hecho los planes sociales contenidos en la Res. 36/2007 de 10 de Enero y en la Res. 27/2007 de 12 de diciembre, se extiende a tres años, de forma que si en ese plazo la empresa no hace ninguna oferta deberá indemnizarse al trabajador de forma extraordinaria.

⁴² La sanción consistirá en una indemnización complementaria de la percibida como garantía recolocadora.

⁴³ En la Res. 32/2008 de 31 de julio se abonarán 10 días de salario por año trabajado.

⁴⁴ No es habitual este complemento pero lo hemos encontrado en la Res. 27/2007 de 12 de Diciembre.

⁴⁵ Res. 18/2007 de 27 de julio, Res. 27/2007 de 12 de diciembre, Res. 36/2007 de 10 de enero. En la primera de las citadas se pacta que si durante un periodo de 3 años el trabajador fuera despedido por causa no imputable a su voluntad la empresa le deberá proporcionar un nuevo puesto de recolocación externa.

⁴⁶ Res. 18/2008 de 4 de Junio, en este plan se pactan las consecuencias de un despido que pudiera producirse en un plazo de 3 años por causas no imputables al trabajador en cuyo caso la empresa le deberá proporcionar un nuevo puesto de recolocación externa.

salario⁴⁷ o a recibir formación durante el periodo de espera para facilitar su recolocación. La obligación de ofrecer cursos de formación y reciclaje durante el periodo de espera se ha convertido en habitual en las recolocaciones diferidas (Res. 32/2008 de 31 de julio, Res. 10 y 11 /2008 de 8 de mayo, Res. 36/2007 de 10 de enero, Res. 27/2007 de 12 de diciembre). Dichos cursos facilitan el reemplazo del trabajador en puestos de trabajo diferentes. La medida se pacta durante un periodo de tiempo, fijándose incluso el número de horas que se va a dedicar a la formación –el 25 % de la jornada que habitualmente desarrollara–.

También es usual pactar las consecuencias del rechazo de una oferta de empleo o de su aceptación. El primer caso suele conllevar pérdida del acceso a otra oferta, quedando el empresario liberado frente al trabajador, si bien, en algunos supuestos, se le otorga el derecho a una indemnización de 20 días máx. 12 mensualidades; mientras en el segundo el trabajador puede optar entre la no devolución de la garantía recolocadora y, por tanto, aceptar la pérdida de su antigüedad en la empresa, o bien, aceptar la reintegración de la cuantía percibida a fin de mantener la antigüedad que tenía en su empresa. En torno a la legitimidad de esta condición de devolución de la cuantía indemnizatoria percibida nos pronunciaremos más adelante al referirnos al asunto de Enatcar.

La recolocación puede ofrecérselo en un puesto de trabajo de la misma empresa o en otra del grupo –Res. 32/2008 de 31 de julio–. En esos supuestos de ofertas externas a la de la empresa reestructuradora se pacta en ocasiones la distancia máxima a la que puede hallarse el nuevo centro y las opciones del trabajador al que suele ampliársele a dos el número de ofertas de trabajo a recibir.

6. El *outplacement* es una medida de acompañamiento que exige una actividad al empresario pero no un resultado⁴⁸. La ordenación de esta medida es muy diferente de un plan social a otro y no siempre recibe esa denominación. Este dispositivo específico está orientado a ayudar en la recolocación de las personas afectadas por el proceso de redimensionamiento de plantilla. Esta medida intenta, por una parte, orientar el propio sentido del trabajo del interesado, y por tanto, su objetivo profesional, y, por otra parte, diseñar una estrategia específica para alcanzar este objetivo, proporcionando al interesado un acompañamiento individual y los medios logísticos y humanos necesarios para la búsqueda de un nuevo empleo⁴⁹.

⁴⁷ Res. 32/2008 de 31 de julio, en este plan se pacta que si el salario fuera inferior –hasta un 5% por debajo del actual– el trabajador tendrá derecho a compensación económica.

⁴⁸ Sobre este tema G. SOBRINO GONZÁLEZ, *La política de colocación*, Bomarzo, 2006, p. 276–291.

⁴⁹ La Res. 57/2008 de 30 de julio, especifica los deberes de la empresa consultora: la orientación profesional y psicoprofesional, guiar en la búsqueda de empleo; contactar con empresas para obtener ofertas de empleo.

La empresa reestructuradora contrata los servicios de una consultora por un periodo de tiempo para que ayude a buscar empleo a los trabajadores despedidos –todos o aquellos que se adscriban a la medida⁵⁰– sin obligarse a obtener un resultado Res.69/2008 de 21 de noviembre. En el plan social de la Res. 75/2008 de 5 de noviembre, se establecen variantes en función de la edad del trabajador que solicita este servicio de forma que los menores de 45 años recibirán un curso de orientación de búsqueda de empleo colectivo, mientras que los mayores de 45 hasta 55 serán tratados de forma individual durante un periodo de 6 meses, en cualquiera de los dos casos la empresa no se obliga a obtener un resultado positivo. Mientras que dicho resultado sí se exige cuando afecte a mayores de 55 años con los que se trabajará hasta su recolocación final.

7. La jubilación parcial es una buena medida de acompañamiento que se adopta en trabajadores a partir de los 60 años siempre que éstos reúnan los requisitos de la Ley 40/2007 –treinta años de cotización efectiva, seis años de antigüedad en la empresa y contrato a tiempo completo–. Esta medida resulta de interés porque conserva el empleo y abarata costes a la empresa y a la Seguridad Social, a la primera porque no tiene que abonar indemnizaciones y a la segunda porque el trabajador que opta por la medida, continúa cotizando, pese a que empieza a percibir la prestación de jubilación parcial (Res. 18/2007 de 27 de julio, Res. 58/2008 de 25 de agosto, Res. 32/2008 de 31 de julio, Res. 36/2007 de 10 de enero, Res. 28/2007 de 21 de diciembre).

8. La externalización de servicios implica que una parte de las actividades de la empresa se constituyen en unidades de negocio independiente que prestarán servicios a la empresa reestructurada, ofreciéndoselos también a otras empresas del mercado para adquirir progresivamente su autonomía con el desarrollo de su cartera de clientes. Los actores de las nuevas unidades de negocio son los propios empleados de la empresa reestructurada⁵¹.

En el plan social de la empresa Danone se ofreció a una serie de trabajadores la venta directa de los productos de la empresa en una zona geográfica determinada durante un periodo mínimo de cinco años. La empresa les ofrecía la clientela de la zona en cuestión y facilidades para devolver el dinero que solicitasen para la compra de los camiones. Se traspasaba una parte del negocio con todo lo que éste contenía: actividad empresarial y trabajadores a los que se les respetaba su antigüedad.

⁵⁰ la Res. 35/2007 de 2 de febrero, la hemos encontrado limitada a 50 trabajadores.

⁵¹ Este tipo de medidas constan en los planes sociales de las empresas Danone y Frigo contenidos en el informe de la Fundación FUNDIPE que se puede revisar en <http://www.fundipe.es/publicaciones.html>.

En el plan social de la empresa Frigo la nueva relación que se establece con los trabajadores que aceptaban la medida era del tipo “franquicia” con varias particularidades. Por ejemplo, si durante los cinco primeros años de explotación del nuevo negocio el nuevo empresario –concesionario– se viese en la obligación de despedir a alguien, la empresa principal –Frigo– se obligaba a contratarlo.

Estas medidas sociales deben recibir una especial atención por parte de los agentes sociales y públicos, ya que la ausencia de causa suficiente para llevar a cabo el ERE puede esconder un supuesto fraude de ley al estar utilizando el procedimiento de despido para transformar a un trabajador por cuenta ajena en un trabajador por cuenta propia⁵². Sin embargo, encontraremos dificultades de control de su contenido porque suelen estar acordados y ya nos hemos referido al escaso margen de actuación de la Autoridad laboral en estos casos.

3.2.2. Medidas que repercuten individualmente sobre la situación personal o profesional del trabajador

Esta modalidad de medidas no disminuyen el número de afectados, por tanto, no benefician directamente al mercado de trabajo sino a la situación personal e individual de cada trabajador despedido. Algunas son de tipo profesional, como pueden ser los cursos de orientación profesional o las ayudas a la búsqueda de empleo, los cursos de formación profesional o de reciclaje. Otras no tienen repercusión sobre la situación profesional del trabajador sino sobre su patrimonio y tienen una buena acogida entre los trabajadores, como son las bajas incentivadas, las prejubilaciones, las jubilaciones anticipadas y las excedencias remuneradas. En este último grupo hay que llamar la atención en torno a la desaparición de los planes sociales de las medidas basadas en el logro de una invalidez permanente. En estos últimos dos años no hemos encontrado ningún plan que incluya esta medida.

Estas medidas eran habituales en los planes sociales y así lo constaté en el estudio monográfico que realicé hace unos años, afectaban a aquellos empleados que por su historial clínico pudieran encontrarse en una situación invalidez permanente total o absoluta. Éstos debían tramitar dicho expediente y solicitar el apoyo técnico de los servicios médicos de la empresa. La concesión de la invalidez extinguía el contrato y suponía el derecho a percibir una determinada

⁵² Sobre este tema N. MENDOZA NAVAS, “Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos: derecho de asociación y libertad sindical, negociación de acuerdos de interés profesional y adopción de medidas de conflicto para la defensa de los intereses profesionales”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 146, 2008, p. 167 y ss. N. MENDOZA NAVAS, “Derechos colectivos del trabajador autónomo”, en M. J. Landaburu Carracedo (coord.), *Análisis y comentarios al Estatuto del Trabajo Autónomo*, ed. CINCA, 2008, p. 127–157.

indemnización. Si agotados los recursos necesarios no obtuviera el reconocimiento de la de incapacidad permanente se podía reincorporar en la empresa, a un puesto vacante de similares características al que tenía anteriormente, devolviendo la indemnización percibida o alternativamente acogerse a la baja indemnizada y percibir el resultado de restar a la cuantía fijada para esa medida la cantidad establecida como baja indemnizada, quedando extinguida su relación laboral.

Tanto las medidas profesionales como las económicas reducen los negativos efectos de los despidos aunque son de naturaleza diferente. Las medidas de tipo profesional no son de resultado sino de actividad en tanto que lo que la empresa se compromete es a prestar unos servicios durante un periodo de tiempo a fin de facilitarle su entrada de nuevo en el mercado de trabajo, sin comprometerse a alcanzar ningún resultado, por lo que siempre van acompañadas de la indemnización pactada; mientras que las medidas de tipo económico sí son de resultado.

1. Las jubilaciones anticipadas y las prejubilaciones gozan de una importante aceptación en los planes sociales sin tener en consideración que en estas medidas hay una transmisión del riesgo de empresa a la Seguridad Social⁵³. El éxito de estas medidas sociales choca con las pretensiones del Estado que en la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en la que se favorece la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación.

La jubilación anticipada se ofrece habitualmente a trabajadores de edades comprendidas entre 57 y 59 años, que cumplan los requisitos exigidos por la legislación vigente en materia de Seguridad Social (como el periodo de carencia, entre otras...) para poder acceder a las prestaciones de jubilación. Una vez cumplidos los requisitos citados los trabajadores podrán acogerse a la medida, que implicará la extinción del contrato de trabajo, la incorporación a la situación legal de desempleo hasta agotar el periodo que legalmente le corresponda y el derecho a percibir las prestaciones públicas derivadas de tal situación, como sería el subsidio, si legalmente procediera. Así mismo, el trabajador

⁵³ La tendencia de los planes sociales con respecto a estas medidas no ha variado a lo largo del tiempo, en tanto que éstas siguen ocupado un lugar protagonista en el plan social. Los siguientes planes sociales han recurrido a las dos medidas o al menos a una de ellas: Res. DGT 76/2008 de 18 de noviembre, Res. 32/2008 de 31 de julio, Res. 18/2008 de 4 de junio, Res. 26/2008 de 24 de junio, 10 y 11 /2008 de 8 de mayo, Res. 3/2008 de 19 de febrero, Res. 36/2007 de 10 de enero, Res. 29 (2007 de 7 de noviembre, Res. 33/2007 de 27 de diciembre, Res. 18/2007 de 27 de julio, Res. 27/2007 de 12 de diciembre. En las resoluciones que se citan a continuación éstas han sido las únicas medidas adoptadas: Res. 58/2008 de 25 de agosto, Res. 59/2008 de 1 de agosto, Res. 52/2008 de 18 de agosto, Res. 44/2008 de 8 de julio, Res. 23/2008 de 20 de mayo, 37/2007 de 3 de enero, Res. 39/2007 de 17 de enero, 25/2007 de 3 de octubre.

se compromete a realizar cuantas acciones y colaboraciones sean necesarias para la obtención y mantenimiento de su mejor derecho a percibir las prestaciones y ayudas públicas que legalmente pudiera corresponderle⁵⁴.

Hasta el momento en que se produzca el acceso definitivo del trabajador a la situación de jubilación o jubilación anticipada, en su caso, éste tendrá derecho a percibir una compensación complementaria de las prestaciones públicas hasta alcanzar el porcentaje que se pacte (en el plan social contenido en la Res.18/2007 de 27 de julio, se pacta un 84 % del salario pensionable neto). Se negocia, así mismo, el porcentaje anual en el que se incrementará el citado complemento. Además de pagar el citado complemento, la empresa se compromete a continuar cotizando al Régimen General de Seguridad Social hasta que el trabajador acceda a la situación de jubilación y a soportar a su cargo el importe correspondiente al Convenio Especial que deberá suscribir con la Seguridad Social.

Con esta medida el trabajador tendrá derecho a percibir el 100 % de la prestación de jubilación que le hubiera correspondido si hubiera accedido a dicha situación en el momento de acogimiento de la medida.

Esta medida suele pactarse con ciertas garantías para los supuestos de “muerte y supervivencia” del trabajador beneficiario, de forma que en esos casos la empresa se compromete a la reversión a la viuda o herederos del 100 % del importe del complemento con cargo a la empresa que faltara por percibir a partir de la fecha en que se produjera el hecho causante.

Las prejubilaciones se ofrecen a trabajadores de edades más tempranas lo que está suscitándoles una crítica eminentemente negativa. Estas medidas provocadoras del retiro anticipado de la vida laboral de los trabajadores consisten fundamentalmente en que el empresario complementa la prestación de la Seguridad Social a la que tenga acceso el trabajador. El empresario deberá firmar un Convenio Especial con la Seguridad Social para cotizar por el trabajador como si estuviera en activo lo que le consiente llegar a al edad de jubilación con una base reguladora actualizada que le permitirá percibir una pensión de jubilación muy similar a la que le hubiera correspondido si hubiera continuado trabajando.

En la normativa de Seguridad Social dicha situación no se recoge entre las contingencias cubiertas ni tampoco se le asigna una prestación concreta para su cobertura. No obstante, ello no impide que exista una efectiva protección para un riesgo cada vez más frecuente como es la prejubilación. Por esta razón, para cubrir estas situaciones se recurre a otras medidas que no se reconocen expre-

⁵⁴ Suele pactarse que la pérdida o reducción de prestaciones públicas por causa imputable al trabajador no comportará un aumento de cargas o un gravamen para la empresa.

samente como una prestación de prejubilación⁵⁵. Dos tipos de medidas componen esta protección genérica de la prejubilación: las medidas públicas y las privadas. Estas últimas son las que nos interesan porque son las cantidades que pactan los trabajadores con las empresas para que la prestación de prejubilación alcance un nivel óptimo en su cuantía.

El contenido del plan lo negocian las partes firmantes, no obstante, en todos ellos deberá establecerse claramente: su ámbito subjetivo⁵⁶, el concreto régimen de prejubilación de los trabajadores, la cuantía que se compromete a abonar la empresa⁵⁷, las responsabilidades empresariales en casos de incumplimiento, la incidencia sobre dichas prejubilaciones en caso de muerte, invalidez, recolocación, o no concesión de las prestaciones públicas previstas al trabajador, así como la forma de cumplir con dichas prestaciones en caso de cambio de titularidad, quiebra, suspensión de pagos, etc. producidas en la empresa, las causas que eximen o suspenden la aplicación del plan, las condiciones impuestas para el mantenimiento, suspensión o extinción de la cobertura, el conjunto de derechos y obligaciones que vinculan a cada una de las partes, las reglas de gestión y financiación dispuestas para alcanzar los objetivos, los mecanismos de revisión de las cantidades abonadas por la empresa, las indemnizaciones debidas en caso de incumplimiento total o parcial de los pactado, la naturaleza indemnizatoria o no de estos complementos, en el sentido de si el empresario debe además abonar la indemnización fijada en el art. 51.8 ET o ésta se entiende abonada de forma periódica en los complementos que recibe el trabajador prejubilado⁵⁸.

2. La excedencia es una buena solución en un entorno económico-social donde las personas conviven con el creciente dilema de alcanzar una mayor

⁵⁵ De acuerdo con el art. 215.1.3 LGSS los trabajadores mayores de cincuenta y dos años que acrediten haber cotizado durante, al menos, seis años a la contingencia por desempleo y que reúnan todos los requisitos a excepción de la edad para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación pueden obtener un subsidio de desempleo. Su consideración como elemento integrante del régimen jurídico de la prejubilación permite una denominación distinta, llegando incluso a ser calificado por S. GONZÁLEZ ORTEGA y M. R. ALARCÓN CARACUEL en *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 312-313 como "subsidio de prejubilación".

⁵⁶ Cada plan de prejubilación se diseña para trabajadores de edades diferentes, siempre a partir de 52 años, y en ocasiones se requiere que éstos reúnan otros requisitos además de la edad como, una mínima antigüedad en la empresa, que ocupen plazas amortizables, etc.

⁵⁷ Dicha cuantía suele establecerse en función del salario que recibe el trabajador pues normalmente se establece el compromiso de la empresa de complementar la prestación pública hasta alcanzar un determinado porcentaje de su salario habitual.

⁵⁸ No en vano los planes de prejubilación permiten optar al trabajador bien por percibir una indemnización (igual al capital que supone la prejubilación) o bien por recibir periódicamente una cuantía que complemente las prestaciones públicas que se incluyen en el plan.

independencia, y a la vez responder a un aumento de las obligaciones conseqüentes de sus compromisos sociales. La medida devuelve temporalmente a los trabajadores su independencia, manteniendo durante un plazo definido (un año en el plan social de la empresa Accenture⁵⁹) el derecho a volver. Esta medida permite al trabajador buscar nuevas alternativas profesionales y al empresario redimensionar temporalmente su plantilla.

La excedencia que hemos encontrado negociada tiene ciertas peculiaridades con respecto a la establecida por el Estatuto de los Trabajadores, ya que se pacta con una serie de beneficios como puede ser su retribución parcial. En esta empresa se ordena esta medida como un programa voluntario para determinada categoría de trabajadores de la compañía, al que pueden acogerse durante doce meses para dedicarse a cualquier tipo de actividad (familia, formación, viajes, etc.), incluso pueden trabajar con la única condición de que no lo hagan para una serie de empresas de la competencia.

Durante la excedencia la empresa o el trabajador pueden solicitar su regreso anticipado, pero ninguno de los dos están en ningún caso obligados a aceptar su reincorporación hasta que no se alcance el plazo fijado. Un vez terminado el plazo –12 meses– la empresa sí está obligada a admitir de nuevo a dicho trabajador en las mismas condiciones laborales que tenía antes del ejercicio de esta medida. La posibilidad de acogerse a la excedencia se ofrece inicialmente sin límites cuantitativos aunque admite que la concesión está condicionada a la supervisión y visto bueno por parte de las personas responsables del área de negocio o industria en cuestión, así como a la existencia de proyectos de trabajo en los que se encuentran involucrados los solicitantes.

3. Por lo que respecta a las bajas incentivadas hay que decir que ocupan un lugar protagonista en los planes sociales, que gozan de una importante aceptación entre las partes y que encarecen sustancialmente los despidos colectivos, a mi juicio, en detrimento de la inclusión de otras medidas profesionales que repercutan positivamente sobre el mercado de trabajo.

El art. 51.10 ET que ordena la cuantía indemnizatoria ha sido objeto de debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto a su naturaleza dispositiva o imperativa. La discusión surge a raíz del acuerdo alcanzado en el período de consultas en el ERE de Enatcar⁶⁰ en el que se estipulaba el pago de

⁵⁹ Este plan se puede consultar en el informe de FUNDIPE: <http://www.fundipe.es/archives/REDIMENSIONAMIENTO.pdf>.

⁶⁰ En julio de 1989, la empresa Enatcar promueve un expediente de regulación de empleo, alcanzándose acuerdo entre la Dirección de la Empresa y el Comité General el 23 de julio de 1992, posteriormente ratificado por la autoridad laboral, en este caso la Dirección General de Trabajo del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La resolución administrativa autoriza «la extinción de las relaciones laborales de 64 trabajadores» en los términos y condi-

unas indemnizaciones superiores a las legalmente establecidas en el art. 51.10 ET 1980 (y también superiores a las de su homólogo hoy en vigor, el art. 51.8 ET). El acuerdo también preveía la devolución de las indemnizaciones en el supuesto de que el trabajador afectado «percibiese salario de Renfe o sus filiales», devolución que podía ser total o parcial en función de que la recolocación se hubiere efectuado con o sin reconocimiento de la antigüedad.

El Tribunal Supremo se manifestó en diez ocasiones sobre este tema, siendo las Sentencias de 21 de enero y la de 28 de enero de 1998 las que contienen el cuerpo de la nueva doctrina unificada recaída en el asunto “Enarcar”, que declara la plena conformidad a derecho de la cláusula controvertida.

Sobre este asunto se pronunciaron las sentencias del Tribunal Constitucional 99/2001, 100/2001 y 137/2001. La última se limita a reproducir de manera sintética los razonamientos ya elaborados en la sentencia 100/2001, que dejará claro que “el presente recurso de amparo incide directamente sobre una cuestión jurídicamente controvertida, cual es la de determinar la naturaleza de *ius cogens* o de derecho dispositivo de la indemnización legal establecida en el actual art. 51.8 ET (art. 51.10 en la versión del ET aplicable al caso enjuiciado), que debe abonar el empresario a los trabajadores cuyos contratos son extinguidos al hacer uso aquél de la autorización emitida en el procedimiento de despido colectivo por la competente autoridad laboral». Y tras manifestar las consecuencias que derivarían de la opción en favor de una u otra tesis, concluirá afirmando «que la descripción de esta duda interpretativa permite apreciar, sin necesidad de una mayor indagación, que su resolución y, por tanto, la determinación acerca de si se trata o no de una previsión de derecho necesario, es una cuestión por completo ajena a la jurisprudencia de amparo de este Tribunal, correspondiendo su conocimiento a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial (ex art. 117.3 CE)” (FJ 2.º).

La solución está en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1997 que marca un punto de inflexión porque introdujo una ruptura en la tradicional configuración de la indemnización legal por despido colectivo. Una vez

ciones expresados en el pacto de regulación de empleo. En lo que aquí interesa señalar, dicho pacto reconoció a los trabajadores afectados el derecho a percibir una indemnización equivalente al importe de 42 días de salario por cada año de antigüedad, con el límite de 42 mensualidades y de diez millones de pesetas, sin que pudiera ser inferior a un millón. Sin embargo, en el acuerdo se convino la siguiente estipulación: «en el caso de que por cualquier causa algún trabajador de los sujetos a la regulación de empleo y que hubiese recibido la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, percibiera salario de Renfe o sus filiales y se le reconozca su antigüedad, el trabajador se compromete a devolver a “Enatcar” la recibida de ésta. En el caso de que la percepción de salarios de Renfe o sus filiales se produzca sin reconocimiento de antigüedad, el trabajador se compromete a devolver a “Enatcar” la cantidad de veintidós días de haberes por cada año de antigüedad».

consagrado el carácter dispositivo del citado precepto legal, la conformidad a derecho de la cláusula de devolución constituye su corolario lógico, dada la naturaleza vinculante del pacto suscrito entre la empresa y la representación de los trabajadores durante el período de consultas. “Si los legitimados para ello –razona esta resolución judicial– conciertan un acuerdo en el que, de conformidad con el art. 1255 del Código Civil y con la doctrina laboral, contiene indemnizaciones superiores a las mínimas legales para extinguir los contratos de los trabajadores afectados en el expediente de regulación de empleo; indemnizaciones que según el acuerdo habrían de devolver si Renfe hiciera una oferta de empleo (sic) con reconocimiento de su antigüedad; es visto que si no se da efectividad a dicho acuerdo, la decisión que así se adopte se apartará de la autonomía colectiva y hasta de la individual (sic)” (FD 9.º.1).

De este razonamiento jurídico se sirve el Tribunal Supremo para rectificar su anterior doctrina sobre la inderogabilidad relativa de la tarifa indemnizatoria abonada por el empresario a los trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguen al amparo de la autorización administrativa o, lo que es igual, para afirmar el carácter dispositivo del art. 51.10 ET. Lo que ya resulta más discutible es que dicho razonamiento surta el mínimo bagaje argumentativo para el fin perseguido. A juicio del profesor Valdés Dal-Ré una simple lectura de las *rationae decidendi* de la resolución judicial comentada evidencia una construcción argumentativa vacía de todo contenido sustantivo.

Una vez conocida la posición jurisprudencial al respecto sólo queda señalar, como ya se ha dicho con anterioridad, que el plan social es una exigencia diferente de la indemnización económica de forma que ambas deben coexistir en un procedimiento de despido colectivo y ninguna es susceptible de ser sustituida por otra. Así pues, la elevación de las indemnizaciones no debe impedir la exigencia de un plan social ni la presencia de ciertas medidas sociales debería sustituir el derecho a la indemnización mínima de 20 días de salario por año trabajado máximo 12 mensualidades.

4. Para finalizar me referiré a la formación que la encontramos como medida de acompañamiento de las recolocaciones diferidas. Medida de interés porque la escasa formación de los trabajadores es una de las deficiencias de nuestro país y ha sido uno de los obstáculos para la asimilación de nuevas tecnologías y sistemas más eficientes de producción⁶¹. La inversión en equipos

⁶¹ Para acabar con estas necesidades se alcanzan Acuerdos Nacionales de Formación Continua, el último es el *IV Acuerdo Nacional de Formación (BOE 27 de marzo 2006)*. Estos acuerdos tratan de responder a las necesidades de formación que tienen las empresas a la hora de cubrir un puesto de trabajo. El sistema integrado en estos acuerdos favorece el análisis pormenorizado de las necesidades de cada sector productivo, identificando las actividades prioritarias a potenciar, las perspectivas de futuro, capacidad tecnológica y mercado, a través de las correspondientes Comisiones Paritarias Sectoriales.

y recursos humanos son factores clave e interdependientes que deben ser fomentados por la política industrial. En esta línea la formación continua significa la posibilidad de lograr una cualificación profesional a medida de la empresa, es decir, lograr un capital humano específico que se convierte en un potencial de riqueza, con lo que ello implica en términos de competitividad. Además esta formación otorga al trabajador una base profesional más amplia, suponiendo para la empresa un instrumento versátil idóneo para que el trabajador se adapte a la estrategia empresarial. Por estas razones, es necesario que el empresario conciba los costes de formación como una inversión y no como un gasto, y que desde las instituciones públicas se contribuya a crear una conciencia del valor estratégico de la formación.

Pese a los beneficios de esta medida la encontramos en escasas ocasiones en los planes sociales, si bien hay que llamar la atención sobre el buen momento en el que se incluyen, en concreto en el periodo de espera del trabajador que ha firmado su adhesión a una medida de recolocación y por tanto, está pendiente de ocupar un nuevo puesto de trabajo (Res.69/2008 de 21 de noviembre, Res. 32/2008 de 31 de Julio, 10 y 11/2008 de 8 de mayo, 36/2007 de 10 de enero). En algunos casos se hace alusión a este derecho del trabajador sin establecer las condiciones en las que se va a ejercer, lo cual puede hacer difícil su exigencia, pero en otros casos se establece durante qué periodo se formará o qué tiempo diario está obligado el trabajador a destinar a su formación y reciclaje.

4. CONCLUSIÓN

Los beneficios del plan social sobre el mercado de trabajo son claros: minimizan el impacto social del ajuste de plantilla que se propone el empresario, por un lado, reduciendo en lo estrictamente necesario el número de extinciones a llevar a cabo y, por otro, presentando opciones a los trabajadores afectados por los despidos que les faciliten su accesibilidad al mercado de trabajo. Sin embargo, el hecho de que se pueda hacer un uso torticero del citado plan nos obliga a introducir alguna forma de control de su contenido.

Atendiendo a la realidad de los procedimientos de regulación de empleo en los que existen o deben existir planes sociales nos hemos encontrado con que la mayoría de ellos han sido acordados, sin que todos hayan atendido los objetivos legalmente establecidos o, habiéndolo hecho, contienen medidas respecto de las que dudamos si el plan es el marco adecuado para su inclusión. Nos referimos a las novaciones contractuales que conllevan algunas recolocaciones directas, a la renuncia a la cuantía indemnizatoria que se hace en algunas recolocaciones diferidas pese a que en éstas llega a producirse la extinción del contrato, a la externalización de actividades que convierte en trabajadores autó-

nomos a los que hasta el momento del ERE habían sido trabajadores por cuenta ajena sin cambiar realmente de actividad, o el elevado número de prejubilaciones que afectan a trabajadores en edades muy tempranas sin que concurra ninguna de las causas del art. 51 ET.

Los objetivos del plan social son claros y a ellos nos hemos referido en numerosas ocasiones pero entendemos que el fin no justifica los medios. Por este motivo se trata de buscar una solución, a fin de evitar la inclusión de medidas de dudosa legalidad que no están justificadas por la situación empresarial. Las medidas incluidas en el plan social, negociadas en el periodo de consultas y acordadas en un momento de especiales dificultades para el empleo en la empresa en el que la presión que sufren los trabajadores juega un papel fundamental, no pueden ser controladas por los poderes públicos que se limitarán a autorizar el acuerdo alcanzado.

Se trataría, por tanto de, o bien anticipar la actividad de la Administración al periodo de consultas en el que pudiera intervenir como mediador, o bien facilitar el control del contenido de los acuerdos por parte de esta autoridad laboral. Ello a fin de impedir determinadas prácticas empresariales que se esconden bajo el manto de legalidad que le da el plan social y fundamentalmente el acuerdo.

Mercado de Trabajo

