

LA CANTINELA DE LOS 45 DÍAS DE INDEMNIZACIÓN

*Antonio V. Sempere Navarro**

RESUMEN:

Se pasa revista a las medidas laborales que una empresa puede poner en juego para afrontar situaciones económicas difíciles, con especial atención a las cláusulas de descuelgue salarial. El fracaso práctico de esas y otras instituciones lleva a un abuso del despido disciplinario sin causa, convertido en atípico modo de ajustar plantillas. Se concluye criticando tanto las rigideces expuestas cuanto el deseo de rebajar la indemnización de 45 días, que no es propia de los despidos causales sino de los arbitrarios.

PALABRAS CLAVE:

Crisis económica. Despidos económicos. Descuelgue salarial. Indemnización por despido.

ABSTRACT:

On passe en revue les mesures du travail qu'une entreprise peut jouer pour affronter des situations économiques difficiles, avec une attention spéciale aux clauses de décrochez des salariales. L'échec pratique de celles-ci et d'autres institutions porte à un abus du licenciement disciplinaire sans cause, changé en manière

* Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos -

atypique d'ajuster des effectifs. On termine en critiquant tant les rigidités exposées combien de désir de baisser l'indemnisation de 45 jours, qui n'est pas propre des licenciements causaux mais des arbitraires.

MOTS CLEFS:

Crise économique. Licenciements économiques. Décrochez des salariales. Indemnisation par licenciement.

ABSTRACT:

There are reviewed the labour actions that a company can assume to cope with difficult economic situations, with special attention to the conditions of wage lift. The practical failure of this action and other labour institutions leads to an abuse of the disciplinary dismissal without reason, turned into the atypical way for setting staffs. The article concludes by criticizing the inflexibilities described above, as well as the desire to reduce the dismissal compensation of 45 days, which is not established for causal dismissals but for the arbitrary ones.

KEY WORDS:

Economic crisis. Economic dismissals. Wage lift. Dismissal compensation.

Dada la interdisciplinariedad que, felizmente, preside esta publicación, aunque sin renunciar a mi clara filiación jurídica, he optado por asumir una exposición más bien polemista que doctrinal. En este momento, vencido el primer semestre de 2009, asistimos a una especie de *guerra de los manifiestos* (los unos, en contra de que los trabajadores paguen la crisis mediante rebaja de sus derechos laborales; los otros, partidarios de una reforma laboral que respete derechos adquiridos pero que flexibilice instituciones actuales y dinamice la contratación), se reactiva el diálogo social (siquiera sea merced al aparcamiento de los temas polémicos y al sacrificio del sector público: mejoras en la protección por desempleo y rebajas en las cotizaciones patronales), hacemos recuento de bajas (trabajadores que ya no lo son, empresas desaparecidas, prestaciones por desempleo activas, contrataciones incentivadas, etc.), miramos por doquier en busca de signos reactivadores (empresas, asociaciones profesionales, Corporaciones Locales, Autonomías, Estados, Unión Europea, Banco Mundial, FMI, OCDE, etc.) y asistimos a simplistas debates acerca de la "reforma laboral".

En ese contexto, apenas garabateado en las líneas precedentes, tiene cierto sentido realizar algún apunte acerca de la tan manida cuestión de si es conveniente mantener una indemnización por despido tan elevada (45 días de salario por año de

antigüedad, que se va incrementando hasta los 28 años). Por lo pronto, convendrá resaltar que no es sólo con despidos como ha de afrontarse una situación de crisis, sino que existen otras instituciones muy adecuadas a tal fin; en este sentido es emblemática la figura (casi desconocida en la práctica) de la inaplicación salarial del convenio, a cuya exposición se dedicará atención preferente; por fin, intentaremos proyectar alguna luz respecto de la pregunta que sirve para titular esta modesta reflexión, puesta al servicio de otros debates (más necesarios cuanto más sinceros y desapasionados).

1. LAS MEDIDAS EMPRESARIALES FRENTE A LA CRISIS

Al margen de su denominación y dimensión, la reciente y negativa evolución económica de nuestros sistemas productivos acaba afectando a las empresas, muchas veces atrapadas entre los impagos y la falta de financiación.

Las repercusiones en el ámbito laboral son evidentes y comienzan por los trabajadores, el eslabón más débil de la cadena, a los que el sistema procura proteger tanto desde la perspectiva contractual (despidos, etc.) cuanto desde la de la cobertura social (desempleo, etc.). Pero también la empresa, en cuanto tal, es víctima de las dificultades y debe adoptar las medidas que estén a su alcance para minorar los efectos de la recesión. Son diversas las posibilidades de actuación que el actual ordenamiento pone en manos de los gestores empresariales para acompasar las relaciones laborales (dimensión de la plantilla, retribución, actividad prestada, etc.) a esas situaciones¹:

· En un orden lógico hay que comenzar por las decisiones que el poder de dirección (ordinario) del empleador pone en sus manos sin afectar a la continuidad de la relación laboral: modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, movilidad geográfica, descuelgue salarial de convenios sectoriales, suspensión de los contratos de trabajo.

· Ya en un plano de mayor gravedad, la extinción del contrato de trabajo se posibilita mediante los despidos objetivos económicos y los despidos colectivos (EREs).

· Junto a esas medidas típicas (cada con su regulación, sus problemas y técnicas) otras muchas, no pensadas como respuesta a situaciones de crisis, también pueden ponerse en juego (movilidad funcional, negociación de convenio colectivo de empresa,

1. Un reciente y completo estudio de conjunto puede verse en AA. VV., *Medidas laborales para empresas en crisis*, Dir. A. V. Sempere Navarro, Editorial Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2009, 436 páginas.

no renovación de contratos temporales, bajas incentivadas, reducción de las previsiones de contratación, desistimiento en período de prueba, cese del ofrecimiento de horas extras, juego con la “bolsa de horas”, transmisión de la empresa, activación de una causa extintiva *de conveniencia* como la jubilación o incapacidad del empleador persona física, etc.).

· Respecto de las empresas en situación concursal existen normas específicas, tanto conservativas cuanto extintivas de las relaciones laborales.

A la vista del cuadro sumariamente descrito surgen las inevitables preguntas. ¿Está nuestro Derecho preparado para ayudar a las empresas a afrontar la difícil situación económica, o contribuye a empeorarla? ¿Quedan los intereses de los trabajadores suficientemente protegidos en todos los supuestos? ¿Es razonable el papel que se hace jugar a nuestros tribunales? ¿Hay una respuesta jurisdiccional rápida, acorde con los intereses en juego, ante los conflictos surgidos en estos temas? ¿Tiene sentido que similares problemas puedan conocerse, según los casos, en el orden civil, contencioso o social? ¿Son necesarios cambios normativos o interpretativos?

Recientemente se reformó el ET en materia de participación, pero ¿está bien perfilado el juego de la voluntad de los trabajadores, tanto colectiva cuanto individual? ¿Hay sobreprotección a favor de algunos sujetos? ¿Actúa la Administración Laboral con criterios similares en todas las Comunidades Autónomas? ¿Y la Inspección de Trabajo? ¿Está bien relacionado el régimen de contratación y el de novación?

El primer semestre del año 2009 ha estado presidido por la continuidad de las dificultades económicas para muchas empresas, situación que han afrontado a partir de las normas laborales vigentes; los retoques que se van introduciendo o que se prevé introducir en el ordenamiento laboral aluden más a pequeños cambios en el fomento del empleo o de la protección por desempleo que al sistema de relaciones laborales. Es verdad que se carece de una Ley o Capítulo específicamente dirigido a la empresa con dificultades económicas (las situaciones concursales sólo son una variante de ellas) y que las opciones al alcance del empleador están dispersas.

Las preguntas básicas que se vienen haciendo en el entorno social son del todo lógicas. Veamos algunas. ¿Es tan rígido el Derecho del Trabajo actual como para que frene los deseos empresariales de realizar contrataciones nuevas? ¿Es tan protector el ordenamiento español que lastra la competitividad de nuestras empresas? ¿Por qué tenemos el despido más caro de Europa? ¿Cómo pueden las normas dejar desprotegidos a los trabajadores y situar casi en los cuatro millones la cifra de parados? ¿Es lógico que los más débiles sean quienes paguen las consecuencias de una crisis que no han generado? ¿No habría otras medidas menos drásticas que el despido, que permitiesen a las empresas *capear el temporal* y a los asalariados conservar su empleo?

Como se observa, ya los propios interrogantes muestran valoraciones o puntos de partida encontrados, al menos en apariencia. Estando dedicados otros estudios del

presente número monográfico a figuras alternativas del despido (reducciones de jornada, suspensiones), reflexionaré aquí sobre la figura del descuelgue salarial, el coste de las indemnizaciones y las causas de los despidos económicos. Si se permite la expresión, se trata de tres grandes fracasos colectivos del iuslaboralismo español, inclusive de quien esto escribe. Formularé la tesis aquí sostenida en términos tan claros como polémicos:

- *ante la situación de crisis real, una empresa debiera poder recurrir razonablemente al descuelgue salarial,*
- *ante los problemas derivados de la coyuntura económica, la empresa debiera poder poner en juego con cierta facilidad despidos basados en ese motivo*
- *los despidos con causa económica deben tener un coste muy inferior al de los improcedentes (disciplinarios o sin causa)*

Sin embargo, la realidad viene demostrando que el descuelgue salarial sólo es posible ponerlo en juego cuando la empresa se encuentra en una situación tan grave que ya no requiere esa medida paliativa, sino otras más drásticas; que la identificación de cuándo hay causa económica sería para despedir es complicada y muchas veces se asimila a los presupuestos objetivos de la situación concursal; que la Ley anuda 20 días de indemnización al despido económico, lo cual todos los implicados consideran razonable, pero las incertidumbres de esa figura aconsejan muchas veces acudir al atajo del despido sin causa (técnicamente: disciplinario improcedente) y ahí es donde surgen los 45 días; que nueve de cada diez empresas que acceden a situación concursal acaban despidiendo a toda su plantilla y liquidando el negocio.

La cuestión es tan trascendente como polémica. Simplificada al máximo puede formularse así: con el deseo de proteger a los trabajadores frente al despido caprichoso de su empleador, ¿no se habrá ido demasiado lejos y se estará obligando a que las empresas recurran demasiadas veces al concurso o al despido improcedente como mecanismos (espúreos) para afrontar sus dificultades? ¿No sería mejor flexibilizar el recurso al descuelgue salarial y a las suspensiones o extinciones acordadas en el seno de EREs? Las medidas adoptadas por el RDL 2/2009 parecen brindar una tácita respuesta afirmativa a los anteriores interrogantes, al incentivar (tanto para las empresas cuanto para los trabajadores) la suspensión de los contratos (remedio menos drástico) en perjuicio de los despidos colectivos (solución más traumática). ¿No sería razonable seguir en la misma línea, procurando el equilibrio de los intereses en juego?

Yerran quienes afirman que la situación real es tan dramática que tolera mal los debates académicos; precisamente es la falta de verdadera discusión y el enfrentamiento de emblemas simplistas lo que puede perjudicar la recuperación; además, todo lo anterior tiene bastante que ver con una reflexión propiciada por la Unión Europea hace ya varios años. Sin aguardar la bendición de la Real Academia

de la Lengua, hace meses que circula el neologismo de *flexiguridad* para aludir a la necesidad de compaginar de manera equilibrada los objetivos generales de flexibilidad en la gestión de las empresas con los de la seguridad en el empleo, con especial atención a los colectivos más vulnerables.

Esta especie de piedra filosofal quiere aunar los principales deseos de los empleadores (adaptabilidad a las cambiantes circunstancias, para competir en un entorno globalizado) con los de sus empleados (trabajo productivo digno o disfrute de una protección sustitutiva adecuada). Se aspira a conjugar un elevado grado de *flexibilidad* en el mercado laboral (contrataciones y despidos fáciles, rápidos y poco gravosos, ajustando las necesidades de mano de obra a las diferentes coyunturas) con una adecuada *protección* al trabajador desempleado (subsidios, indemnizaciones, etc.) y una eficaz política activa de *empleo* (disminuyendo los períodos de inactividad, propiciando la formación profesional permanente).

Entre los múltiples hitos comunitarios que ya jalonan la trayectoria de este empeño destaca el *Libro Verde* de la Comisión, *Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, que plantea un debate (aunque menos profundo de lo que se pretende) sobre cómo crecer de manera sostenible, con más y mejores empleos. Tiempo después el *Consejo Económico y Social Europeo* realizó importantes observaciones, como:

- Necesidad de que los interlocutores sociales intervengan en todos los debates sobre la materia y desempeñen un papel privilegiado.
- Recomendación de encauzar el debate y las reformas a través del diálogo social y de la negociación colectiva.
- Rechazo a la utilización indebida del modelo para facilitar los despidos injustos o reducir de manera unilateral e ilegítima los derechos y garantías de los trabajadores.

En España, desde el comienzo de la presente legislatura el Gobierno manifestó su firme intención de impulsar sólo las reformas laborales que contasen con el respaldo de los agentes sociales. De ese modo parecería que se está respetando al máximo la recomendación comunitaria, aunque es claro que si nuestro modelo desoye las exigencias de la *flexiguridad* seguirá sin cumplirlas en caso de que no evolucione. Los primeros embates serios de la crisis ya permitieron observar una explicable separación de la causa común por parte de unos y de otros. La patronal reclama más *flexi* para afrontar los tiempos difíciles; los sindicatos exigen mayor *guridad* a fin de atenuar las severas consecuencias que padecen los más desfavorecidos. En tiempos de crisis los modelos de evolución generan menos adhesiones que en tiempos de bonanza; probablemente cada cual habrá de seguir afrontando sus responsabilidades, sin esperar mucha ayuda de los demás, que bastante tienen con lo propio.

Los ensayos para compatibilizar la flexibilidad (para la empresa) y la seguridad

(para el trabajador), más allá del pegadizo anglicismo que engloba ambas magnitudes, son aún bastante imperfectos. En algunos ámbitos parece que ya triunfa la *lógica económica*: no es razonable acceder de entrada a un vínculo de duración indefinida y con todos los derechos, sino que ello ha de ser resultado de un proceso progresivo. Al tiempo, el modelo europeo de desarrollo que consagra el vigente Tratado Constitutivo no debiera claudicar, a las primeras de cambio, ante otros valores o enfoques aparentemente más eficientes. Para llegar lejos, mejor caminar despacio y unidos que rápido y separados. Tiempos duros para la *flexiguridad*, justo cuando más útil podría resultarnos. Por eso conviene insistir en esta línea de concesiones recíprocas, transacciones y razonabilidad de los cambios (o de los inmovilismos, que tanto da).

2. EL DESCUELGUE SALARIAL Y SU FRACASO PRÁCTICO²

Partiendo de que el convenio colectivo de ámbito sectorial suele acordar los niveles retributivos y de que es posible que las situaciones económicas sean muy heterogéneas en las empresas afectadas por el mismo, el legislador ha pensado que “más vale trabajadores con retribuciones rebajadas que nuevos parados”. Ante la tesitura de mantener la aplicación del convenio hasta el extremo de propiciar la deficiente marcha de la empresa o permitir que la misma opere con menores costes salariales, la Ley opta por la segunda vía. Las previsiones convencionales de los convenios estatutarios poseen eficacia y valor normativo, por lo que bien puede hablarse de *inaplicar* la norma en estos casos. Las llamadas *cláusulas de descuelgue salarial* permiten que las relaciones laborales de una determinada empresa sigan rigiéndose por lo previsto en el correspondiente convenio colectivo pero, a la vez, marginando aquella parte que generalmente más incide sobre los costes productivos. La postergación del régimen retributivo, por tanto, en modo alguno mengua el alcance e imperatividad del resto de prescripciones contenidas en el mismo convenio colectivo³.

2. Para la elaboración de este epígrafe me sirvo del trabajo publicado con la Dra. Lourdes Meléndez Morillo-Velarde, *El descuelgue salarial. Estudio de su régimen jurídico a través de la negociación colectiva*, Cuaderno de Aranzadi Social nº 34, 2009, 343 páginas.

3. En su más pristina modalidad, el llamado descuelgue salarial opera como un mecanismo convencional que permite a los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo, solicitar la inaplicación del régimen salarial pactado; dicho queda que, conforme a las previsiones del artículo 82.3 ET, “los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establecerán las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas”.

A pesar de la importancia de esta materia y de la obligación de incluirla en los convenios colectivos de ámbito supraempresarial⁴, el porcentaje de convenios que la incorporan no llega al 50% y los trabajadores afectados en los convenios de ámbito distinto al de empresa no llegan al 70%, porcentaje que se ha mantenido estable en los últimos años⁵. El vacío se resuelve encomendando a los propios interesados o, en su caso, a la Comisión Paritaria del convenio, la determinación de los supuestos en los que procedería la inaplicación del régimen salarial previsto en el convenio colectivo de referencia⁶.

¿Qué es lo que permiten estas cláusulas? Está plagado de sutilezas el deslinde sobre el ámbito de aplicación de cada uno de los preceptos del ET que, de una u otra forma, permiten al empresario alterar el salario pactado (arts. 41.1.d y 82.3) y por ende, la identificación concreta de si la alteración salarial se refiere a los elementos que lo componen o a su cuantía. Si se atiende a las causas que legitiman el recurso a la modificación sustancial del artículo 41 ET puede apreciarse que contemplan mayor número de supuestos que los artículos sobre descuelgue; pero si el espectro aplicativo de esa novación es mayor, sucede lo contrario cuando abordamos su objeto material o consecuencias: por la vía del artículo 41 sólo puede alterarse el sistema o forma de cálculo, pero sin operar directamente sobre su cuantía o postergar el bloque regulador⁷.

-
4. El artículo 85.3.c) ET establece que todo convenio colectivo negociado conforme al procedimiento previsto en el Título III debe, necesariamente, incluir entre su contenido mínimo las condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo, respecto de la empresas incluidas en el ámbito del convenio cuando este sea superior al de empresa. Sin embargo, la propia Ley comienza siendo contradictoria; acto seguido de establecer la obligatoriedad de este contenido, adopta medidas para los caso sen que el mismo no existe.
Al cabo, lo que sucede es que: 1º) Es válida la opción convencional de omitir previsiones sobre el descuelgue salarial; 2º) Es válida la opción convencional que regula los requisitos del descuelgue en cuestión; 3º) No es válida la cláusula convencional que impide expresamente cualquier tipo de descuelgue; 4º) Tampoco posee validez la fijación abusiva, disparatada, de los procedimientos y condiciones que habrían de concurrir para el descuelgue en cuestión.
 5. Fuente: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *La negociación colectiva en España en 2005, 2006 y 2007*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, noviembre 2007, pág. 122.
 6. Lo que sucede es que también aquí el diseño es más complejo y abierto de cuanto podría pensarse: en principio, la inaplicación “sólo podrá producirse por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores”; pese a la aparente existencia de un único camino alternativo a la cláusula expresa, lo cierto es que “de no existir acuerdo” aún se indica una tercera opción: “la Comisión Paritaria del Convenio” pasa a resolver “la discrepancia”.
 7. En este sentido, resulta muy ilustrativa la conclusión a la que llega MERCADER UGUINA cuando afirma que “por vía del art. 41 ET en relación con el salario se puede modificar menos, pero por más motivos; mientras que a través del art. 82.3 ET se puede modificar más, pero por menos motivos” “Estructura de la negociación colectiva y salario”, en *El contenido económico de la negociación colectiva*, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales núm. 72, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, pág. 70.

Aunque la respuesta al interrogante formulado es polémica, pueden realizarse dos precisiones: 1º) La cláusula de descuelgue se configura como un mecanismo que permite la modificación, a la baja, de la cuantía de cualesquiera de los conceptos que integran el salario (salario base y complementos salariales). 2º) Por el contrario, el ámbito de actuación que se reserva al artículo 41.1.d) ET vendría referido a la modificación del propio sistema de remuneración cuando concurren probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción.

¿Cuándo entra en juego la inaplicación salarial? Hay que tender a la diferente redacción de los dos párrafos del artículo 82.3 ET cuando identifica la hipótesis contemplada: 1º) en el primero de ellos, aplicable si existe cláusula de descuelgue prevista en el convenio supraempresarial, se alude a empresas “cuya *estabilidad económica pudiera verse dañada*”; en el segundo, operativo cuando dichos convenios colectivos no contengan la cláusula de inaplicación, su aplicación se condiciona a que “así lo requiera la *situación económica de la empresa*”.

Aparentemente, es más fácil que la situación económica requiera unas medidas (segunda hipótesis) a que la estabilidad económica pueda verse afectada si no se toman unas medidas (primer supuesto). Si la norma ha utilizado dos modos distintos de referirse a los hechos contemplados, es lógico pensar que ha querido diferenciar entre uno y otro: al convenio se le pide que contemple el descuelgue para hipótesis muy delicadas, a los cauces subsidiarios se les permite actuar siempre que haga falta; por su mayor lejanía de la empresa, a los negociadores sectoriales sólo se les permitiría la inaplicación en casos graves, mientras que la cercanía de los negociadores empresariales justificaría su intervención con menos sujeciones.

Pese a lo verosímil de esa reflexión, la tesis más extendida entiende que de la misma no deriva una doble contemplación de hipótesis. No existen dos regímenes distintos, uno para el caso que en el convenio se haya previsto la cláusula de descuelgue, otro para los casos en que la inaplicación se condicione al acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores; al contrario, sólo existe un único presupuesto fáctico, aplicable en ambos casos, dado que ambas referencias coinciden en que pueda producirse un daño en la estabilidad económica de la empresa⁸.

Probablemente se trate de una polémica estéril, pero no deja de ser censurable que la redacción legal la aliente. Puesto que la inaplicación del régimen salarial sólo cabe previo acuerdo (del modo ya examinado), la cuestión se traslada al campo de decisión de esos sujetos; nótese, además, que la mera concurrencia de graves problemas en la empresa no provoca el descuelgue sino que resulta imprescindible

8. AGUT GARCÍA, C., *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 200.

la concurrencia de voluntades entre los agentes sociales. En cualquier caso, no hay que perder la perspectiva de que la cláusula de descuelgue es un mecanismo que tiene por objeto la superación de crisis empresariales, por lo que requiere que estemos ante una empresa que está atravesando por una situación económica negativa; ante una situación deficiente que se agravaría con el mantenimiento del régimen salarial previsto en el convenio⁹.

¿Cuándo concurren causas económicas bastantes para el descuelgue? Son diversos los supuestos en que la Ley laboral invoca causas económicas como legitimadoras de medidas empresariales de ajuste; en esta misma Revista se estudian las suspensiones o extinciones contractuales. Suele aceptarse que el perfil conceptual de lo que sea una situación económica negativa puede variar sustancialmente dependiendo de la cesión que se pretenda adoptar y que ha de ser más rigurosa cuanto más drástica sea la consecuencia de ella derivada.

En el presente caso son muchas las opciones interpretativas posibles, aunque esa tipología puede reconducirse a la disyuntiva entre tesis flexibles y restrictivas: 1º) Desde presupuestos estrictos, el descuelgue salarial sólo cabe como medida paliativa, esto es, adecuada a los casos en que la empresa atraviese por una situación económica negativa y siempre que se acredite que ésta va a mejorar de modo relevante con la minoración retributiva impuesta a los trabajadores. 2º) Sin embargo, una interpretación amplia del concepto defiende que es indiferente la causa que produzca el daño a la estabilidad económica de la empresa "siempre se admitiría el descuelgue de la misma para con ello contribuir a su viabilidad"¹⁰, de modo que la situación económica de la empresa puede ser tratada también de forma preventiva, sin necesidad de que ya esté muy deteriorada sino simplemente amenazada.

Quizá no sea preciso decantarse con claridad por una de las dos opciones; sin que ello suponga bendecir el relativismo hermenéutico lo cierto es que la toma en consideración de la finalidad inherente al descuelgue salarial basta para rechazar las versiones más extremas de las dos posibilidades. Ni las inaplicaciones del régimen salarial por pura conveniencia, ni las restricciones a los supuestos en que la empresa esté al borde de la insolvencia.

La finalidad perseguida con tal descuelgue no puede ser otra que superar una situación económica negativa de la empresa; se trata de algo distinto a dotarla de una mayor competitividad en el mercado o ayudarla a adaptarse a los cambios operados en el mercado. La cláusula de descuelgue aparece como un mecanismo alternativo al despido amparado en causas económicas, lo que da una idea clara del alcance y

9. En los términos expresados por la STSJ Galicia de 26 enero 1996 (AS 1996, 13), se trata de no aplicar las tablas salariales cuando se den objetiva y fehacientemente situaciones de déficit o pérdidas.

10. AGUT GARCÍA, C., *La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, 1999, pág. 205.

contenido de la condición exigida; *si se trata de evitar despidos, también es razonable pensar que la exigencia de problemas puede tener un punto de menor intensidad*; si el presupuesto objetivo es coincidente, lo más probable (en términos de lógica económica) es que se opte por la medida más importante (reducción de plantilla).

La toma de posición flexible (que no errática) es la que debe permitir que el descuelgue salarial no constituya una vía fácil para abaratamiento de costes, ni una carrera de obstáculos tan inaccesibles como para impedir que cumpla su papel de *mal menor*, evitando despidos a cambio de sacrificios retributivos.

Actualidad de la situación económica.- Para que la estabilidad económica pueda verse dañada como consecuencia de aplicar el régimen salarial del convenio, ¿hemos de estar ya ante una realidad negativa o basta con que se avizore como un peligro probable? Al hilo de esta cuestión, atinente a la coetaneidad del escenario desfavorable y de los sacrificios salariales, en realidad, se reabre el ya mencionado debate entre tesis flexibles y restrictivas; puede, por tanto, volver a suscribirse la conveniencia de que los propios interlocutores sociales especifiquen la cuestión, pero también la necesidad de unas mínimas pautas interpretativas.

Desde luego, ello no ha sido óbice para que la doctrina mantenga distintas posturas acerca de las características que debe presentar la empresa que pretenda inaplicar el régimen salarial pactado en el convenio supraempresarial¹¹:

· Dada la conmutatividad del contrato de trabajo y la reciprocidad de las obligaciones de él derivadas, parece lógico que si hay un menor salario por un igual esfuerzo al precedente, eso se justifique por unas paralelas pérdidas o deficiencias en la marcha de la empresa. El descuelgue, por tanto, sólo cabe cuando la situación económica negativa de la empresa sea actual y real¹².

· Sin embargo, habida cuenta de que el mejor modo de defender los empleos es conjurar de raíz los problemas de la empresa, el aseguramiento de la estabilidad económica futura bien puede merecer una actual minoración de salarios. En consecuencia, la cláusula de descuelgue podría aplicarse también en los casos de un posible daño futuro para la estabilidad económica de la empresa¹³.

11. Una detallada exposición de las diferentes opciones doctrinales puede verse en AGUT GARCÍA, C.,—*La cláusula de descuelgue salarial*, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 219-233.

12. BAYLOS GRAU, A., Cláusulas de descuelgue en la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, 1994, Tomo I, pág. 329.

13. GARRIDO PEREZ, E., “Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria”, *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo I, pág. 376. También PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Mecanismos legales de descuelgue salarial”, *AL*, Tomo I, 1997, págs. 194-195.

En cualquier caso, conviene recordar que en última instancia la autorización para que una empresa inaplique el régimen salarial previsto en el convenio supraempresarial corresponde a quienes lo negocian, y en este punto debe tenerse en cuenta que aunque los convenios no pueden legalmente excluir de manera expresa la posibilidad de descuelgue salarial, sí pueden establecer los requisitos que consideren razonables.

Muestrario de cláusulas de descuelgue.- En su deseo de que la inaplicación del régimen salarial sea remedio último¹⁴, algún convenio colectivo advierte expresamente de que quedará inactiva cuando puedan operar otros instrumentos limitadores del crecimiento salarial en el ámbito de la empresa, como por ejemplo la compensación y absorción de salarios; para que se actúe así es imprescindible, eso sí, identificar las magnitudes por compensar y los límites hasta los que se desea llegar. Así, por ejemplo, el Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privados dispone que el sistema de inaplicación “no podrá operar cuando, con las mismas consecuencias para la situación de la Empresa, el importe de los incrementos salariales motivo de la inaplicación pueda ser objeto de absorción por aplicación del artículo 4.º del presente Convenio con los requisitos y presupuestos allí regulados. Sólo después de agotada esta posibilidad se iniciaría, en su caso, el trámite para la eventual aplicación de esta cláusula en la parte del incremento salarial no agotado por la absorción”.

En idéntico sentido dispone el Convenio colectivo nacional de los Servicios de Prevención Ajenos que “atendiendo al objeto causal del sistema de inaplicación regulado en el presente artículo, el mismo no podrá operar cuando, con las mismas consecuencias para la situación de la empresa, el coste de la adaptación de sus condiciones salariales anteriores a las previstas en el presente convenio puedan ser objeto de absorción por aplicación del artículo 5 con los requisitos y presupuestos aquí regulados”¹⁵. En la misma línea parecen situarse los convenios donde se pide que las empresas no abonen salarios superiores a los pactados en el convenio¹⁶. Sin necesidad de entrar ahora en el tema, sí conviene advertir que el respeto a las condiciones más beneficiosas casa mal con el descuelgue, por lo que en ocasiones se acepta que el segundo afecte a las primeras¹⁷.

14. MERCADER UGUINA, J.R., “Estructura de la negociación colectiva y salario”, en AA.VV., “*El contenido económico de la negociación colectiva* (J.R. MERCADER dir.), Colección de Informes y Estudios, núm. 72, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005, pág. 61.

15. BOE de 22 de octubre de 2007 y BOE 11 septiembre 2008, respectivamente.

16. III Convenio colectivo estatal de despachos técnicos tributarios y asesores fiscales (BOE 25 abril 2008).

17. Véase el supuesto y la doctrina de STSJ Cataluña 3 octubre 2006 (AS 2007, 2347).

Resulta bastante curioso que algún convenio colectivo supedite la posibilidad de recurrir al descuelgue salarial al requisito de que, antes de su solicitud, el empresario haya recurrido a las otras posibilidades para solventar la situación de crisis en la empresa que regula el Estatuto de los Trabajadores. En estos términos, el Convenio colectivo provincial para las empresas dedicadas al servicio discrecional de mercancías y otros modos de transporte de mercancías por carretera (larga distancia) de Cádiz (BO Cádiz 12 febrero 2009): “las empresas que deseen acogerse a la cláusula de descuelgue, tendrán que haber agotado otras posibilidades de recorte de pérdidas o disminución de la misma, garantizando, en todo caso, el empleo, como lo determinan los artículos 39, 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores”. Recuérdese que el artículo 41 ET no permite ni una disminución retributiva, ni siquiera una alteración sustancial del sistema de remuneración.

Vinculación a pérdidas precedentes.- Una parte importante de los convenios colectivos identifican la amenaza para la estabilidad económica con la situación de una empresa que presenta pérdidas, más o menos importantes en sus cuentas de explotación. Se acoge así la versión inicial del AMI, que es la más clásica o conservadora de las tesis y reserva la inaplicación salarial para los casos en que la empresa ya atraviesa serias dificultades, descartando su eventual función preventiva.

Las variantes de la formulación acogida, dentro de esta corriente interpretativa, surgen cuando se modula la prolongación de esas pérdidas, por lo general aludiendo a un determinado número de ejercicios contables:

- Con elevadas dosis de flexibilidad por parte de los trabajadores, a veces se legitima el descuelgue cuando la empresa acredita pérdidas en el ejercicio contable actual¹⁸.
- Otras veces se mide la concurrencia de la causa por lo acaecido “en el ejercicio contable anterior”¹⁹.

18. Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 31 de agosto de 2007). VI Convenio colectivo de Medianas Superficies de Alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (BO Castilla y León 29 febrero 2008).

19. Por ejemplo, véanse los siguientes convenios colectivos:

- II Convenio colectivo de Empleados de Notarías del Colegio de Madrid (BOE de 23 de febrero de 2007).
- Convenio colectivo estatal del ciclo de comercio de papel y artes gráficas (BOE de 26 de febrero de 2007). Convenio colectivo de perfumería y afines (BOE de 23 de agosto de 2007).
- Convenio colectivo de trabajo para el sector de masas congeladas de Cataluña para los años 2008-2010 (DO Generalidad de Cataluña 18 febrero 2009).
- Convenio colectivo de trabajo para el sector del comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio, para los años 2007-2009 (DO. Generalidad de Cataluña 20 febrero 2008).
- Convenio colectivo de eficacia limitada regulador del Sector del Metal de las Islas Baleares (BO Illes Balears 9 septiembre 2008).

- Reproduciendo el criterio del AMI, con frecuencia se reserva el descuelgue para las empresas que acrediten pérdidas en los dos ejercicios contables anteriores²⁰;
- O los dos ejercicios inmediatamente anteriores a cada uno de los años de vigencia del convenio²¹;
- Tampoco faltan los supuestos en que se endurece un poco la exigencia, al proyectarla sobre los tres ejercicios contables anteriores²².
- A la exigencia de acreditar pérdidas mantenidas en un número determinado de ejercicios económicos, algún convenio añade que se mantenga una “tónica pare-

20 . Entre otros muchos, hay ejemplos de este criterio en los siguientes convenios colectivos:

- Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 4 de enero de 2007). III Convenio colectivo General Estatal del Corcho (BOE de 9 de enero de 2007).
 - I Convenio colectivo Interprovincial de Empresas de Centros de Jardinería (BOE de 28 de abril de 2007).
 - I Convenio colectivo marco estatal de acción e intervención social (BOE de 19 de junio de 2007).
 - V Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y artes aplicadas y oficios artísticos (BOE de 2 de julio de 2007).
 - III Convenio colectivo estatal de las industrias de captación, elevación, conducción, tratamiento, distribución, saneamiento y depuración de aguas potables y residuales (BOE de 24 de agosto de 2007).
 - XV Convenio colectivo de la industria química (BOE de 29 de agosto de 2007).
 - Convenio colectivo del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 3 de septiembre de 2007).
 - Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de mediación en seguros privados (BOE de 22 de octubre de 2007).
 - III Convenio colectivo estatal de la madera (BOE de 7 de diciembre de 2007).
 - Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 4 de noviembre de 2008).
 - Convenio colectivo de la empresa Acuicultura Marina de Andalucía (BO Junta de Andalucía 22 octubre 2008).
 - Convenio colectivo del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia (BO Comunidad de Madrid 22 diciembre 2008).
 - Convenio colectivo de trabajo para el sector de cueros, repujados, marroquinería y similares para los años 2008-2010 (BO Generalidad de Cataluña 26 noviembre 2008)
21. Convenio colectivo del sector de Abogados, Procuradores y Graduados Sociales de Cantabria (BO Cantabria 30 julio 2008). Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón (BOE 30 enero 2008).
22. Véanse:
- Convenio colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Valencia (BO Valencia de 18 de noviembre de 2008).
 - Convenio colectivo de Trabajo para el sector «Almacenistas de Frutas, Verduras, Patatas y Plátanos», de Navarra (BO Navarra 21 marzo 2008).
 - Convenio colectivo del sector de oficinas y despachos (BO A Coruña 10 noviembre 2008).
 - Convenio colectivo de trabajo del sector «Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Badajoz» (DO Extremadura 7 enero 2009)

cida en las previsiones del ejercicio en curso”²³, o, en similares términos, que “no existan previsiones razonables de mejoría en el futuro inmediato”²⁴.

A lo anterior, añaden algunos convenios que los problemas económicos que afecten a las empresas que solicitan el descuelgue no sean imputables al propio empresario; de serlo, ya no se admitiría el descuelgue salarial. Así, las referencias concretas que contienen los convenios colectivos son a:

- Problemas económicos, no derivados de errores de gestión²⁵;
- Resultados económicos negativos derivados de políticas financieras o extraordinarias²⁶;
- No aplicación de tarifas temerarias²⁷.

El nivel de exigencia en cuanto a la causa que debe concurrir se amplía en algunos convenios colectivos, que prevén no sólo que la empresa se encuentre en situación económica de pérdidas, sino que concurren otras causas, reconocidas y constatadas que puedan afectar a su competitividad de las mismas²⁸.

Vinculación al empleo y a los despidos económicos.- Puesto que la lógica legislativa implícita del descuelgue es la de intercambiar restricción retributiva por mantenimiento del empleo, nada extraña que los convenios colectivos expliciten alguna consecuencia concreta al respecto.

23. Véanse los siguientes convenios colectivos

- VI Convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada (BOE de 30 de junio de 2007).
- VI Convenio colectivo de Colegios Mayores Universitarios (BOE de 24 de octubre de 2007).
- Convenio colectivo de la empresa Acuicultura Marina de Andalucía (BO Junta de Andalucía 22 octubre 2008).
- Convenio colectivo de trabajo para el sector de masas congeladas de Cataluña para los años 2008-2010 (DO Generalidad de Cataluña 18 febrero 2009).
- Convenio colectivo de trabajo para el sector del comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio, para los años 2007-2009 (DO. Generalidad de Cataluña 20 febrero 2008).

24. En este sentido pueden verse:

- V Convenio colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y artes aplicadas y oficios artísticos (BOE de 2 de julio de 2007).
- Convenio colectivo del sector de harinas panificables y sémolas (BOE de 3 de septiembre de 2007).
- Convenio marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 4 de noviembre de 2008).

25. Convenio colectivo del sector de industria de panadería de Alicante (BO Alicante 15 julio 2008).

26. Convenio colectivo del sector de industria de panadería de Alicante (BO Alicante 15 julio 2008).

27. Convenio colectivo de trabajo del sector «Transporte de mercancías por carretera de la provincia de Badajoz» (DO Extremadura 7 enero 2009).

28. II Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2007).

Así sucede cuando se precisa que tras la regulación del descuelgue salarial subyace no sólo la viabilidad de la empresa, sino también la intención de preservar el empleo²⁹ en sus niveles actuales³⁰, o sencillamente el mantenimiento del trabajo sin especificar nivel alguno³¹; convirtiéndose en un condicionante de la inaplicación la necesidad de que para “valorar la situación habrá de tenerse en cuenta circunstancias tales como el insuficiente nivel de ocupación”³²; de ahí deriva la necesidad de admitir la reducción salarial a la vista de las previsiones de mantener el empleo; qué sucederá si la empresa no sólo se acoge al descuelgue sino que también despide por causas económicas es algo ajeno a las previsiones del convenio pero no al observador.

Las mismas dudas, al tiempo que comprensión, suscita la admisión del descuelgue atendiendo a que “una empresa prevea a lo largo de la vigencia de este Convenio que tiene que adoptar medidas para la amortización de puestos de trabajo a través de expediente de regulación de empleo o a través de lo dispuesto en el artículo 52 c) del ET”³³. Lo mismo puede decirse de los supuestos en que la operatividad de la figura se supedita a que “concurran circunstancias que pongan en peligro el mantenimiento del nivel de empleo”³⁴.

Cambio en el convenio aplicable en la empresa. - Los problemas económicos en la empresa, susceptibles de generar el descuelgue salarial, pueden venir motivados, precisamente, por el hecho de que se haya producido un cambio en el convenio colectivo aplicable en el ámbito de esa empresa. Planteada la cuestión en tales términos, ningún problema parecería derivarse de tal previsión, pues, por una parte, sabido es que el convenio colectivo posterior deroga al anterior por lo que no habría problemas de posible concurrencia de convenios. Por otra, terminada la vigencia de un determinado convenio colectivo, la negociación del nuevo, con las condiciones

29. IV Convenio colectivo nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26 de febrero de 2007)

30. II Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria (BOE de 13 de enero de 2007). VI Convenio colectivo de Medianas Superficies de Alimentación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (BO Castilla y León 29 febrero 2008).

31. Convenio colectivo de trabajo para el sector del comercio de Cataluña para subsectores y empresas sin convenio propio, para los años 2007-2009 (DO. Generalidad de Cataluña 20 febrero 2008).

32. Convenio colectivo de Trabajo de Hostelería (BO. Región de Murcia 15 marzo 2008).

33. Convenio colectivo del Sector de Embotellado y Comercio de Vinos, Licores, Cervezas y Bebidas de Todo Tipo para Cantabria (BO 20 de noviembre de 2008). Para valorar si concurre esta causa la Comisión Paritaria “requerirá a la empresa solicitante una Memoria explicativa de la marcha concreta de la empresa, tanto desde el punto de vista económico como organizativo en el momento de la solicitud, donde se demuestre la idoneidad de las medidas de no aplicación económica del Convenio durante un período no superior a doce meses, para proteger el empleo”.

34.. I Convenio colectivo estatal de empresas de reparto sin direccional (BOE de 17 de julio de 2007).

económicas y salariales que se pacten, sería el presupuesto que pondría en marcha el mecanismo para la solicitud del descuelgue: imposibilidad de aplicar los nuevos salarios o su incremento so pena de ver dañada la estabilidad económica de la empresa.

Los problemas, relativos a la determinación de la concurrencia de las causas y de los plazos a seguir pueden venir motivados por el cambio, impuesto judicialmente, en el convenio que resulta de aplicación en el ámbito de la empresa que pretende descolgarse.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 27 enero 2005³⁵ resolvió el problema derivado de la declaración de nulidad de un convenio extraestatutario que se aplicaba en una empresa y su sustitución por el correspondiente convenio colectivo de ámbito nacional. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2003 (RJ 2003, 3372) había declarado la nulidad del convenio colectivo de eficacia limitada que antes se aplicaba en la empresa, sustituyéndolo por el convenio colectivo estatal de eficacia general. Aunque había establecido de forma expresa la corrección de las posibles disfunciones que pudiera provocar la sentencia en el aspecto económico de las empresas afectadas por la anulación; corrección que, conforme a la propia sentencia, podría llevarse a cabo acudiendo al procedimiento del descuelgue salarial. Planteada la cuestión en tales términos, y reconocido el derecho de la empresa a instar el descuelgue, la segunda cuestión que se planteaba era la relativa al procedimiento y plazos para aquél. Sobre esta cuestión, entendió el Tribunal Superior de Justicia que había que estar a las normas específicas de procedimiento fijadas en el convenio colectivo aplicable, aunque ajustando los plazos para instar el descuelgue a la situación provocada por la declaración de nulidad del convenio extraestatutario. Así, a pesar de haber transcurrido el plazo fijado para la solicitud del descuelgue salarial, concurriendo las causas habilitantes del mismo, el plazo fijado debe computarse desde que la empresa estuvo en disposición de solicitar el descuelgue salarial: desde la notificación de la Sentencia del Tribunal Supremo que declaró la nulidad del convenio extraestatutario.

Un problema similar al anterior es el que resuelve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 junio de 2002³⁶. En este caso se partía de un supuesto distinto, al fundarse el recurso en la existencia de un acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, de cuatro años de vigencia, suscrito al amparo del convenio colectivo que en su momento estaba vigente. Negociado el nuevo convenio colectivo aplicable en la empresa y terminada la vigencia del acuerdo adoptado entre empresario y representantes de los trabajadores, se plantea la posibilidad de nuevo descuelgue, a lo que alega por la sentencia que

35. AS 2005, 234.

36. AS 2003, 2298.

desde el momento de la pérdida de vigencia del acuerdo “debía seguirse el procedimiento de descuelgue previsto en el Convenio Nacional, y al no constar nuevo acuerdo entre la recurrente y los representantes legales de la empresa para solicitar el descuelgue, ni tampoco consta la prórroga del anterior (É) no habiéndose seguido el procedimiento fijado en el mismo para el descuelgue y habiendo quedado sin vigor el acuerdo empresarial sobre exclusión”.

Causas abiertas.- Habida cuenta de las dificultades aplicativas con que tropieza la mayoría de las fórmulas de descuelgue, tampoco extraña que a veces se haya optado por acudir a una fórmula abierta, entendiéndose conjurados sus peligros por la necesidad de que sobrevenga el acuerdo de los afectados. Así, cuando se acepta que la Comisión Paritaria del convenio pueda valorar otras circunstancias distintas a las previstas expresamente para las empresas que tengan situaciones de especial dificultad³⁷.

Algunos convenios se refieren de forma genérica a la concurrencia de “razones económico-financieras”, fórmula que parece contar con cierto predicamento³⁸ pero que no parece aportar especial claridad y concisión.

Por otra parte, es posible encontrar convenios colectivos que junto a causas justificativas del descuelgue salarial perfectamente delimitadas, incluyen causas abiertas en las que puede tener cabida cualquier necesidad económica de la empresa. Frente a las alegaciones de indeterminación de causas de ese tipo por parte de quienes se oponen al descuelgue, ya la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 25 septiembre (AS 1997, 3018), estableció que “cuando se alude a otras causas económicas, no contempladas en los párrafos precedentes, que puedan derivar en una situación crítica análoga a las descritas, se está haciendo una referencia explícita a las anteriores causas, que debe ser, por tanto, de entidad similar a las anteriores, y, además, en todo caso la solicitud formulada por ese conducto debe venir avalada por la documentación que a continuación se describe en dicho artículo, igual para todos los casos contemplados como base para pedir el descuelgue”.

Cláusulas rigurosísimas.- Sumamente restrictivo, hasta el punto de hacer prácticamente inaplicable las cláusulas de descuelgue, es algún convenio que condiciona la aplicación de la cláusula a que no sea posible acudir a otros mecanismos

37. Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (BOE de 4 de enero de 2007).

38. VI Convenio colectivo estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE de 17 de enero de 2007). IV Convenio colectivo de ámbito nacional para el Sector de Aparcamientos y Garajes (BOE de 17 de marzo de 2007). Convenio colectivo estatal para las empresas y trabajadores de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE de 16 de noviembre de 2007).

para salvar la situación de crisis en la empresa. Esta línea de exigencia aparece cuando se exige que las empresas acrediten “que el cumplimiento de las condiciones económicas establecidas en este capítulo del presente convenio, les llevaría inevitablemente al cierre definitivo de la empresa”³⁹; o cuando se trate de supuestos en los que de no aplicarse el descuelgue salarial se ponga en peligro la viabilidad de la empresa⁴⁰. La verdad es que en casos similares los negociadores parecen haber tensado demasiado la cuerda de las exigencias materiales, al tiempo que sobrevalorado la virtualidad del descuelgue; si la empresa está en situación tan crítica que cumplir el convenio la lleva *inevitablemente* a su cierre, mal puede esperarse que sólo con reducción salarial todo se arregle.

Cláusulas mixtas. - Los convenios colectivos también asumen en ocasiones un papel activo y realmente eficaz en la concreción de los presupuestos operativos del descuelgue. Así sucede cuando identifican sus requisitos como situaciones concursales o de insolvencia, reducciones de plantilla porcentualmente relevantes o siniestros de gran alcance⁴¹.

Una clara muestra de esta evolución y de la finura que pueden acabar asumiendo los propios convenios colectivos la constituye el caso en que se configuran como situaciones habilitantes para la solicitud del descuelgue salarial las dos modalidades siguientes⁴²:

39. V Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE de 1 de abril de 2008).

40. Conteniendo esta previsión:

- Convenio colectivo de la empresa del sector del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública mediante control horario y cumplimiento de las Ordenanzas de Aparcamientos en la Comunidad Autónoma (BO Junta de Andalucía 26 septiembre 2008).
- Convenio colectivo de trabajo para el sector de masas congeladas de Cataluña para los años 2008-2010 (DO Generalidad de Cataluña 18 febrero 2009).
- Convenio colectivo del sector de Industrias Panaderas de Jaén (BO Jaén 24 febrero 2009).
- Convenio colectivo del sector de Comercio de Ganadería de Salamanca (BO Salamanca 1 septiembre 2008).

41. Por ser muy detallado resulta de interés examinar el IV Convenio colectivo general del sector de derivados del cemento (BOE de 18 de octubre de 2007), que enumera todos y cada uno de los supuestos susceptibles de autorizar el descuelgue “(a) Cuando la empresa se encuentre en situación legal de concurso de acreedores o cualquier otro procedimiento que haya declarado la situación de insolvencia provisional o definitiva de la empresa, siempre que no exista ningún expediente de regulación de empleo por estas causas; (b) Cuando la empresa se encuentre en expediente de regulación de empleo que afecte, al menos, al 20% de la plantilla, originado por causas económicas, y siempre que hubiera sido aceptado por los representantes legales de los trabajadores; (c) Cuando la empresa acredite, objetiva y fehacientemente, situaciones de pérdidas de explotación que afecte sustancialmente a la estabilidad económica de la empresa en los dos ejercicios contables anteriores al que se pretende implantar esta medida; (d) Cuando se presente, en la empresa afectada, el acaecimiento de un siniestro o siniestros cuya reparación suponga una grave carga financiera o de tesorería”.

42. Se trata del XIII Convenio colectivo interprovincial de empresas para el comercio de flores y plantas (BOE de 22 de julio de 2008).

- Situaciones de déficit o pérdidas, objetiva y fehacientemente acreditadas en los dos últimos ejercicios contables. Asimismo se tendrá en cuenta las previsiones del año en curso.

- Sociedades que se encuentren incluidas en las causas de disolución legal siguientes: pérdidas que dejen reducido el patrimonio o una cantidad inferior a la mitad del capital social; reducción del capital social por debajo del límite legal, cuando la reducción venga impuesta legalmente; concurso de acreedores, quiebra o suspensión de pagos.

- Empresas a las que sobreviniera alguna causa que afecte notablemente al ejercicio de su actividad⁴³.

- Insuficiente nivel de producción y ventas, realización de las mismas⁴⁴.

Grupos de empresas. - En el caso de empresas integradas en un grupo se entiende que concurre la causa que justifica el descuelgue salarial aun cuando la afectación económica negativa a la que se refiere el artículo 82.3 ET se refiera sólo a una de las empresas integrantes. El hecho de que haya obligación de presentar cuentas consolidadas en el ámbito del grupo de empresas, no es óbice para que pueda aplicarse la cláusula de descuelgue salarial, pues “la presentación de las cuentas consolidadas a efectos contables del grupo (É), no afecta a la personalidad jurídica autónoma de la misma, no sustituible por la personalidad laboral del grupo en su conjunto, cuando claramente aparecen patrimonios, direcciones, actividades y trabajadores separados. Como tal sociedad mercantil la demandada puede contratar personal laboral, promover regulación de empleo ejercer sus deberes y derechos laborales, sufrir suspensión de pagos o quiebra, sin que por ello trascienda a las otras empresas respecto de las cuales es accionista”⁴⁵. A efectos de determinar la responsabilidad de las empresas integrantes de un grupo frente a terceros, no tienen una relevancia absoluta los vínculos societarios entre aquellas pues éstos no interfieren en la plena e independiente personalidad jurídica de cada una de las sociedades ni en la vinculación laboral de los trabajadores adscritos a ellas, aún cuando puedan existir directrices concordadas en aspectos económicos, de mercado, etc.; así como la responsabilidad solidaria de las empresas integrantes de un grupo en el caso en que concurren los siguientes elementos: a) prestaciones laborales indiferenciadas; b) confusión de patrimonios sociales; c) la apariencia externa unitaria; y d) la dirección unitaria. Pues la mera obligación de presentar cuentas consolidadas no implica demostración alguna de tales elementos⁴⁶.

43. Convenio colectivo para empresas y trabajadores de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León (BO Castilla y León 18 abril 2008).

44. Convenio colectivo del Sector de Aceites y Derivados de Toledo (BO Toledo 28 agosto 2008).

45. STS de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4275). Véase el comentario de TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., “Descuelgue salarial y grupos de empresa”, *Aranzadi Social*, 1998, Vol. V, págs. 461-472.

46. STS de 20 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4275).

Así, de no acreditarse la concurrencia de los elementos antes señalados, el hecho de que la empresa esté integrada en un grupo y que deben presentar cuentas consolidadas no impide que la pueda solicitar la inaplicación salarial si cumple los requisitos a los que aquélla se condiciona. En particular, conforme a las previsiones de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de noviembre de 2006, “como sociedad mercantil, la demandada puede contratar personal laboral, promover regulación de empleo, ejercer sus deberes y derechos laborales, sufrir suspensión de pagos o quiebra, sin que por ello trascienda a las otras empresas respecto de las cuales es accionista. Consecuentemente, analizada la situación individual de la empresa accionante, y acreditado palmariamente las pérdidas que presenta, puede perfectamente acogerse a la cláusula de descuelgue salarial pactada en el Convenio colectivo”⁴⁷.

En definitiva, si como establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1995 (RJ 1996, 1003) si se rechaza la pretendida existencia de un grupo, acreditándose las “pérdidas sufridas por la empresa rectora en los ejercicios previstos, concurren las circunstancias respecto a la facultad empresarial de descuelgue”. Aunque la solución debe ser la contraria si el grupo actúa como único empresario frente a los trabajadores. El propio Tribunal Supremo hubo de enfrentarse con este problema (si procedía la inaplicación salarial respecto de los trabajadores de una de las empresas del grupo) y acogió su conocida tesis *laboralista*, de forma que lo decisivo no es la apariencia externa del conglomerado empresarial, su consideración mercantil o tributaria, sino la determinación de si concurren sus presupuestos laborales (operando frente a los trabajadores como empresario real y único, desplazando internamente al personal, con dirección unitaria, con caja única, etc.); si el grupo de empresas cumple con los requisitos marcados en el convenio para que proceda el descuelgue, no quedará más remedio que permitir el mismo respecto de cada una de las empresas incluidos en su campo de aplicación⁴⁸.

Empresas multiconvenio.- Del mismo modo que se ha examinado el supuesto del descuelgue salarial en el caso de una empresa integrada en un grupo, debe

47. AS 2006, 283.

48. Como estableció la STS de 9 de junio de 1995 (RJ 1995, 4885), si el grupo tiene pérdidas en las condiciones exigidas en el convenio, la empresa real las tiene en esas condiciones, “pues si toda la construcción del grupo de empresas tiene por objeto adecuar a los términos reales, económicos y organizativos la efectividad del empresario, levantando el velo de la ficción jurídica, es obligado seguir el mismo criterio a la hora de calificar la marcha económica de la empresa, y el que las diversas empresas del grupo estén sujetas a diversos convenios no es óbice para valorar económicamente al grupo como una unidad, único extremo a tener en cuenta para la aplicación (de la cláusula de descuelgue salarial)”.

En el mismo sentido véanse STSJ Aragón 30 octubre 1999 (AS 1999, 3382) y STSJ Cataluña 18 noviembre 2005 (AS 2006, 283).

repararse en el de empresas en las que son de aplicación distintos convenios colectivos; eso abre múltiples hipótesis acerca de cómo proceder, puesto que en esas normas sectoriales la regulación del descuelgue puede ser también muy heterogénea. ¿Qué hacer entonces?

La respuesta más lógica lleva a pensar que el descuelgue de cada grupo o conjunto homogéneo de trabajadores sólo puede proceder respecto del convenio que se le viniera aplicando y cumpliendo los requisitos en él contenidos. Esa elemental regla hay que tenerla muy en cuenta para evitar que las reglas previstas en uno de los convenios acaben determinando lo que sucede con el contenido de otros, lo que resulta inadecuado e imposible. Por ejemplo, cuando se prescribe que en “empresas con centros de trabajo afectados por distintos Convenios colectivos de ámbito territorial inferior al presente (nacional), el conocimiento y tratamiento del mismo corresponderá a la Comisión paritaria nacional, cuando el descuelgue salarial afecta a varios centros de trabajo sujetos a diferentes Convenios colectivos”⁴⁹.

Este es, por ejemplo, el caso de los trabajadores contratados por empresas de trabajo temporal, para las que se establece la posibilidad de inaplicación salarial a cualquier empresa incluida en el ámbito del convenio pero sólo “para el personal de estructura”⁵⁰.

Valoraciones. - El rigor que muchos convenios exigen para que el descuelgue sea posible casa mal con el papel de *válvula de seguridad* asignado por el ET a este remedio; si sus presupuestos coinciden con los del despido económico, lo más probable es que el empleador opte por esta otra medida y acabemos perdiendo empleos en lugar de poder adquisitivo. Por ello, debería facilitarse el recurso al descuelgue salarial a través de la simplificación de los procedimientos regulados en los convenios, debería también facilitarse el acceso a este mecanismo a empresas que aunque pertenezcan a un grupo acrediten la concurrencia de los requisitos establecidos y, en fin, como se ha señalado en la circular para la negociación colectiva suscrita por CEOE y CEPYME para el año 2009, deberían eliminarse las rigideces y exigencias excesivas ya que la consecuencia inmediata puede pasar por que los empresarios opten por “utilizar los procedimientos concursales, previstos en la legislación mercantil, como medio para favorecer el descuelgue de empresas, sustituyendo el cumplimiento de lo estipulado en el convenio, por el acuerdo o compromiso singular en la empresa, entre ésta, los acreedores y los representantes de los trabajadores”. No se trata de que las empresas abusen de la institución, sino de que ésta cumpla su misión: mantener el empleo aunque con menores retribuciones.

49. IV Convenio colectivo nacional para el sector de Auto-Taxis (BOE de 26 de febrero de 2007).

50. V Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal (BOE de 8 de febrero de 2008).

Probablemente, sólo un sistema maduro de relaciones laborales, presidido por la lealtad de los interlocutores sociales, es el que puede propiciar el juego de la inaplicación salarial cuando resulta eficaz, no más tarde; con las lógicas contraprestaciones para los perjudicados, comenzando por el control (directo o indirecto) de los requisitos y concluyendo con la recuperación del nivel retributivo (y de las cantidades minoradas) tan pronto como sea posible. Mientras, quizá la salida menos traumática para la crisis empresarial debería orientarse hacia los expedientes de regulación de empleo de carácter suspensivo.

3. EL DEBATE SOBRE EL DESPIDO Y SU INDEMNIZACIÓN

Como corresponde a la difícil coyuntura en que nos encontramos, durante las últimas semanas se ha replanteado la conveniencia de *rebajar la indemnización por despido*; los partidarios de esa medida entienden que con ella las empresas se animarían más fácilmente a la creación de empleo y aducen que 45 días por año es un coste excesivo para los ajustes de plantilla; los detractores entienden que la concesión de más facilidades en la fase extintiva del contrato de trabajo sólo serviría para aumentar el desempleo y la precariedad.

La patronal madrileña (postulando la creación de un *contrato de crisis*), el Gobernador del Banco de España (con menor claridad y bastante prudencia), diversos organismos internacionales (cobijados a veces bajo siglas equívocas), amplios sectores de pensamiento económico (con abundante cita de datos comparados) o diversos *expertos* en relaciones laborales vienen planteando la necesidad de rebajar el coste de la indemnización por despido como una de las medidas convenientes (en este caso, no secundaria) *para contribuir a la creación de empleo*. Bordeando la polémica, por el momento, interesa realizar algunas advertencias para centrar el debate y que realmente pueda ser útil.

APORÍAS Y TEORÍAS.- Las relaciones sociolaborales difícilmente se someten a las predicciones o leyes elaboradas por los estudiosos; de este modo, *es perfectamente sostenible que* la rebaja de la indemnización por despido sería *decisiva en la generación de empleo neto*, pero también que sólo serviría para facilitar la destrucción de muchos puestos de trabajo.

La defensa de las propias posiciones lleva incluso a que, en ocasiones, no se argumente frente a las opuestas sino que se las ridiculice; frente al diálogo de sordos, la mejor receta es el diálogo social auténtico o la *honesto confrontación de ideas* (políticas, económicas, normativas, aplicativas, etc).

Si se pretende, de buena fe, contribuir a *dinamizar nuestra depauperada economía* mediante la *flexibilización* del coste del despido carece de sentido

responder que eso sólo serviría para llevar al paro a mayor número de personas, porque el problema es que ya hay muchísimas de ellas en tal situación.

Si se entiende, sinceramente, que el coste de la indemnización por despido sirve *para frenar extinciones contractuales* tampoco es concordante que se responda que somos el país donde resulta más caro, porque en otros muchos indicadores (temporalidad, productividad, cotizaciones, impuestos, seguridad jurídica, tiempos judiciales, economía sumergida, etc.) también hay diferencias relevantes y deberían ajustarse simultáneamente.

EL TRUCO DE LA FALSA TEMPORALIDAD.- Son numerosas y tradicionales las protestas frente a diversos aspectos de la regulación sobre el despido (cuantías indemnizatorias elevadas, trámites lentos, intervencionismo administrativo politizado, control judicial desenfocado, etc.). Pero también la advertencia de que el *abuso de la contratación temporal subsiste* pese a todos los mensajes que el ordenamiento laboral viene emitiendo para variar el rumbo; ese fenómeno (complejo, pluricausal) encuentra una de sus raíces en la convicción empresarial de que es mejor llevar a cabo el ajuste de plantillas a través de esa anómala vía (acordando o no renovaciones contractuales) que por la lógica de las extinciones. De este modo surge *cierta irregularidad: los problemas que teóricamente constituyen causa de despido* (colectivo, objetivo, disciplinario) frecuentemente no se resuelven de tal modo sino que *encuentran una salida alternativa* en la expiración contractual por la llegada del término fijado, bien que muchas veces el mismo viniera establecido tras haber violentado el alcance de las normas sobre duración contractual.

EL PARÁMETRO DE LOS 45 DÍAS.- Ya se ha aludido a la recurrente argumentación de que el coste del despido está sobredimensionado, por referencia a los 45 días/año (con un máximo que sólo se alcanza a los 28 de antigüedad en la empresa). Sin embargo, lo cierto es que cuando la empresa no precisa de sus empleados, se permite el despido con el abono de 20 días/salario por año (con un máximo de 12 mensualidades).

Hay que admitir, naturalmente, la discusión acerca del acierto de tales cifras pero también estimular la reflexión sobre *el modo en que se vienen aplicando las causas de despido* por razones ajenas a la voluntad del trabajador; la generalizada opinión de que entre todos (legislador, jueces, doctrina, agentes sociales, Administración) las hemos reinterpretado de manera demasiado restrictiva lleva a que se propicien los pactos extintivos por encima del mínimo legal o a que, directamente, la empresa desee evitar toda incertidumbre y presente como impropio lo que ella considera que es una extinción necesaria por razones objetivas.

El Derecho del Trabajo fracasa cuando se está abriendo un debate sobre si la indemnización de 45/días años constituye un coste excesivo. Se trata de la cuantía

que debe satisfacer la empresa cuando ha puesto término al contrato de trabajo mediante un acto ilícito, ilegal, abusivo, contrario a Derecho, arbitrario, innecesario, injustificado, irregular, improcedente.

Si lo que buscamos es que la empresa que atraviesa dificultades pueda poner término al contrato de trabajo de modo razonable no hemos de mirar a los cuarenta y cinco días sino a los veinte (o doce). Si existen verdaderas causas de despido y el mismo no encuentra salida razonable (en tiempo, forma y costes) es que algo falla; pero rebajar el coste del despido improcedente *no equivale a resolver el problema*, sino a disolverlo; es como se está maltrecha una vía de circulación y en lugar de repararla construimos otra que da un rodeo.

El despido nulo y la indemnización elevada del improcedente constituyen medidas protectoras del trabajador injustamente expulsado de la empresa; el despido objetivo o colectivo atiende a la necesidad de conjugar intereses de asalariado y empleador. Antes de alterar los pesos de un lado de la balanza vale la pena meditar sobre sus consecuencias. Si falla la aplicación del despido objetivo o del colectivo, no es muy académico resolver la cuestión alterando las consecuencias del improcedente.

¿Despido libre? Cualquier conocedor del terreno laboral sabe que está afectado por diversas distorsiones tanto normativas cuanto funcionales. Una de ellas deriva del juego conjunto de las reformas legales de 1994 y de la interpretación jurisprudencial acerca de la imposibilidad de considerar como nulo, por fraudulento, *un despido claramente desprovisto de causa*. Cuando no concurren circunstancias que permiten calificar un despido como propiamente nulo, el Tribunal Supremo descarta que pueda accederse a tal resultado por la vía del *fraus legis*. Con independencia de que se comparta la crítica a esa tesis lo cierto es que si unimos tal resultado a la construcción derivada de la Ley 45/2002 (efectos del reconocimiento de la improcedencia del despido y pago inmediato de la indemnización) luce con más claridad que nunca la idea de que la lista de las causas extintivas contenida en el artículo 49 ET resulta, a efectos prácticos, completada por otra que responde a la siguiente formulación virtual:

“Por la voluntad del empresario, mediando el abono de la indemnización correspondiente al despido improcedente y salvo que el supuesto debiera de calificarse como despido nulo”

Siendo evidente que esa causa de extinción del contrato de trabajo no se halla en la lista del artículo 49 ET (ni en la de ningún otro precepto) también resulta cierto que el estado de la cuestión se aproxima mucho a lo que sucedería si sucediese lo contrario. ¿Significa eso que tenemos el despido libre? ¿Protestan las empresas frente a la rigidez extintiva como estrategia? ¿Tienen razón las entidades que reclaman mayor flexibilidad en los costes extintivos? ¿Están en lo cierto los sindicatos que arremeten contra el actual diseño normativo del despido?

*Si a la polémica sobre el despido libre la despojamos de sus elementos ideológicos y políticos, lo que quizá ni siquiera sea posible, probablemente podría

situarse el punto de partida de la discusión en la precedente constatación: a salvo supuestos de vulneración de derechos fundamentales (y análogos) *la voluntad patronal es bastante para extinguir una relación laboral*; puesto que ello no constituye justa causa de despido, lo que sucede es que la empresa que actúe de tal modo ha de resarcir al trabajador con la indemnización tasada del artículo 56.1.a ET. Partiendo de esa realidad quizá podrían formularse las respectivas posiciones con mayor claridad, inclusive la que entiende que un despido improcedente sin devengo de salarios de tramitación colisiona con el contenido esencial de los derechos a la tutela judicial efectiva y al trabajo.

*En el momento de escribir estas líneas (junio de 2009) el Gobierno socialista ha reiterado su deseo de no volver a transitar por el camino de las reformas laborales impuestas así como su voluntad de asumir los grandes acuerdos a que lleguen trabajadores y empleadores. No se sabe si puede surgir un nuevo consenso para acrecentar *la estabilidad* en el empleo (reduciendo de una vez las escandalosas tasas de temporalidad), *flexibilizar* la extinción contractual cuando realmente existan causas económicas u organizativas (reduciendo la intervención administrativa o judicial), mantener la indemnización para los despidos improcedentes (así como la hipocresía silenciosa del artículo 49 ET) y mejorar el tránsito desde el paro a la nueva ocupación (así como la protección por desempleo).

Conviene recordar también la enorme trascendencia práctica de la *construcción jurisprudencial* sobre el despido (primero “radicalmente”) nulo o las aludidas posturas sobre despido fraudulento. Además, en ocasiones viejos preceptos son reinterpretados a la luz de nuevas realidades; a título de ejemplo puede citarse la STJCE de 18 marzo 2004 (caso Paz Merino; asunto C-342-01), reconociendo el derecho de la trabajadora a disfrutar su descanso anual en período distinto al del permiso por maternidad, incluso en el caso de que éste se hubiera superpuesto a los turnos vacacionales fijados para el conjunto de la plantilla. ¿Quién puede asegurar que en fecha próxima no ocurra igual?

Sin que se equiparen en relevancia a los cambios legislativos, lo cierto es que las sentencias que han precisado *algunos extremos sobre el régimen del despido* también contribuyen de modo relevante a determinar su nivel de flexibilidad y avivan la interminable polémica sobre si hay que cambiar algo y en qué sentido. Por ejemplo, el Tribunal Supremo es el que ha explicado que un despido basado en la enfermedad (o en las ausencias que propicia) no es nulo sino improcedente; que los salarios de tramitación pueden paralizarse hasta el momento de la conciliación judicial (no sólo la administrativa); que paraliza esos salarios de tramitación el abono de la indemnización en metálico o con cheque bancario, pero no por transferencia; etc. Atención, por tanto, no sólo a la snormas sino también a su interpretación.

El aparente triunfo de los 45 días.- Viene diciendo el artículo 51 ET que las extinciones del contrato de trabajo acaecidas “por iniciativa del empresario por motivos

no inherentes a la persona del trabajador” (cuando al menos sean cinco) se computarán a los efectos de determinar si estamos ante un despido colectivo; los despidos económicos que no se ajusten a los requisitos de forma (autorización administrativa incluida) se consideran nulos (art. 124 LPL), al igual que los despidos objetivos por causas económicas con similares defectos de forma (art. 53.4 ET).

Sin embargo, varias sentencias de la Sala Cuarta sostienen que los despidos colectivo u objetivo exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y que si no existe ni aparece ninguna de estas causas tampoco puede apreciarse la existencia de estos particulares despidos. Ello significa que “para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el 51.11 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción”.

Algunos EREs son pactados con indemnizaciones superiores a los 45 días de indemnización, entre otras cosas, porque las empresas (si se lo pueden permitir) *desean evitar el riesgo* de que los despidos se declaren nulos, de que la Autoridad Laboral no autorice las extinciones contractuales o, incluso, de que la autorización sea luego anulada por los Tribunales. Surge, así, una cruda pregunta: ¿pueden entender las empresas que es posible el despido de cuantos trabajadores deseen, sin alegar causa alguna, reconociendo su improcedencia y abonando los 45 días por año?

¿Se ha conseguido de este modo, un medio de evitar los costes de gestión (salarios de los plazos de negociación y ulterior tramitación, honorarios de profesionales, mal clima de relaciones laborales, deterioro de imagen pública), las reseñadas incertidumbres y la sumisión a las restantes exigencias del ERE (auditorías, planes de viabilidad, etc.)? ¿Se consolidará ese entendimiento de lo previsto en el art. 51 y podrá considerarse ello acorde con la Directiva 98/59? ¿La figura del *fraus legis* no podría proyectarse sobre ese modo de reducir o liquidar plantillas? ¿Cuarenta y cinco días “todo incluido” y podemos cerrar?

Reflexión adicional.- Lo diré por enésima vez: tenemos una asignatura pendiente con los despidos por causas económicas (*desvinculaciones*, según el modernismo al uso), sometidos a unas exigencias poco acordes con un sistema de relaciones laborales moderno, al igual que sigue pendiente el reiterado abuso en la contratación temporal. Pero choca que el modo de aprobar ese examen sea el de este atajo. No parece que el ordenamiento laboral y quienes de él vivimos quedemos bien parados si el camino se utiliza para la deriva expuesta como “posibles consecuencias”; pero seguramente habrá que entender a quienes discurran por ahí cuando escuchemos sus protestas respecto del entendimiento de las causas sustantivas, de la inseguridad del control administrativo, de los plazos o de la calificación como nulos (en lugar de

improcedentes) de unos despidos mal acordados. Ojalá que las discusiones al respecto, si surgen, sean desapasionadas y sinceras.

Los Jueces Latinoamericanos. - En pleno debate doméstico sobre si la regulación del despido es tan flexible como para permitir que ya haya casi cuatro millones de personas sin empleo, o tan rígida como para disuadir las contrataciones que las empresas podrían poner en juego, quizá venga bien un contrapunto de lejanía. Me refiero al contenido de la Declaración realizada estos días por la *Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo* (ALJT) titulada "Frente a los despidos de trabajadores en la crisis global".

La Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo (<http://www.aljt.org/>), lógicamente, no puede arrogarse la representación de la judicatura de esos Países, pero sí posee una influencia nada desdeñable, de modo que sus Declaraciones tienen cierto eco. Ahora, ha manifestado su crítica opinión sobre la respuesta de los Estados ante la crisis: salvan a las grandes empresas y al sistema financiero, "con una notable indiferencia comparativa por los efectos de la crisis sobre los trabajadores". Según la OIT solamente el 9,2% de los recursos de los planes de rescate aplicados en 40 países del mundo, incluyendo a todos los miembros del G20, se destinarán a promover el empleo, mientras que los gastos en medidas de política social representan apenas el 1,8%.

En ese contexto de acelerada pérdida de empleos crece "la probabilidad de que sean despedidos trabajadores como represalia ante el reclamo de sus derechos o al ejercicio de la libertad sindical, o por otros motivos discriminatorios". El despido sin causa, entiende esta Asociación, "es una forma de violencia del poder privado que expropia ilícitamente el trabajo", vulnerando el derecho fundamental al trabajo, inherente a la dignidad humana. Todos los poderes del Estado, incluido el judicial, deben procurar que el despido discriminatorio quede por completo sin efectos, descartando la mera condena al abono de indemnizaciones. La posibilidad de *demandar la nulidad y la reinstalación* se funda además en el hecho de que el despido de un trabajador como represalia ante el reclamo de sus derechos o al ejercicio de la libertad sindical, o por otros motivos discriminatorios, no sólo perjudica al despedido sino también a los trabajadores comprendidos en el ámbito de la empresa o de la acción colectiva desplegada por aquél, quienes perciben objetivamente la amenaza de sufrir una represalia similar si ejercen aquellos derechos.

Entre nosotros es claro que la reclamación de la ALJT sobre *las consecuencias del despido discriminatorio* se encuentra plenamente asumida por Leyes y Jurisprudencia desde que el Tribunal Constitucional acogiera la figura de la nulidad por vulneración de derechos fundamentales y exigiera la reposición del trabajador, en términos ahora asumidos por ET y LPL. Además, en nuestros días nadie duda que es compatible la readmisión (con salarios de tramitación) y la indemnización por vulneración de derechos fundamentales.

De modo confuso, la Declaración de la ALJT apunta hacia el *carácter discriminatorio del despido sin causa*. Se trata de una pretensión a veces formulada también entre nosotros, entendiendo que cuando la empresa prescinde de uno de sus trabajadores por su sola voluntad ya está incurriendo en discriminación. Se comprende el deseo de censurar las decisiones empresariales ilícitas, pero no puede aceptarse una concepción tan amplia de lo que suponga la discriminación como para colocar bajo su férula protectora cualquier comportamiento ilícito o fraudulento. El concepto jurídico de discriminación posee unos *presupuestos y requisitos que no pueden ignorarse*, para ceder ante acepciones coloquiales o sociológicas.

Con mayor atención a las categorías conceptuales y al entramado normativo de España, hay quienes postulan la nulidad del despido sin causa, por entender que se está *vulnerando el derecho constitucional al trabajo*. Hasta la fecha ninguno de los grandes Tribunales (Europeo de Derechos Humanos, de Justicia de las Comunidades Europeas, Constitucional, Supremo) ha acogido esa tesis, aunque sí posee brillantes defensas doctrinales. Parece claro que enfrenta tanto con la letra de los textos legales cuanto con la evidencia de que la libertad de empresa (de la que cuelga el derecho a dimensionar su tamaño humano) está situada en el mismo plano de protección constitucional que el derecho al trabajo. Se trata de una cuestión *incómoda*, generalmente evitada con perifrasis y que de cuándo en cuándo reaparece pese a que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, sin embargo, sí que la ha abordado frontalmente en varias ocasiones, manifestando que esa decisión extintiva debe calificarse como despido improcedente.

Un generoso entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva (este sí, derecho fundamental) es el que a veces lleva a sostener su vulneración cuando el órgano judicial no califica el despido arbitrario como contrario a la dignidad y libertad de las personas, así como a su derecho a trabajar. Aunque se trata de una hábil argumentación, viene entendiéndose que la tutela judicial comienza por aplicar las Leyes con arreglo a lo por ellas establecido, mientras no sean declaradas inconstitucionales.

En lugar de descalificar la crítica Declaración de la ALJT con fáciles alusiones al elevado nivel de *informalidad* (incumplimiento de las leyes laborales, por tanto) de las sociedades donde se pretende aplicar, más vale que realizar un ejercicio de sinceridad y poner las cartas boca arriba. *Hic et nunc* los despidos sin causa pero que no vulneran derechos fundamentales se consideran improcedentes y se resuelven con el abono de una indemnización tasada; variar ese estado de cosas requiere una reforma normativa o un enfoque interpretativo emanado de órgano capaz de vincular al Tribunal Supremo. Desde luego, no se trataba ahora de agotar los argumentos a favor o en contra de calificar estos despidos como nulos o improcedentes, sino de recordar que la polémica está viva en algunos sectores.