

EL RÉGIMEN SALARIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Regulación del Mercado Laboral en
materia salarial, tras la Ley 3/2012 y el
RD-Ley 20/2012

AUTOR

Julia Domínguez Insa

DIRECTOR

D. Vicente Pedro Lafuente Pastor

PROYECTO DE FIN DE GRADO DE RRLL Y RRHH

CURSO DE ADAPTACIÓN AL GRADO 2011/13

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

PROYECTO DE FIN DE GRADO DE RRLL Y RRHH

RESUMEN

La actual reforma laboral en España nace como una exigencia ante la profundidad de la crisis económica y de empleo que padece nuestro país. Si bien es una reforma amplia y exigente por la importancia de sus modificaciones, parece también una reforma desequilibrada, que en general facilita el poder de decisión empresarial, recorta derechos a los trabajadores, y está produciendo descontento social ante la dificultad de encontrar empleo, debido a la falta de actividad productiva.

La autora analiza algunos aspectos críticos de la reforma especialmente en materia salarial y plantea unas reflexiones críticas de las novedades y debilidades que repercutirán en las políticas salariales de los próximos años.

Palabras clave:

Reforma laboral, salario, salario de tramitación, flexibilidad, desempleo, tasa de paro, tasa de ocupación, mano de obra, despido, negociación colectiva, ultraactividad, descuelgue salarial.

METODOLOGÍA

Se ha seguido un procedimiento de trabajo basado en la metodología analítica especialmente en relación con el estudio de algunos artículos capitales de la reforma articulada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

A través de un análisis comparativo de las últimas reformas legislativas se analizan las últimas reformas laborales que culminan con la reciente reforma laboral del 2012.

También se ha realizado un examen comparativo con la regulación existente en el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, antecedente normativo de la Ley 3/2012, de 6 de julio. Además comparando las enmiendas, para luego hacer un análisis de la ley 3/2012 de aspectos laborales en materia salarial.

Por otro lado aportando jurisprudencia y analizando textos legales, manuales académicos, últimas noticias y repercusiones de la reforma, señalando aspectos críticos en materia salarial de una forma amplia, como los complementos percibidos en función del resultado de la empresa y los salarios de tramitación.

Y para finalizar no podemos obviar las remisiones de la ley a la negociación colectiva en materia de retribución, señalando especialmente los capítulos de flexibilidad interna y del Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2012-2014).

*Sumario*Página

1.. Introducción.....	4
2. Antecedentes: Reformas Laborales desde 1980.....	7
3. Novedades de la Reforma Laboral 2012.....	13
4. El Salario.....	17
4.1. Estructura legal del salario.....	17
4.1.1. Salario base.....	21
4.1.2. Complementos salariales.....	22
4.1.3. Gratificación extraordinaria.....	30
4.2. Tipos de salarios según la forma y momento de percibirlo.....	31
4.2.1. Retribución extrasalarial.....	31
4.2.2. Retribución en especie.....	38
4.2.3. Liquidación y pago del salario.....	40
4.3. Compensación y absorción salarial.....	41
4.4. Informe de la OIT sobre la devaluación salarial en España.....	50
5. Aspectos críticos en materia salarial.....	56
5.1. Modificación del sistema de clasificación profesional.....	56
5.2. Suspensión del contrato o reducción de la jornada.....	59
5.3. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.....	61
5.4. Descuelgue salarial por causas económicas.....	65
5.5. La concurrencia de convenios.....	74
5.5.1. Un convenio con marcha atras.....	78
5.5.2. El convenio tras la reforma. Salarios.....	79
5.6. Los Salarios de tramitación.....	83
5.7. FOGASA.....	84
5.7.1. El abono de las indemnizaciones.....	85

6. Salarios de tramitación.....	87
6.1. Recorrido jurídico de los salarios de tramitación	87
6.2. Aplicación en los despidos.....	88
6.3. Cuadro de indemnizaciones por despido.....	91
6.4. Casuística de los despidos efectuados antes de la reforma cuya sentencia sale posterior a ella.....	92
6.5. Cálculo de la indemnización del despido.....	94
6.5.1. Ejemplo del cálculo de la indemnización.....	97
6.6. Conclusiones de los despidos después de la reforma.....	98
7. Flexibilidad y salario.....	100
7.1. II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.....	100
7.2. Flexibilidad en materia salarial.....	102
7.3. Criterios de flexibilidad en materia salarial.....	104
7.4. Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II AENC.....	107
8. Conclusiones.....	111
9. Bibliografía.....	113

1. INTRODUCCIÓN

La economía española se encuentra en un momento muy delicado debido al intenso deterioro de sus fundamentos que se refleja en una elevada tasa de desempleo. Las circunstancias que atraviesa la economía internacional, sobretodo en la Zona Euro, tampoco ayudan a mejorar la posición española a corto plazo, hasta el punto que la suma de ambas crean unas condiciones excepcionales, a las que debe hacer frente con medidas específicas, para conseguir en el menor tiempo posible un crecimiento de la actividad económica nacional que permita crear empleo.

La economía española necesita mejorar su cuota de mercado nacional e internacional, es decir, mejorar las exportaciones, reducir las importaciones¹ y reactivar el consumo doméstico, para conseguir un uso más óptimo de la capacidad productiva e incrementar el empleo.

Ante las dificultades existentes para aumentar la actividad económica y la creación de empleo el Ejecutivo español elabora una nueva reforma laboral en nuestro país que entra en vigor el 8 de julio de 2012 la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en adelante LRML, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de 7 de julio, con un antecedente, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, del mismo nombre, en adelante DLRML, que se publica en el BOE del día siguiente, y entra en vigor el 12 de febrero.

La nueva reforma se apoya en los principios sólidos de austeridad y solidaridad, y sus objetivos teóricos son: favorecer el empleo, en especial los de los más jóvenes, y potenciar la flexibilidad y la competitividad de las empresas, con particular atención a las pymes.

En cuanto a las medidas, van dirigidas a aumentar tanto la flexibilidad externa de las empresas como a facilitar la flexibilidad interna como alternativa a la destrucción de empleo, con la finalidad principal de reducir la dualidad del mercado de trabajo y de aumentar su eficacia, a través de mayores

¹ No necesario para el proceso de producción interno de bienes y servicios

posibilidades de movilidad funcional y geográfica de los trabajadores dentro de la empresa; facilitando las modificaciones de las condiciones de trabajo; posibilitando en mayor medida aún que la legislación antecedente, el denominado descuelgue salarial, y ampliéndolo al resto de las condiciones de trabajo.

Con las lógicas diferencias de la transición política, bien puede calificarse de Transición Laboral, o al menos de Segunda Transición, lo que hoy el legislador cree que necesita en nuestro sistema de Relaciones Laborales. Las sucesivas reformas desde 1980 han sido débiles y poco eficaces si salvamos la de 1994.

Sin embargo tras de la entrada en vigor de la LRML, los expertos y profesionales aún no se ponen de acuerdo para hacer balance de la reforma laboral y los juicios de valor sobre la reforma laboral son múltiples y divergentes.

Los sindicatos de UGT y CC.OO. sostienen que ninguno de los objetivos de la reforma se ha alcanzado, ni siquiera parcialmente y el balance es de intensa destrucción de empleo y de crecimiento del paro. Sostienen que la reforma: ha facilitado a las empresas el despido individual y colectivo por razones económicas, técnicas, organizativas y productivas; no actúa sobre la contratación temporal, sino sobre la dualidad del mercado de trabajo haciendo el empleo fijo igual de vulnerable que el empleo temporal; incentiva la sustitución de los contratos indefinidos actuales por el contrato de fomento de la contratación indefinida cuya indemnización para los trabajadores es inferior a la del contrato ordinario; facilita la modificación sustancial de las condiciones de los contratos de trabajo; facilita en la empresa el descuelgue salarial, etc. En conclusión, según estos dos sindicatos la reforma laboral emprendida tiene los siguientes aspectos negativos: nos aleja del cambio de patrón de crecimiento ya que la competitividad de nuestra economía se busca mediante una reducción de costes laborales; no sirve para crear empleo; incrementa notablemente la temporalidad; abarata y facilita el despido y rompe la negociación colectiva y aumenta el poder de dirección empresarial para

descolgarse de los incrementos salariales pactados en los convenios colectivos sectoriales.

Sin embargo, desde la perspectiva empresarial se considera que la reforma no contribuye a la necesaria y urgente modernización del mercado laboral y que no está a la altura de las necesidades del país.

Y, ¿cómo afecta la reforma en el régimen retributivo? El presente trabajo se va a centrar en este aspecto comenzando a estudiar las anteriores reformas, considerando que para poder hablar de la reforma laboral en materia salarial, se hace necesario hablar de los antecedentes y hacer un recorrido por la historia laboral de España desde 1980, resaltando lo característico de las sucesivas reformas laborales en nuestro país desde 1984 al 2011.

El trabajo comienza con una exposición sobre los antecedentes de la reforma y hace una comparativa con las novedades aportadas por la reforma laboral en materia salarial.

A continuación estudia el salario y en especial los artículos más relevantes del Estatuto de los Trabajadores referentes en materia salarial que han sido modificados en la última reforma laboral del 2012 en nuestro país, analizando su repercusión y aspectos críticos. Se hace especial hincapié en los salarios de tramitación y para terminar se trata un tema que es uno de los objetivos de esta reforma: la flexibilidad.

2. ANTECEDENTES: REFORMAS LABORALES DESDE 1980

El Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET, constituye el fundamento y pilar básico que regulan las relaciones laborales en España. Desde su promulgación en 1980 ha sufrido numerosas reformas. Las más influyentes tuvieron lugar en la década de los noventa, concretamente la de 1994 y 1997.

Vamos a exponer las aportaciones y su eficacia de las reformas.

- Primera Reforma: Año 1984 (Ley 32/1984 de 2 de agosto)

Esta reforma se articuló a través de una ley promulgada el 2 de agosto, que se completó con un Real Decreto en octubre de ese mismo año, en un clima de inestabilidad laboral con una elevada tasa de paro situada en un 20,6%.

Se trata de la primera reforma del ET. El objetivo era claro y preciso: reducir el alto nivel de desempleo a través de impulsar la contratación temporal. Para ello se impulsó el *contrato de fomento al empleo*, que se convirtió en poco tiempo en el contrato "estrella" utilizado ampliamente por los empresarios.

Esta reforma ciertamente impulsó la contratación en España, que se incrementó de manera muy importante a lo largo del periodo. Sin embargo este crecimiento se debió al aumento de los contratos temporales, que crecieron durante el periodo 1985-1993 un 73%, y dentro de ellos al contrato al fomento al empleo que creció, en sólo 4 años más de un 150 %. Aquí se crea la dualidad laboral de contratos indefinidos y temporales que persiste hasta hoy.

Desde este punto de vista puede afirmarse que la reforma cumplió su objetivo de crear empleo, pero a la vez generó un nuevo problema: el elevado número de contratos temporales.

Por último, aunque esta reforma consiguió elevar la contratación en España, no consiguió reducir la elevada tasa de paro y por lo tanto se hizo a costa de la contratación indefinida.

- Segunda Reforma: Año 1994 (Ley 10/1994 de 19 de mayo)

Puede afirmarse que la reforma llevada a cabo en el año 1994 ha sido la reforma más importante que ha sufrido el ET. La situación laboral en España y la necesidad de competir con los países de la Unión Europea obligaban a plantearse una gran reforma del marco laboral. Es una reforma de reacción de la anterior reforma.

Tiene como objetivos prioritarios la tarea de disminuir el paro y, a la vez, la contratación temporal. Una de las medidas que se adoptaron fue la *supresión del contrato de fomento al empleo*. El resultado fue que el empresario se refugió sobre todo en el contrato eventual y –en menor medida– en el de obra o servicio, para seguir con el mismo porcentaje de temporalidad. Durante este periodo, la contratación temporal se incrementó en más de un millón de contratos.

Sin embargo, se consiguió empezar a generar empleo, aumentar el número de ocupados, disminuyendo el número de parados y, en consecuencia, la tasa de paro; pero este incremento se produjo gracias a la contratación temporal, incumpliendo uno de los objetivos que se proponía la reforma. Concretamente, la proporción de contratos temporales aumentó en un 7%. Al final del periodo se apunta un incremento muy importante de la contratación indefinida.

La inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, a través de contratos temporales que los sindicatos denominaron “*contratos basura*”, era otro de los objetivos. El empresario no se acogió a este tipo de contratación. ¿Hay muchas normas imperativas y una revisión de normas que están al servicio de lo que se diga en la negociación colectiva?

En consecuencia, desde el punto de vista de la reforma de la contratación, esta reforma no consiguió los objetivos que pretendía. Sus grandes logros se apuntaron en materia de flexibilidad laboral, sentando las bases para un posterior desarrollo y una mayor concreción en los convenios colectivos.

- Tercera Reforma: Año 1997 (Ley 63/1997 de 26 de diciembre)

La situación económica mejoraba en España, pero la tasa de paro seguía siendo muy elevada y la proporción de contratos temporales aumentaba cada año.

Por tanto la pretensión de esta tercera reforma era doble: reducir la contratación temporal e impulsar la contratación indefinida. Para ello se *suprimió el contrato de lanzamiento de nueva actividad* y se introdujo una nueva modalidad de contratación: *el contrato para el fomento de la contratación indefinida*, con una indemnización menor en caso de despido improcedente por causas objetivas.

En cuanto al primer objetivo, en el periodo 1998-2001 los contratos temporales aumentaron en más de dos millones. Sin embargo aunque esta reforma no alcanzara el objetivo de reducir la contratación temporal, sí frenó su ritmo de crecimiento, consiguiendo que al final de periodo, la proporción de éstos con respecto a los indefinidos fuera un 2 % menor.

En relación al segundo objetivo, fomentar la contratación indefinida, se observa que en el periodo 1998-2001, aumenta el número de contratos con carácter indefinido. Por primera vez se alcanza la cifra del millón de contratos indefinidos, el contrato para el fomento de la contratación indefinida tuvo un importante papel en este logro.

Cabe señalar que se consiguió disminuir la tasa de paro de forma muy notable.

Esta reforma consiguió reducir la tasa de paro e incrementar el número de ocupados. Podemos afirmar por tanto, que fue la primera que alcanzó con cierto éxito los objetivos que se propuso.

- Cuarta Reforma: Año 2001 (Ley 12/2001 de 9 de julio)

Esta reforma se produjo en una situación laboral mucho mejor que en años anteriores. La tasa de paro se situaba en un 10,5 %, lo que suponía una

disminución de 10 puntos porcentuales con respecto a la que existía en el año 1996.

Sus objetivos era: ampliar el plazo de aplicación de las medidas tomadas en la reforma 1997, continuar incentivando la contratación indefinida y disminuir el número de parados.

La contratación temporal siguió aumentando pero también lo hizo la contratación indefinida. De esta manera se consiguió disminuir, en porcentaje, el peso de la contratación temporal.

El aumento de la contratación indefinida a lo largo del periodo se debió básicamente al *contrato de fomento de la contratación indefinida*, superando en el año 2005 por primera vez el millón y medio de contratos indefinidos realizados.

Por último, esta reforma consiguió aumentar de manera importante el número de personas ocupadas y a la vez consiguió disminuir la tasa de paro en un 2,35 %.

- Quinta Reforma: Año 2006 (Ley 43/2006 de 29 de diciembre)

En mayo de 2006 el gobierno y los interlocutores sociales llegan a un acuerdo, este pacto se plasma en la ley, para combatir la contratación temporal, gran lacra del mercado de trabajo español.

Los objetivos de esta reforma son los siguientes: impulsar la contratación indefinida, modificar la legislación laboral para perfeccionar la utilización de la contratación temporal y mejorar la protección por desempleo de colectivos específicos.

Esta reforma se caracteriza básicamente, por *aplicar subvenciones, ayudas con plazo de vigencia determinada y por establecer unas condiciones con fecha de caducidad establecida previamente*.

A partir del 2008 se produjo un estancamiento de la contratación indefinida, fijándose la contratación temporal en un 30 %, porcentaje muy elevado en sí mismo y en comparación con el resto de los países europeos.

- Último periodo de reformas: Años 2009 (Ley 14/2009 de 11 de noviembre) 2010 y 2011

A lo largo de estos años se aborda una nueva reforma a través de un largo elenco de normas:

- El RDL 10/2010, de 16 de junio, medidas urgentes para la reforma de l mercado de trabajo.
- La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, tramitación parlamentaria del anterior RDL.
- El RD 1796/2010, de 30 de diciembre, que regula las agencias privadas de colocación.
- El RDL 3/2011, de 18 de febrero, medidas urgentes para la reforma de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo.
- El RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.
- El RD 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos
- Ley 38/2011, de 10 de octubre de Reforma de la Ley Concursal en lo que se refiere al Contrato de Trabajo y la Jurisdicción Social
- El RDL 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

La ineeficacia y precipitación de estas reformas han derivado en la última reforma del mercado laboral español: la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

3. NOVEDADES DE LA REFORMA LABORAL 2012

La LRML de 6 de julio ha resultado de la tramitación parlamentaria tras cinco meses de numerosas modificaciones en el ordenamiento jurídico laboral del precedente y homónimo DLRML de 10 de febrero, al que sustituye con algunas modificaciones de importancia, y entrando en vigor “el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado” (disposición final 21^a), deja claro desde el principio su propósito de política legislativa a partir del diagnóstico de la crisis económica que atraviesa España desde 2008. Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser coyunturales son estructurales, que afectan a nuestro modelo sociolaboral, requiriendo una reforma de envergadura.

La nueva reforma laboral apuesta, como dice el preámbulo del DLRML, “por el equilibrio en la regulación de nuestras relaciones de trabajo: equilibrio entre flexibilidad interna y externa; entre la regulación entre la contratación indefinida y temporal, la movilidad interna en la empresa y la de mecanismos extintivos de los contratos de trabajo, etc.”

Es por tanto una modificación profunda y polémica del panorama empresarial, ya que marcará el devenir de los próximos años en nuestro país.

El DLRML tiene por objeto establecer un marco jurídico laboral claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puesto de trabajo, así como la estabilidad en el empleo, y está basado fundamentalmente en los siguientes pilares:

- Medidas para favorecer la eficiencia del mercado de trabajo y reducir la dualidad laboral.
- Medidas para favorecer la flexibilidad interna de las empresas como alternativa a la destrucción de empleo.
- Fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo

- Medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores.

Comenzando por los puntos más polémicos de dicha reforma el DLRML **elimina la autorización administrativa para el despido colectivo** y define sobre nuevas bases las causas que lo permiten.

También **reduce la indemnización por despido improcedente** de cuarenta y cinco a treinta y tres por año de servicio, sin perjuicio de determinadas disposiciones transitorias para los actuales contratos de trabajo, lo que permite eliminar la modalidad contractual del contrato para el fomento de la contratación indefinida.

Por otro lado **suprime** el llamado “**despido exprés**” así como los salarios de tramitación².

Con el DLRML se **amplían los supuestos para los despidos objetivos y colectivos procedentes**, ya que podrán definirse como despidos procedentes por motivos económicos, todos aquellos que se produzcan cuando la empresa acumule tres trimestres con bajadas en los ingresos, sin marcar niveles concretos y suponiendo la existencia de perdidas actuales o previstas. De esta manera, los despidos objetivos procedentes contarán con una indemnización de 20 días por año trabajado, con un máximo de 12 mensualidades, algo cada vez más extendido mediante la ampliación de supuestos.

Además de facilitar el despido, la nueva ley permitirá que las empresas **modifiquen las condiciones laborales** de sus empleados ante demostradas dificultades económicas, técnicas, organizativas y/o productivas. Con este supuesto, se podrán modificar los horarios, los turnos, los sistemas de trabajo, la jornada laboral, las funciones y los salarios. Es decir, se considerarán modificaciones en las condiciones laborales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”, según el artículo 41.1 de la DLRML. Cabe destacar que entre otras modificaciones el texto especifica la “**cuantía salarial**”.

² Este aspecto se tratará en el punto de Salarios de Tramitación

El límite de estas modificaciones las encontramos en el convenio colectivo que esté en vigor, pero como la reforma del mercado laboral también permite acogerse al **descuelgue de los convenios**, si se demuestra una caída sostenida (tres trimestres) en los ingresos, las empresas podrían establecer condiciones peores a las del convenio. En este caso se hace necesario el acuerdo con los sindicatos, o en su defecto se producirá la intermediación y arbitraje de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que tendrá nuevas funciones a tal efecto.

Si el trabajador no acepta estas nuevas condiciones del art. 41 ET, tendrá derecho a solicitar la finalización de la relación laboral, obteniendo una indemnización de 20 días por año trabajado con un máximo de 9 mensualidades. Estamos ante un punto no explicado en la presentación de la reforma, pero de gran importancia. Sin embargo ya estaba antes de la reforma del 2012.

Además de estos polémicos aspectos, la reforma continúa ahondando en otros puntos igualmente comprometidos, pero que han tenido menos eco mediático:

- Creación de un nuevo tipo de **contrato indefinido para las pymes** de hasta 50 empleados y autónomos, con una deducción de 3.000 euros si se contratan a menores de 30 años, entre otras bonificaciones que aclararemos en un artículo independiente.
- Se permite a las empresas de trabajo temporal, en adelante ETT, actuar como **agencias de colocación**.
- La reforma crea una “**cuenta de formación**”, asociada al número de afiliación a la Seguridad Social, en la que se anotará la formación recibida para el trabajador a lo largo de su carrera profesional, y formativas y a la formación necesaria para la adaptación a las modificaciones en el puesto de trabajo. Los empleados tendrán derecho a ver adecuada su jornada laboral para asistir a cursos de formación profesional, así como a la

solicitud de permisos de asistencia a los mismos. El tiempo destinado a formación se considerará como jornada efectiva de trabajo y los trabajadores con más de un año de antigüedad tendrán derecho a disponer de 20 horas anuales para su formación dentro de la empresa, siendo pagadas por el empresario y acumuladas hasta 3 años.

- Las empresas que contraten a **parados de larga duración** podrán aplicarse una **bonificación de 4.000 euros**.
- Cuando no exista acuerdo para **renovar un convenio** se contará con una **prórroga de un año**.
- **No podrán encadenarse los contratos temporales durante más de 24 meses.**
- **Las ETT participarán en la colocación de empleados**, complementando la labor de los servicios públicos de empleo.

4. EL SALARIO

Como dato curioso etimológicamente la palabra “salario” viene de “salarium”, de “sal”, porque era costumbre antigua dar a los servidores domésticos una cantidad fija de ese producto.

Pero el concepto legal lo tenemos en el art. 26.1 E.T., que considera salario “la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como trabajo.” También lo es la remuneración de determinados períodos de inactividad.

En este aparto se trata de exponer en cuatro partes la estructura legal del salario: salario base, complementos salariales, destacando el Bonus y las Stock Options, y las gratificaciones extraordinarias.

Después hay una clasificación de los tipos de salario según la forma y momento de percibirlo, así como la liquidación y pago del mismo: la nómina en papel.

Y para terminar de cerrar el salario, es importante hablar sobre la compensación y absorción porque es una herramienta estratégica en la política retributiva de una empresa. En esta última parte hay un caso práctico sobre esto último y unos breves comentarios sobre los factores de una compensación integral o total.

4.1. Estructura legal del salario

La regulación de la estructura salarial en el ordenamiento español es el resultado de la articulación de las normas estatales y las contenidas en los convenios colectivos. Buena parte de los componentes salariales responden a las peculiaridades de cada proceso productivo.

Mediante la negociación colectiva, en su defecto, el contrato de trabajo individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de: circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten (art. 26.3 ET).

Aunque la ley ha optado por remitir en bloque a una ordenación externa a ella misma la composición del salario, no supone una deslegalización completa, de una parte porque la regulación del salario base es obligatoria, contrariamente a lo que ocurre con la fijación de los complementos salariales, que es potestativa. Y de otra, porque si las partes, libremente, deciden establecer determinados complementos salariales, es el art. 26.3 ET el que determina los que pueden existir, pues contiene una lista cerrada. La norma pactada puede ser sectorial o de empresa.

Antes, es necesario reflexionar sobre tres conceptos que nos dan una visión más amplia de lo que entendemos como salario. Son los siguientes:

- a). El nivel salarial
- b). El coste salarial
- c). La masa salarial

Luego se adjunta una tabla con todos los conceptos posibles que puede contener un salario, así ver de forma esquemática la estructura del salario para después desarrollar en este apartado: el salario base, los complementos salariales y las gratificaciones extraordinarias.

a). En la determinación de todo sistema de retribución se requiere adoptar como decisión básica el denominado “**nivel salarial**”, lo cual supone cuestionarnos cuál es la cuantía que debemos pagar por cada puesto de trabajo.

El punto de partida para la decisión del nivel salarial nos viene impuestos por nuestro marco normativo. Dicho esto, lo normal es que toda empresa esté adherida o incorporada a un convenio colectivo, sea de carácter nacional o sectorial, en cuyo caso en él se determinarán los niveles salariales mínimos para cada nivel o categoría y ello es de obligado cumplimiento; es decir, ningún trabajador (art. 82.3 ET) puede cobrar por debajo de lo establecido en su convenio de aplicación, salvo acuerdo de inaplicación salarial. En este orden de cosas, mediante la negociación colectiva a nivel empresarial, se podría establecer mejoras a las condiciones pactadas en el convenio nacional o del sector, asignando ad hoc y por conceptos –salvo que el salario sea global– los niveles salariales de cada puesto de trabajo en la organización, conforme a la ordenación salarial prevista en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores.

b). Sobre dicho concepto, se articula el denominado “**coste social**” que adiciona todo lo anterior el gasto que el empresario soporta en concepto de pagos a la Seguridad Social. Dicho esto, entendemos por coste de mano de obra el coste integrado por la valoración económica del consumo total de factores incurridos en el proceso productivo. La importancia de este concepto radica en que es uno de los factores sobre los cuales pivota la denominada gestión de la mano de obra³

c). Finalmente distinguiremos a nivel conceptual la “**masa salarial**”, como conjunto de retribuciones salariales, extra-salariales y gastos de acción social. No formarán parte de la misma las:

- Prestaciones e indemnizaciones
- Cotizaciones
- Indemnizaciones por traslados, suspensiones, despidos

³ La gestión de la mano de obra viene integrada por los siguientes parámetros: a) determinación del control de los tiempos de trabajo, b) valoración del trabajo, es decir, cuantificación de los consumos y cargas que genera ese factor, c) asignación a productos de los costes generados, y d) presupuestación y control de costes de la mano de obra.

- Indemnizaciones por suplidos o gastos que tenga que realizar el trabajador.

En relación a la distribución del salario sus complementos pueden pactarse individualmente o colectivamente para determinar la posible consolidación.

A continuación se adjunta una tabla sobre todas las percepciones que un empleado puede percibir:

Conceptuación del pago	Tipo de pago	Especificación del pago	
Salario garantizado o fijo	<p>-Salario Base (SB)</p> <p>Otras denominaciones del Salario Base:</p> <p>1. Salario Mínimo de Convenio (SMG)</p> <p>2. Salario Mínimo Garantizado (SMG)</p> <p>El Salario Mínimo Interprofesional (SMI) suple la función del (SB) si no existe convenio colectivo de aplicación (situación excepcional)</p>	Cantidad fijada que percibe el empleado y que está en función directa del tiempo dedicado a la empresa sin que se tenga en cuenta el resultado, la actividad o la eficiencia.	Retribución consolidable
	<p>•Complementos personales para equiparar los salarios del mercado de trabajo: plus de convenio, plus voluntario, etc.</p> <p>•Complementos personales: antigüedad, títulos, idiomas o análogos</p>	<p>Cantidades pactadas individualmente o colectivamente para atraer y retener a empleados valiosos para la empresa.</p> <p>Cantidades para reconocer méritos o valía del empleado.</p>	Retribución consolidable
	•Complementos de puesto de trabajo: turnicidad, toxicidad, nocturnidad, penosidad, peligrosidad, insalubridad, disponibilidad, vuelo, embarque, navegación, etc.	Cantidades percibidas mientras se den las circunstancias que lo generan; una vez desaparecen las circunstancias, no se perciben estos complementos	Retribución no consolidable
Salario no garantizado o variable	Complemento de calidad o de cantidad: horas extras, pluses de asistencia y puntualidad.	Cantidad variable que percibe el empleado derivada del rendimiento, calidad o comportamiento	Retribución no consolidable

	<ul style="list-style-type: none"> • Primas de producción • Incentivos por objetivos • Pluses de méritos 	<ul style="list-style-type: none"> • A corto plazo (entre 1 y 12 meses) • A largo plazo (habitual entre 3 y 5 años) 	(creatividad, colaboración, horarios superiores al ordinario, etc.) que supere el mínimo exigido.				
Compensación extrasalarial	<ul style="list-style-type: none"> • Indemnizaciones: Prestaciones en metálico de la Seguridad Social. Pago único por traslado de domicilio al cambiar de centro de trabajo obligatoriamente para no perder el puesto de trabajo. Indemnizaciones legales por despido. 	Cantidades destinadas a cubrir un perjuicio o un gasto del empleado para realizar su actividad laboral.	Retribución noconsolidable				
	<ul style="list-style-type: none"> • Pluses compensatorios: Plus de quebranto de moneda, por desgaste de herramientas, ropa de trabajo y protecciones, desplazamientos y dietas, kilometraje y gastos derivados del viaje. 	Estrechamente relacionados con aquellos gastos que se producen por encargo de la empresa.					
Salario no en metálico	<ul style="list-style-type: none"> • Beneficios extra-salariales 	Ventajas sociales y fiscales, servicios proporcionados por la empresa, formación, ayuda a la empleabilidad del trabajador, etc.	Consolidable según caso				
	<ul style="list-style-type: none"> • Complementos en especie 	<table border="1"> <tr> <td>Pago inmediato</td> <td>Productos de la empresa, coches, seguros, parking, casa/habitación, etc.</td> </tr> <tr> <td>Pago diferido</td> <td>Fórmulas de previsión social, planes de pensiones, planes de ahorro, "stock options",etc.</td> </tr> </table>	Pago inmediato	Productos de la empresa, coches, seguros, parking, casa/habitación, etc.	Pago diferido	Fórmulas de previsión social, planes de pensiones, planes de ahorro, "stock options",etc.	Retribución no consolidable
Pago inmediato	Productos de la empresa, coches, seguros, parking, casa/habitación, etc.						
Pago diferido	Fórmulas de previsión social, planes de pensiones, planes de ahorro, "stock options",etc.						

Siguiendo a varios autores se ha podido efectuar esta descripción⁴

4.1.1. Salario base

Comenzando con la estructura del salario lo primero que hay que hablar es del salario base.

La expresión “salario base” es la más utilizada por la negociación colectiva. Otra expresión que viene a sustituir a la tradicional y mayoría es la de “salario

⁴ GARCÍA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Aranzazu: “Derecho del trabajo”, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pp. 545-586 y TOVILLAS ZORZAZO, José Julián et. Al.: “Lecciones del derecho del trabajo”, Cedecs, Rubí (Barcelona), 1995, pp. 363-383, entre otros autores.

convenio". Aunque en menor medida, también proliferan los denominados "salarios mínimos garantizados" o "salarios profesionales" o "intercategorías", con los que se quiere hacer referencia a la retribución mínima total que el trabajador de un sector o categoría percibe.

Nuestro ET enmarca el salario base en su art. 26.3 y lo estructura bajo la siguiente premisa: "Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que *deberá* comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado, a la situación o resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten".

De su enunciado se extrae una conclusión clara: el salario tiene carácter obligatorio –al indicar el texto "*deberá*"- mientras que el resto de componentes de la posible estructura salarial se deja la disponibilidad de las partes por la vía de la negociación.

En una primera aproximación se podría definir salario base como la cantidad de remuneración que se otorga a un empleado, en función del grupo o categoría y tiempo de ocupación, respecto a la jornada asignada.

4.1.2. Complementos salariales

La negociación colectiva en general los concibe como "las cantidades que, en su caso, deban adicionarse al salario base por cualquier concepto distinto al de la jornada anual del trabajador y su adscripción a un grupo profesional", siendo los complementos un producto de la complejidad actual de la relación económico-laboral. (STSJ de Andalucía de 30 de enero de 1995).

En cuanto a la posible consolidación de los complementos salariales, el art. 26.3 ET remite al convenio colectivo en general la decisión de determinar su consolidación o no, sin excepción alguna. Se presume su carácter consolidable cuando los complementos se atribuyen a las características personales del trabajador. En contrario se presume su carácter no consolidado cuando se vinculan a las funciones de su puesto de trabajo (por ejemplo cantidad, calidad).

Antes enumerar los tipos de complementos salariales: personales, por el puesto de trabajo realizado y en función de la situación y resultados de la empresa, sólo definir los tres caracteres que contienen los complementos salariales:

1. Causalidad: El fundamento último de los mismos, como dice Martín Valverde, es la existencia de una concausa que caracteriza al trabajo o al trabajador (STSJ Cataluña, de 12 de marzo de 1997)⁵.
2. Dispositividad: el art. 26.3 ET deja abierta la voluntad de las partes la posibilidad o no de establecer complementos, porque dice "...y en su caso". En esta misma línea se establece que la existencia de complementos requiere que la dirección de la empresa los establezca o los pacte, de lo que se deriva la posibilidad de que existan complementos dispuestos unilateralmente por la empresa.
3. Numerus clausus: Siguiendo la mayoría de la doctrina, y en base a la interpretación gramatical del art.26 ET, cuando en el mismo se introduce la expresión "deberá comprender" y, "en su caso", estamos hablando de tres tipos de complementos: personales, de trabajo y en función de la situación y resultados de la empresa. No obstante, esta interpretación no desdibuja la posibilidad de dotar a los mismos de un contenido elástico, pudiendo abarcar cualquier complemento con causa real⁶.

⁵Martín Valverde, A.. "Derecho del trabajo" 13^a ed. Madrid. Tecnos, 2004.

⁶García Ninet, J.I.: "Sobre modificaciones en la ordenación de la regulación del salario", en Tribuna Social, nº 87, 1988, p.10

La clasificación ordinaria de los complementos salariales es la siguiente:

1. Complementos personales
2. Complementos por el puesto de trabajo realizado
3. Complementos en función de la situación y resultados de la empresa: a) Las Stock Options y b) El Bonus.

Complementos personales

Con la Ley 11/1994, corresponde a la autonomía privada la Ley de fijación de cuáles han de ser las condiciones personales del trabajador que se valoran como complemento personal. Con la derogación del Decreto 2380/1973 y las modificaciones en algunos artículos del Texto Refundido del ET, los complementos personales se convierten en un *numerus apertus*, por cuanto no existen limitaciones respecto a su cuantificación. Ejemplos: antigüedad, complementos *ad personam*, condiciones más beneficiosas, etc.

Complementos por el puesto de trabajo realizado

Son el grupo más importante, tanto por su número como por su importancia dentro de la masa salarial. Ello se debe a la posibilidad que ofrecen de concretar las funciones a realizar y de ajustar la retribución del trabajador al marco de su prestación real y efectiva. Por lo general, sus cuantías se reparten entre los convenios que establecen un porcentaje respecto a un módulo (prefijado o de salario base), y los que señalan una cifra preestablecida, igual o distinta según la categoría profesional del trabajador. (Convenio Grupo Cruzcampo SA, BOE de 6 de marzo de 1998).

Resultando imposible aquí realizar la extensa gama de los mismos, centraremos nuestra atención en los más representativos: Complementos de toxicidad, de peligrosidad, de mando, turnicidad, nocturnidad, etc. otros complementos de esta naturaleza serían el complemento de puesta a disposición (localizaciones), flexibilidad horaria, de disponibilidad funcional o polivalencia, etc.

Por razones sistemáticas, los complementos de *calidad* y *cantidad* los englobaremos –aunque con un tratamiento separado– dentro de los complementos de puesto de trabajo, obviando el debate doctrinal que respecto a su naturaleza existe. Esta clasificación, hace difícil establecer un concepto que recoja a todos ellos; complejidad que alcanza a los propios tribunales, según los cuales se trata de remunerar “un mayor esfuerzo, dedicación, responsabilidad o capacitación del trabajo” (pluses de asistencia, actividad, horas extras, etc.). (STSJ de Madrid, de 7 de marzo de 1997).

Especial consideración merecen las denominadas “*primas e incentivos*”. En ellos se incorporarían algunas formas de comisiones: retribución característica de determinados trabajos por la realización de operaciones mercantiles, caracterizadas en el art. 29.2 ET como forma de retribución por rendimiento. La norma ha optado por el criterio de la consumación del negocio en el que el trabajador ha mediado, haciendo depender su devengo a la realización y pago de ese negocio, sin más excepción que la frustración de este cuando se pruebe que es imputable al empresario. Solo si se prueba se tiene derecho a la comisión (TS 27 de abril, 1989), bajo cuyo contenido el empresario tiene la posibilidad de remunerar un mayor esfuerzo o dedicación, compensándolo salarialmente en base a las necesidades que en cada momento tenga la organización. Añadir únicamente que estos complementos pueden ir o no conectados a un sistema de rendimiento.

Complementos en función de la situación y resultados de la empresa: las Stock Options y el Bonus

Conviene hacer antes unas aclaraciones de los términos: *resultados* y *cuantía a percibir*.

- El término resultados implica la necesidad de que se cumplan determinadas metas previstas y presupuestadas por la propia empresa, pero no necesariamente en términos positivos económicos. Salvo con la negociación colectiva o el contrato individual acuerden lo contrario, los complementos en función de la situación y los resultados de la empresa no

son consolidables. Es decir, que en ausencia de beneficios para la empresa, el trabajador pierde el derecho a percibir ese concepto.

- Otra cuestión a estudiar es la cuantía a percibir. En este punto podemos encontrarnos supuestos en lo que lo percibido es una cuantía fija preestablecida, condicionada al cumplimiento de la causa que la genera. Lo normal, sin embargo, es un porcentaje o una cuantía variable, en función del grado de cumplimiento. En la mayoría de los casos, la determinación final de la cuantía a percibir dependerá de los indicadores de rendimiento, variando en función del cumplimiento de los mismos.

En el primero de los supuestos, las **Stock Options**, el problema deriva de aquellos casos en los que la totalidad de retribución del trabajador se haga depender de los resultados empresariales. En este caso, el trabajador participa también de los riesgos empresariales, desvirtuándose con ello la naturaleza laboral del contrato de trabajo. Por ellos, únicamente cuando la participación en dichos resultados económicos representa solo una parte de la retribución se considera complemento salarial.

En el segundo caso, el **Bonus**, hay que precisar que, mientras el complemento de calidad y cantidad está premiando el resultado individual del trabajador, en el supuesto que aquí nos ocupa, el reparto, se realiza sobre la base del rendimiento empresarial y su conjunto, es decir, de los resultados de la empresa, del esfuerzo colectivo. (TSJ de Extremadura, de 9 de abril de 1996).

Este grupo de partidas presenta importante problemas de delimitación frente a otras figuras con las que puede llegar a identificarse. Nos estamos refiriendo a la participación del socio y a los completos por calidad y cantidad.

En la práctica es cada vez mayor la participación de los trabajadores en los beneficios⁷ y resultados de la empresa en cuanto a la *participación en capital*.

⁷De la Villa, Luis E. "La naturaleza jurídica de la participación en beneficios AAVV". Madrid: FDUCM, 1967 pp. 247-249.

No obstante, advertir únicamente que nos enfrentamos a un problema de economía del trabajo, y de hecho las tesis sobre las que se sustenta el mismo se denominaron por WeitzmanSharing: "mejoras de productividad y los profitsaring": a) Pucharse restricted stock, b) Stock options, c) Restricted stock grant.⁸

a).Stock Options

Dada la actualidad que presenta la modalidad de las stock options, es conveniente desarrollar algunas consideraciones sobre las mismas. En la relación laboral se configuran como un derecho que, de forma onerosa o gratuita confiere la empresa al empleado para que este, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada a la misma.

Las formas en las que se establece los planes de acciones son muy variadas, dependiendo del momento en que se encuentre la empresa y del ciclo económico en cuestión.

Sobre la naturaleza salarial o no de las mismas y el importante efecto que con ello conlleva en la indemnización del alto directivo, es de resaltar la sentencia del Tribunal Superior de Madrid de 22 de febrero de 2001, la cual ha sido superada por el Tribunal Supremo en el sentido de declarar su naturaleza como salarial. A partir de esta sentencia comenzó a afirmarse con rotundidad, y a razonarse la naturaleza salarial de las opciones. En esta línea jurisprudencial encontró su culminación en dos sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001, que han sido seguidas y completadas por otras de la misma sala de fecha 4 de febrero, 10 y 11 de abril y 1 de octubre de 2002 y, luego el 26 de enero de 2006.

Los argumentos en los que el Tribunal Supremo fundamenta esa conclusión son los siguientes:

⁸ Weitzman, Martin L.: "The share economy". London. Harvard University Press, 1984.

1. Los planes de opciones tienen un marcado carácter retributivo como incentivo laboral, ya que tienen como objetivo incrementar el compromiso de los empleados con la empresa y mejorar sus resultados económicos.
2. Estos planes evidencian la vinculación entre la actividad laboral del empleado, su esfuerzo y dedicación, y la obtención de un beneficio derivado del ejercicio de la opción.
3. La incertidumbre respecto al resultado económico del ejercicio de la opción no desvirtúa la naturaleza salarial de lo que se percibe, si llega a cobrarse pues como sucede en el caso de los bonus puede ocurrir que su devengo no tenga una relación directa con la actividad del trabajador.
4. La indeterminación y variabilidad de la cantidad resultante del ejercicio de la opción no le priva de su naturaleza salarial, por cuanto la entrega de las opciones trae causa de la relación laboral con el empleado.
5. El art. 26 ET (precepto que define el concepto de salario) establece algunas contraprestaciones laborales que quedan excluidas de la calificación como salario: indemnizaciones o suplidos por gastos, prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones derivadas de despidos, traslados o suspensiones de contrato. Conforme al criterio del Tribunal Supremo, la entrega de opciones sobre acciones no tiene cabida en ninguna de esas exclusiones; por el contrario, esa entrega encaja en el apartado 3 del art. 26 Et, que hace referencia a "complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que se pacten".

b). Bonus

El bonus es una retribución variable -no fija, ni consolidable, que no tiene carácter obligatorio, normalmente vinculada a un rendimiento superior y vinculado al cumplimiento de unos determinados requisitos, de cuyo nivel de cumplimiento pueden derivarse diferencias retributivas entre los trabajadores.

No aparece regulado como tal en nuestro ET. El art. 26.3 ET señala como complementos del puesto de trabajo, los de carácter personal, los relacionados con el puesto de trabajo y los referidos a los resultados de la empresa.

El bonus, *no tiene carácter obligatorio y si tiene carácter variable y no consolidable*. Su naturaleza le diferencia de las denominadas primas e incentivos ligadas al puesto de trabajo, normalmente ligadas a la cantidad o calidad en el desarrollo del trabajo realizado.

Así mismo puede establecerse a favor del trabajador o no y se vincula al cumplimiento de unos determinados requisitos o por un acto de liberalidad de la empresa, que será ésta la que deba acreditar en sede judicial si el abono es esporádico o no regular (STSJ Madrid 27-12-2003).

Aunque en la práctica los requisitos suelen estar vinculados a los resultados de la empresa, en sentido amplio, todo lo anterior expuesto pone en evidencia que su naturaleza posee identidad propia, por lo que el tratamiento del mismo no es extensible a otros conceptos salariales. Si el bonus tiene un carácter discrecional en su implantación, la misma desaparece cuando el mismo se vincula a un contrato o un determinado Plan de bonus, estando entonces sometido al control judicial, lo que pone en evidencia la necesidad de redactar con claridad las condiciones del Plan de bonus y en particular la determinación de la cuantía de las cantidades a dicho plan.

El carácter no consolidable del bonus, pone de manifiesto que salvo acuerdo de las partes, plasmado en contrato o mediante voluntad inequívoca del empresario, el bonus puede minorarse en sucesivos ejercicios o incluso eliminarse en virtud del principio de tutela del ánimo de lucro de la empresa.

Tenemos que afirmar que tratándose de un concepto salarial, *el bonus debe de incluirse en la cuantía indemnizatoria*. No obstante dicha afirmación plantea excepciones cuando el trabajador ha percibido una cantidad, por una sola vez o se deriva de una actividad concreta, es decir, no estamos hablando de un

concepto variable estable (STSJ Madrid 11-03.2003) sino de un incentivo puntual.

En lo que respecta a los *salarios de tramitación*, examinando el antiguo art. 56 b ET, se dice que el trabajador percibirá: "una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia", por lo que habrá que ponderarse los salarios reales que el trabajador percibiría si no se hubiere procedido al despido y no aplicar de forma automática en la ponderación la parte proporcional del bonus percibido en el año anterior. Con la reforma laboral del 2012, dicha problemática ha disminuido, al eliminarse en gran parte los salarios de tramitación.

4.1.3. Gratificaciones extraordinarias

Su denominación induce al error, porque son salariales y obligatorias para el empresario. El trabajador tiene derecho a recibir un mínimo de dos pagas extraordinarias al año, una por Navidad y otra en el mes que se acuerde en convenio colectivo. Se puede prorratear en los doce meses si así lo preveé la negociación colectiva. En todo caso se abonarán en función del tiempo trabajado, es decir la base del pago estará en función del límite temporal fijado para su devengo, lo cual varía de unas organizaciones a otras (art. 31 ET). Determinados convenios prohíben el prorratoe de las pagas extraordinarias, por ejemplo el V Convenio de la construcción.

El art. 31 ET remite a los convenios colectivos en general sobre las gratificaciones extraordinarias:

a) La fecha de disfrute de las pagas extraordinarias. El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales –que con frecuencia corresponden con los meses de verano, en coincidencia con las vacaciones anuales.

b) La cuantía de las gratificaciones extraordinarias. La cuantía de las pagas extraordinarias se fijarán por convenio colectivo, pudiendo incluso fijarse pagas extraordinarias de cuantía inferior al salario base (STS de 9 de marzo de 1992).

c) El prorr泄eo de las gratificaciones extraordinarias en doce mensualidades. Sólo por vía de convenio colectivo podrá acordarse de que las gratificaciones extraordinarias se prorr泄een en las doce mensualidades (STS de 27 de septiembre de 2002), no pudiendo hacerlo por tanto unilateralmente el empresario (STS de 12 de junio de 2002).

4.2. Tipos de salarios según la forma y el momento de percibirlo

Una forma de clasificar la retribución salarial es el carácter extrasalarial y en especie.

4.2.1. Retribución extrasalarial

La definición genérica de estas partidas entra en la complejidad de su propia naturaleza. Una aproximación al concepto en un sentido amplio, nos permitirá afirmar que no lo son las cantidades percibidas como contraprestación directa de la actividad de trabajo (en base a lo dispuesto en el Art. 26.1 ET).

Conforme al art. 26.1 ET, es todo ingreso que se produzca por la realización del trabajo y en contraposición al mismo, se considerará salario, cualquiera que fuera su denominación, refiriéndose al término retribución como equivalente a salario según el STSJ Madrid 11-07-2005.

En unos casos aparecen como compensación aquellos gastos ocasionados al trabajador con el desarrollo de su trabajo, e igualmente, se incluyen como tales las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones por despidos o traslados.

Estarían dentro de las mismas las fórmulas concedidas unilateralmente por el empresario en forma de suplidos.

Se excluyen aquellos suplidos o remuneraciones, como el plus de transporte, indemnizaciones, etc. y en consecuencia los ingresos derivados de la acción social que no responden a la prestación por cuenta ajena o salario del trabajador.

A efectos prácticos, el tratamiento de estas partidas lo haremos en función de su tratamiento fiscal, o de su inclusión o no en la base de cotización, dando por tanto un contenido extensivo al art. 26.2 ET bajo la complejidad que presentan las múltiples excepciones.

En base al art. 109.2 del TRLGSS, no forman parte de la base de cotización: las dietas de viaje y los productos en especie. Son los que a continuación se van a detallar.

Las dietas de viaje:

Su finalidad es compensar los gastos de locomoción, alojamiento y manutención, ocasionados con motivo del desplazamiento fuera del lugar habitual de trabajo, para efectuar actividades propias de su puesto de trabajo (Ver art. 9 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas)⁹. Igualmente, los pluses de distancia y transporte urbanos, cuyo objetivo es compensar los gastos derivados del transporte del trabajador desde su domicilio al lugar habitual de trabajo. Se insertan también en este grupo las indemnizaciones por traslados, fallecimientos, percepciones por matrimonio, suspensiones y despidos, así como las prestaciones de la Seguridad Social, mejoras y asignaciones asistenciales. Finalmente estarían exentas del cómputo las compensaciones por quebranto de moneda (compensar al trabajador por los perjuicios derivados del desarrollo de un trabajo en el que se maneja pequeña tesorería), el gasto por desgaste de útiles y herramientas

⁹ Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero.

(compensando cambios de aceite y mantenimiento del vehículo por ejemplo), o el gasto por la adquisición de prendas de trabajo (siempre que tengan esta naturaleza).

Los productos en especie:

Según el art. 109.2.d Ley General de la Seguridad Social, son los concedidos voluntariamente por las empresas, como por ejemplo las entregas de acciones, gastos de comedores, etc.

Su consideración o no como rendimientos de trabajo, estará subordinado a los términos y límites previstos en la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Fisicas¹⁰ en el art. 43 y a su reglamento, citado anteriormente.

Las retribuciones extrasalariales no están sujetas a cotización de la Seguridad Social –en un sentido amplio-, además no deberán ser incluidas en el cálculo de la indemnización por extinción del contrato de trabajo (en los supuestos de improcedencia). No obstante, hay que precisar que para determinadas partidas el límite de exención a efectos de no inclusión en la base de cotización, se fija el tope del 20% SMI (Real Decreto 1426/1997, de 15 de noviembre)¹¹, por lo que aun participando de la condición *ab initio* de extrasalarial, el resto tendrá la consideración de salarial y estaría sujeto a cotización, desnaturalizando por tanto la conceptualización dada en sentido amplio del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM).

Dicho esto, unas consideraciones sobre algunos de los productos en especie y su tratamiento:

- a) Beneficios sociales: cesta de navidad
- b) Vales de guardería

¹⁰Ley 35/2006 de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

¹¹Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos de los Reglamentos Generales de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social y sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social

- c) Plus de distancia y transporte. Dietas y gastos de locomoción.
 - d) Otros conceptos extrasalariales.
- a) Beneficios sociales: Cesta de navidad

La cesta de navidad y los regalos de reyes no son salario, ya que no se integran en la obligación recíproca del contrato de trabajo. Se pueden considerar obsequios en función de ciertas fechas y no son jurídicamente exigibles obedeciendo por tanto a una liberalidad del empresario. Liberalidades que responden al uso social que se constituye en su fuente. Se trata de auténticas donaciones puras o simples que no se pueden considerar rendimientos de trabajo (STCT de 17 de Mayo de 1983) no responden directa ni indirectamente a una finalidad retributiva del trabajo, no se trata ni siquiera de donaciones remuneratorias.

La sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social, de 18 enero 1996, (RJ 3.249) entiende que *no constituye condición más beneficiosa* la entrega de la cesta de navidad que venía realizando desde hacía muchos años variando su contenido de forma pacífica, ya que constituye "pura liberalidad del empresario, que está facultado para suprimir los obsequios referidos".

- b) Vales de guarderías

En el acuerdo suscrito entre la comisión Permanente del Comité de Empresa y la Dirección de la Empresa se establece que los empleados que lo soliciten, de su salario actual podrán destinar una parte a vales guardería. De esta configuración de los vales guardería procede destacar aquí que estos no constituyen "per se" un concepto retributivo, pues la empresa no asume el coste del servicio de guardería, sino que es el propio empleado quien asume este coste al descontarse su importe de su salario.

Esta asunción del coste por el empleado excluye cualquier consideración sobre la posibilidad de aplicar el artículo 46.2.d de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, en adelante LIRPF, ya que nos encontramos

ante una retribución dineraria(el salario), de la que se detrae un importe para satisfacer el vale guardería.

c) Pluses de Distancia y Transporte. Dietas y Gastos de locomoción.

No tendrán la consideración de salarial los gastos de desplazamiento al centro de trabajo. Su cuantía no podrá exceder en su conjunto del 20% del IPREM. Sin embargo, fiscalmente los gastos ocasionados por el desplazamiento del domicilio habitual al centro de trabajo está sujeto a retención (DGT CV 16.10.06), ya se hallen en el mismo o en distinto municipio (salvo transporte público), ya que se consideran rendimientos de trabajo.

Bajo distintas denominaciones, se dice que son cantidades compensatorias por el traslado de los trabajadores a su centro de trabajo. Los pluses de distancia, compensan la mayor distancia al centro de trabajo, a los trabajadores que viven a partir de una determinada distancia o compensando el desplazamiento en sentido propio "el transporte" a veces se suple con servicios de autobuses. (TSJ Valladolid 11.02.02 JUR 101158/02)y su eliminación constituye una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Se presume que no tiene carácter extrasalarial, los pluses de distancia y movilidad, cuando se cobren con una cantidad fija y periódica, incluso en vacaciones (TSJ Asturias 26.07.02 AS 2293)

Dietas y gastos de locomoción. Vienen determinados por desplazamientos provisionales fuera del lugar del centro habitual de trabajo: comida, pernocta o transporte (TSJ Baleares 28.02.00 As 1144).Los gastos de manutención y estancia exigen fiscalmente que se realicen en municipio distinto al del centro de trabajo y domicilio del trabajador. Los gastos de locomoción se compensaran cuando se incurran en la realización de una actividad fuera del centro de trabajo.

Dichos conceptos se entiende que se produce en días laborables, es decir cuando se produce realmente el desplazamiento y que no se está ante un

traslado definitivo (TSJ Galicia 29.02.00 AS 49). En todo caso deberán estar dentro de los límites del IRPF.

El Criterio General viene determinado en: JUR 2003\189983. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, núm. 1686/2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2^a), de 9 junio.

Como se ha declarado en la sentencia de fecha 2.5.2000 (recurso 1419/96), el art. 73 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social – aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo- establece que “integrará la base de cotización la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que tenga derecho a percibir el trabajo, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por del trabajo que realice por cuenta ajena” (actual art. 109 Ley 1/1994 de 20 junio)

La normativa fiscal determina para estos conceptos, que los desplazamientos en ningún caso podrán ser superiores a nueve meses de forma ininterrumpida.

Las dietas no serán de aplicación para los trabajadores contratados en una obra determinada (Dirección General de Trabajo 6.03.00, en adelante DGT).

En el caso de centros móviles o itinerantes, no se atenderán a la naturaleza móvil de la actividad, si no a la movilidad del propio centro, DGT CV 7.02.06, en cuyo caso los trabajadores tendrán derecho a dietas. A estos trabajadores no les es de aplicación la movilidad geográfica prevista en el art. 40 ET.(Criterios técnicos de la Inspección de Trabajo).

El art.40.4 ET contempla la posibilidad de cambio de residencia temporal de los trabajadores a población distinta de aquella que sea su domicilio habitual, abanando además de los salarios, los gastos de viaje y dietas. El desplazamiento se comunicará con un preaviso no inferior a cinco días, debiendo de estar fundados en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción o bien por contrataciones referidas a la actividad de la empresa.

Los desplazamientos cuya duración en un periodo de tres años excede de doce meses, tendrán a todos los efectos el tratamiento de trasladados.

No tiene trascendencia respecto a la naturaleza salarial que la empresa internamente desglose los gastos con o sin justificación, cuando la cantidad resultante está por debajo de los límites legales que impone la normativa fiscal, estaremos ante conceptos extrasalariales no considerables como rendimientos de trabajo y por tanto no sujetos a indemnización.

d) Otros conceptos extrasalariales

El denominado “quebranto de moneda”, cuando éste compensa estrictamente los descuadres de caja que puedan producirse. Está excluido de cotizar y no tiene naturaleza salarial, como ya se indicaba en derogado Decreto de Ordenación de Salarios 2380/1073 de 17 de agosto (O. 22.11.1973).

El “seguro médico” costeado por el empleador en beneficio del trabajador, no puede acogerse como salarial, pues tiene la consideración de mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social conforme a reiterado y conocido criterio jurisprudencial.

Tampoco podemos considerar salarial las cantidades que la empresa abona, en concepto de uso de teléfono móvil, cuando el uso del mismo es derivado estrictamente de las actividades que el puesto de trabajo exige y por tanto no deben formar parte de la indemnización, TSJ Madrid 28.03.2007 (AS 2007/1659).

Sin embargo no se pueden considerar extrasalarial e indemnizatorios determinados complementos, que atienden a sufragar gastos exigidos no por la actividad laboral, sino a la propia actividad social del trabajador, debiendo tenerse como salario y encajando dentro del típico concepto de salario en especie.

Entre los mismos pueden nominarse la prima de expatriación, el complemento de vivienda o los gastos de escolarización.

4.2.2. Retribución en especie

La retribución en especie, según el convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, en delante OIT, es todo bien distinto del dinero percibido por el trabajado como contraprestación a su trabajo.

A efectos del IRPF (art. 42 LIRPF) se considera retribución en especie la que se caracteriza por la utilización, consumo u obtención para fines particulares, "de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio" inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien la concede.

El art. 26.1 ET señala que el salario en especie no puede superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador.

No obstante, la claridad inicial del concepto se ensombrece con las denominadas retribuciones en especie dinerarias. El propio Tribunal Supremo ha admitido la existencia de tales retribuciones en especie, como lo pone de manifiesto en la sentencia de 27 de junio 1990 (RJ 1990\5527), en la que se calificaba la "ayuda por vivienda" como un concepto retributivo que "reviste un indiscutible carácter salarial en especie".

Finalmente, dejar constancia que el art. 17 del LIRPF considera rendimientos íntegros de trabajo todas las contraprestaciones y utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven directa o indirectamente del trabajo personal.

En este contexto hay que reincidir en la falta de paridad absoluta entre el tratamiento social y fiscal. Con un tratamiento y denominación a veces no coincidentes. Se encontrarían por tanto los denominados *fringe benefits*, es

decir beneficios accesorios¹², que sirven de ajuste a la estructura salarial¹³ y que dependiendo de su tratamiento podrán tener naturaleza salarial o extrasalarial. En este orden de cosas, la citada LIRPF (Ley 35/2006 de 28 de noviembre) cita como retribuciones en especie a efectos de su valoración: el uso o alquiler de viviendas, préstamos con tipos de interés al legal del dinero, gastos de manutención, hospedaje y viajes de turismo, gastos de estudio, planes de pensiones, seguros de dependencia, uso o entrega de automóviles...

Sin embargo, se excluye de las mismas –retribuciones en especie– y dentro de unos límites: las entregas de productos a precios rebajados que se realicen en cantinas, comedores de empresas o economatos (como fórmula indirecta de participación estarían los tickets de comida, con importe máximo de 9€); la utilización de bienes destinados a servicios sociales y culturales del personal empleado (servicios de primer ciclo de educación infantil); entregas de acciones, siempre que los títulos se mantengan durante tres años junto con a otros requisitos; gastos de actualización o reciclaje del personal; los contratos de seguro con cobertura de responsabilidad civil o accidente laboral (también seguros de enfermedad), y la prestación del servicio de educación preescolar, infantil, primaria..., en centros autorizados, a los hijos de los empleados, con carácter gratuito o por precio inferior al mercado (Ley 35/2006 art. 42 modificado por el RD 6/2010; arts. 43 a 48, R. IRPF RD 439/2007 de marzo, modificado por el RB 1789/2010).

Como conclusión, unas consideraciones sobre las retribuciones en especie:

- Tiene su origen en la relación laboral.
- Su utilización, consumo u obtención de bienes, derechos o servicios.
- No es necesario de la existencia de un gasto real para el cedente.

¹² NOTA: Respecto de los cuales se utiliza la denominación –con clara influencia anglosajona– beneficios extrasalariales, retribuciones extralariales, etc.

¹³NOTA: Dice la OCDE que son beneficios accesorios aquellas retribuciones en metálico o en especie actual o diferida en el tiempo, con ocasión del trabajo o en el desempeño del mismo, no derivándose directamente de él sino de la concurrencia de algún otro acontecimiento. Ver: Milgrom, Paul y Roberts, John: "Economía, organización y gestión de empresas". Barcelona: Ariel, 1993 págs. 469 y sgts.

- Su disfrute es para fines particulares, además de forma gratuita o por precio inferior al mercado.

4.2.3. Liquidación y pago del salario

El art. 29.1 ET remite a los convenios colectivos en general sobre:

- a) La fecha, el lugar de liquidación y pago del salario. Se remite a los convenios colectivos en general la fecha y el lugar del salario. En cuanto al pago, téngase en cuenta, que conforme a lo dispuesto en el mismo precepto, el periodo de tiempo para las retribuciones no podrá exceder de un mes y que el pago debe hacerse puntualmente.
- b) El recibo de salarios. Por convenio colectivo-sectorial o de empresa-y, en su defecto, por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, se puede establecer un modelo de recibo de salarios distintos del aprobado por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social –véase la Orden de 27 de diciembre de 1994-, pero con la exigencia de "que contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan".

Sobre la entrega de la nómina en papel o no hay jurisprudencia que nos dice que tiene que haber un acuerdo en convenio sobre el modo de recibir la nómina si en papel o de otra forma. El art 29.1 párrafo 3 ET nos dice que "la documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago". La sentencia 22 diciembre 2011 del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, sección 1^a) obliga a entregar los recibos salariales en papel, entre otras cosas porque "la omisión de la entrega material del recibo al empleado puede desvirtuar la función probatoria atribuida a dicho documento". Además para que la empresa utilice la forma de poner en conocimiento la nómina a través de la página web, tiene que haber un previo

acuerdo de las partes o acuerdo colectivo, con la posibilidad de imprimirllo. De lo que se desprende que la empresa no puede, de forma unilateral, sustituir su obligación de entregar el recibo de salarios en soporte papel por la puesta a disposición informática del mismo; es necesario que así lo legitime el convenio colectivo o el “acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Hasta ahora la práctica más habitual que se ha ido implantando es la entrega por intranet, por lo tanto el que el trabajador se la tenga que imprimir “perjudica a los trabajadores en cuanto que se desplaza sobre ellos la carga de la búsqueda informática de la documentación sobre las percepciones salariales.”. ¿Cómo pruebas que la has entregado? El art. 1155 del Código Civil, habla que la obligación de entregar el recibo no es una obligación de hacer sino una obligación de resultado. No se puede hacer una modificación unilateral en la entrega del recibo salarial sino es con un previo acuerdo o pacto colectivo.

4.3. Compensación y absorción salarial

Dentro del tema del salario es necesario hablar de la política retributiva que es una de las principales palancas de gestión para mover y alinear los objetivos estratégicos con los objetivos individuales. Dentro de esta política hay unos factores que influyen en la fidelización del empleado así como otros a tener en cuenta para la compensación integral.

Los sistemas de compensación son una herramienta estratégica que no debe entenderse únicamente como una mera contraprestación al trabajo realizado. Los empleados desean oportunidades de progresar y aprender, quieren mayores responsabilidades para poner a prueba todas sus competencias etc.

Para una **mayor fidelización y permanencia** de los empleados en la empresa, además de la retribución monetaria, influyen una serie de **factores**:

- Desarrollo de carrera y posibilidades de aprendizaje
- Reconocimiento por un trabajo bien hecho
- Trabajo desafiante
- Disfrutar del trabajo
- Un trabajo con sentido y que marque la diferencia
- Autonomía y sentido de control sobre el propio trabajo
- Equipos excelentes
- Flexibilidad
- Sentido de pertenencia
- Estilo de dirección

La compensación y absorción siempre ha tenido como objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras y por lo tanto el incremento salarial previsto en el marco convencional, si es absorbido y quedase compensado por el salario que ya percibiera el trabajador afectado como consecuencia de un acuerdo pactado con el empresario. Nuestra jurisprudencia solo admite dicho mecanismo, respecto a partidas salariales homogéneas, es decir cuando las mismas obedezcan a finalidades análogas, dejando fuera de dicho mecanismo aquellas partidas ligadas a las características del trabajo –es decir complementos de puesto de trabajo o aquellas que remuneran la cantidad de trabajo realizado-complementos de cantidad- STS de junio de 1994 (RJ 1994, 5419).

Conforme al art. 3.3 ET a falta de previsión expresa o pacto, opera este mecanismo de compensación y absorción, cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia.

A medio y largo plazo, los empleados quieren incentivos múltiples en su lugar de trabajo, de modo que, si bien los incentivos económicos son

importantes en los sectores privados y públicos, también merecen atención los sistemas de incentivos más complejos.

La compensación total hay que entenderla en términos de *compensación integral*, y dicha integración se produce fundamentalmente en la conjunción de los siguientes factores que a continuación se desarrollan:

- Retribución y salario
- Beneficios sociales
- Formación, desarrollo e innovación
- El salario emocional

a). **Beneficios sociales**

Hablar de beneficios sociales es hablar de retribución flexible, el llamado ahora tras la reforma laboral la flexibilidad interna en materia salarial. Más adelante, en el apartado 7 se tratará este tema.

Hay que entenderlos como aquellos que la empresa da a sus empleados con carácter genérico. Se otorgan por pertenecer a la empresa o desempeñar un puesto de trabajo, pero no son contraprestación –en sentido propio– al trabajo realizado, y se otorgan con independencia del nivel o categorías.

Su naturaleza suele ser básicamente extrasalarial, pero existen excepciones dependiendo de la modalidad elegida que más adelante expongo.

Dentro de los beneficios sociales encuadraríamos por ejemplo las cafeterías, economatos, guarderías, plan de acciones, stock options, protección de la salud para la familia, pensiones, descansos remunerados, programas para cubrir gastos de estudios (al nivel que sea, para el empleado o un hijo en edad escolar), etc. En la misma línea se incluirán los programas de reconocimiento de méritos, placas conmemorativas, distinciones que sirven para alentar esfuerzos adicionales con unos objetivos muy específicos.

En algunas empresas los beneficios sociales no son totalmente gratuitos y sólo una parte de los mismos los financia la empresa, por lo que la diferencia (descuento de nómina) tendrá carácter salarial. En cualquier caso, el empleado

obtendrá el producto ofertado a un precio inferior al mercado, lo cual supone en sí mismo un beneficio indirecto. La importancia de los beneficios sociales reside, en gran medida, en la visualización y valoración permanente por parte de los trabajadores de dicha remuneración, de manera que la empresa a través de ellos produce un efecto psicológico positivo y estable en el trabajador, mejorándole emocionalmente.

Un buen plan de retribución flexible permite mejorar su relación con la empresa y se puede adaptar perfectamente a las necesidades de los empleados. Para las empresas, especialmente las pymes, esto es importante impulsar, poder ofrecer a sus empleados una retribución flexible que permita optimizar los salarios de los empleados sin que ello represente un coste para la empresa. Por ejemplo dentro de los beneficios sociales que pueden ofrecer las empresas es el seguro médico, que es el que cuenta con más demanda.

Hay empresas que elaboran una guía con un paquete de Beneficios Sociales que ofrecen a sus trabajadores de forma adicional a su retribución dineraria. Se trata de un **Plan de Compensación Personal**, en adelante PCP, que permite incrementar la Retribución Neta del empleado destinando una parte a la Retribución Fija o Variable Anual (dependiendo de los casos) a una serie de productos o servicios determinados, a alguno de los cuales seguramente ya se está destinando una parte del salario para satisfacer las necesidades personales.

También se habla de la “retribución a la carta” para mejorar los salarios sin aumentar los costes. Es decir se redistribuye el salario total que percibe el trabajador, de forma que el empleado gane más sin que a la empresa le cueste más dinero. No se trata de pagar más, sino de pagar mejor.

La empresa pone a disposición de la plantilla un paquete de productos y servicios a sus empleados. Por ejemplo: Seguro de vida, seguro de salud, equipos informáticos, líneas ADSL, formación, vales de comida, guarderías, seguros de accidentes, alquiler de viviendas, etc, en donde el trabajador elige voluntariamente productos que le convengan en función de sus necesidades y

preferencias personales y económicas, amoldándose la empresa a la Retribución Anual del trabajador. Es decir el empleado elige cómo quiere cobrar, cambiando parte de su retribución dineraria por productos o servicios que harán que su retención salarial disminuya y por tanto aumente su líquido total.

Los beneficios que obtienen el empleado son principalmente dos: económicos y fiscales. Beneficios económicos porque los productos y servicios incluidos en el PCP, al contratarse a través de la empresa y de forma colectiva, se obtienen mejores condiciones económicas de las que se obtiene a nivel individual. Y beneficios fiscales porque la ley del IRPF establece que una serie de productos y servicios, al ser contratados por la empresa están exentos de tributación, y otros, tienen considerables beneficios fiscales.

Adjunto en el anexo un ejemplo de un PCP (documento nº 1) que aunque sea del año 2009 sirve de modelo para realizar una guía, ateniéndose siempre a lo que la Ley del IRPF establezca.

Según el estudio de la Guía Laboral 2013, elaborada por Hays¹⁴, señala que las empresas se están viendo obligadas a buscar nuevas fórmulas para captar y retener talento con presupuestos más reducidos. El pasado año la mitad de las empresas congelaron los salarios. Las fórmulas mixtas, que incluyen un componente variable y de beneficios no financieros, se afianzan en el panorama laboral. Un 56% de las empresas españolas pagan remuneración variable a sus empleados, normalmente ligada a resultados y objetivos, tanto individuales como de equipo o en referencia a los resultados generales de la empresa.

Este año 2013 se ha centrado la forma de remuneración en los beneficios no financieros, que cuentan con una aceptación del 90% entre los profesionales. Mientras que en el 2011 eran un 30% las empresas que no ofrecían este tipo de beneficios a los empleados. Este año son apenas un 16% las que no lo hacen. Los más populares son el coche de empresa (44%) y la

¹⁴ Multinacional británica dedicada a la selección de profesionales cualificados

formación externa (42%). Esta última de especial aceptación entre los empleados, ya que aporta un valor añadido a su perfil profesional y hace aumentar su empleabilidad.

b). Formación, desarrollo e innovación

Otro aspecto crítico en esta materia es el de la formación. Se intensifica su valor añadido en los últimos años a través de la implantación de las nuevas tecnologías y se basan en la necesidad de adaptación permanente a las nuevas exigencias del mercado. Históricamente estas variables siempre han sido ponderadas por los empleados, por cuanto que aportan valor añadido tanto a la organización en su conjunto –en términos de capital humano- como a los empleados individualmente considerados (adición de tareas que enriquezcan el puesto, incrementos en el nivel de responsabilidad, autonomía y mejoras en la calidad del trabajo, etc)

La presencia e importancia de dichos indicadores (F+D+I)¹⁵ en las organizaciones es uno de los factores insustituibles para atraer talento y elevar el nivel de competitividad; de contrario, su ausencia determinará un alto nivel de rotación. En este orden de cosas, por ejemplo los estudios realizados en distintos centros asistenciales demuestran que si bien el dinero es un incentivo importante, los empleados también señalaron como factores que aumentarían su efectividad y, por lo tanto, su motivación: el acceso a mejores materiales de investigación, suscripciones a publicaciones importantes en su campo, acceso a internet para intercambiar diagnósticos sobre temas específicos y la oportunidad de presentar resultados de sus investigaciones y estudio en foros acreditados.

¹⁵ Formación, Desarrollo e Innovación

c). El salario emocional¹⁶

Hoy cobra especial relieve la compensación emocional, la cual implica que el trabajador está afectado en el desarrollo de su actividad a nivel emocional, tanto por factores internos como externos.

Los primeros, son el liderazgo, el estilo de dirección, el nivel de comunicación en la empresa, el nivel de conflictividad, la flexibilidad, la participación en grupos de trabajo, etc. Los factores externos son: la imagen de la empresa, el orgullo de la marca, el prestigio, etc. Para algunos trabajadores su identificación con la organización y la causa a la que sirven es un incentivo.

Esto es más evidente en organizaciones sin ánimo de lucro impulsadas por una misión. En ellas la motivación con frecuencia es generada por el poder mismo de la misión y otros incentivos no económicos. En otros casos se buscan ámbitos de trabajo que fomenten una amplia comunicación y estimulación externa, lo cual amplía las posibilidades de desarrollo de sus miembros al poder decidir el ámbito de impacto de su creatividad e innovación.

La distribución y contenido de la compensación total dependerá de la cultura organizacional y por tanto será la estrategia de cada empresa la que ponga énfasis en unos factores u otros. No obstante, el primer paso, es reunir la máxima información sobre el tipo de recompensa que los empleados aspiran a recibir por su trabajo, sus niveles e indicadores de motivación y la probabilidad de obtener la recompensa –en caso de establecer incentivos- en base al esfuerzo realizado. Dicho de otra manera, es crucial que los empleados participen en la elaboración del sistema.

Las cuestiones que me planteo en esta línea: ¿Se sienten las personas reconocidas en su trabajo?, ¿Están las personas adecuadamente remuneradas?, el sistema de incentivos de la organización ¿alienta o desalienta

¹⁶En Estados Unidos, más de 15 millones de las ejecutivas con ingresos superiores a 100.000 dólares, no están satisfechas. STANNY, Bárbara: "Secrets of six-figure women: surprising strategies to up your earnings and change your life", 2002

el desempeño del personal?, ¿Apoyan las recompensas niveles de comportamientos excelentes?, ¿Está adecuadamente administrado el sistema de incentivos?, ¿Existe en las empresas un análisis de las necesidades de los empleados?, ¿Fomenta la retribución el desarrollo y la competitividad?, ¿Existe coherencia entre los motivos por los que se recompensa a las personas y lo que la organización demanda?, ¿Conocen los empleados el sistema de retribución?

Bajo el prisma de la compensación total, en nuestros días está cada vez más en auge lo que viene a denominarse “compensación a la carta” o retribución flexible; es decir, la asignación del paquete retributivo a la medida de cada empleado. Estamos por tanto ante la flexibilización de las políticas de compensación, priorizando la satisfacción de sus empleados, por encima de normas o estándares preconcebidos, lo que en muchos casos supone una auténtica limitación a la inversión.

- Caso de absorción de una subida salarial:

Antón percibe las remuneraciones adjuntas durante el mes de diciembre de 2012. Si el salario mínimo interprofesional se incrementa en un 4% ¿tiene la empresa la obligación de incrementarle su salario en un 4%? Datos:

- | | |
|-----------------------|---|
| - Salario base: 720 € | - Plus actividad: 100 € |
| - Antigüedad: 45 € | - 2 pagas extraordinarias del salario base más antigüedad |

Teniendo en cuenta que el RD 1888/2011 de 30 de diciembre, por el que se fija el Salario Mínimo Interprofesional, en adelante SMI, para el 2012, el art. 3 de Compensación y absorción dice que “a efectos de aplicar el último párrafo del artículo 27.1 del ET, en cuanto a compensación y absorción en cómputo anual por los salarios profesionales del incremento del salario mínimo interprofesional se procederá de la siguiente forma:

La revisión del SMI establecida no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando tales salarios en su conjunto y en cómputo anual fuesen superiores a dicho salario mínimo.

A tales efectos, el salario mínimo es cómputos anual que se tomará como término de comparación será el resultado de adicional al salario mínimo fijado, sin que en ningún caso pueda considerarse una cuantía anual inferior a 8.979, 60 €.

Estas percepciones son compensables con los ingreso por todos los conceptos viniesen percibiendo los trabajadores en cómputo anual y jornada completa.

Las normas legales o convencionales y los laudos arbitrales que se encuentren en vigor en la fecha de promulgación de este real decreto subsistirán en sus propios términos, debiendo en consecuencia, se incrementados los salarios profesionales inferiores al indicado total en la cuantía necesaria para equipararse a éste.

En primer lugar conocemos que el SMI del 2012 asciende a 8.979,60 €. Un incremento del 4% (358,18€) supondría encontrarnos con una cantidad final de 9338,78 €. Dado que el principio de compensación y absorción es factible tomando como referencia el salario en cómputo anual, tenemos que calcular la retribución total que percibe Antón durante el año 2012. Para ello realizaríamos las siguientes operaciones:

- Salario base: 720 € x 12: 8.640 €
 - Antigüedad: 45 x 12: 540 €
 - Plus de actividad: 100 e x 12: 1.200 €
 - Gratificaciones extraordinarias: salario base más antigüedad cada una de las pagas extraordinarias: 1.530 €
- TOTAL: 11.910 €

Podemos observar en primer lugar la contabilización de las dos pagas a las que como mínimo tiene derecho. Queda claro que el salario anual de Antón supera con creces los 9.333,78 €. Luego, la empresa no tiene ninguna obligación de incrementar el salario, absorbe la subida salarial compensándola con la diferencia con la que ya cuenta (2.571,22€).

Si además imaginemos que cobra una mejora voluntaria de 1.000 € y el Convenio Colectivo incrementa un 3% sobre todos los conceptos salariales ¿cómo actuaría la empresa?

- Si el total del salario según convenio 2012 es: 10.380 €
- Mejora voluntaria: 1.000 €

TOTAL: 11. 380 €

- La subida del 2012: $10.380 \times 3\% = 311,4$ €
- Total 2012 convenio con subida: 10.691, 40 €
- La compensación: 311,4 €, actualizado el salario según convenio a 10.691,40 €
- La absorción (311,4€) de la mejora voluntaria: 688,60 €

TOTAL: 11.380 €

4.4. Informe de la OIT sobre la devaluación salarial en España

Una vez finalizada la exposición del salario desde varios puntos de referencia, puedo concluir que actualmente el salario se nos presenta como una variable vulnerable en las políticas retributivas que queda en manos de unas decisiones políticas y empresariales.

Por todo ello, el salario es fijado y desgranado en diversos componentes. De ahí y según la perspectiva con la que se estudie que podamos hablar de salario mínimo interprofesional, salario bruto, neto y también de salario medio.

Una valoración del salario medio permite establecer el nivel salarial medio dado por la media de todos los salarios percibidos por los individuos independientemente de su categoría profesional. Su importancia es tal, que debe ser utilizada como una variable macroeconómica más.

Por ello disponer de datos reales sobre el mismo así como buscar una correcta correlación entre la evolución de la economía y el salario percibido por los trabajadores es fundamental en toda política económica de un país. Esto hace que las empresas estén limitadas a la hora de fijar el salario de sus trabajadores y que la administración intervenga para fijar algunos límites tales como el salario mínimo que el trabajador debe percibir por su trabajo.

Según el "Informe sobre el trabajo en el Mundo 2013" de la OIT, los salarios crecieron en los países emergentes y bajaron en los desarrollados, durante el año 2011. En nuestro país, los salarios bajaron entre un 3 y un 4% entre el 2010 y 2011. España ilustra el impacto de las políticas destinadas a reducir el coste de la mano de obra con respecto a la producción, según OIT. Para ser competitivos no podemos devaluar la moneda porque estamos en el euro, luego nos exigen devaluar los internos, es decir, los salariales.

Además en España las diferencias salariales está fuertemente determinada por la comunidad autónoma en la que se trabaje. Por norma general, Madrid ocupa la primera posición en cuanto a salarios, seguida de Barcelona, Bilbao, Valencia y Sevilla. Las empresas se están viendo obligadas a buscar nuevas fórmulas para captar y retener el talento con presupuestos más reducidos.

Según el artículo del periódico de Expansión "Los españoles cobran un 16% por debajo de la UNE", apartado de Economía y Política (21.05.2013), "los trabajadores españoles cobran de media 1.615 euros brutos al mes, lo que supone 321 euros menos (-16,6%) que el promedio de la UE (1.936 euros), según el Monitor Adecco de Oportunidades y Satisfacción en el Empleo, que sitúa así a España en el puesto 15 de este ranking que encabeza Noruega, donde se cobra hasta un 34% más (3.644 euros). Los españoles cobran un 16,6% por debajo de la media de la UE."

Por otro lado, según la Guía Laboral 2013 elaborada por Hays, anteriormente mencionada, encontramos que en España "hasta un 30 % de los trabajadores en paro rechazaron una oferta de trabajo en el 2012". ¿Las razones? En la mayoría de los casos, el salario no era suficiente. A parte de esto, los desempleados han rechazado ofertas de trabajo porque no se adecuaban a su experiencia o área de formación (27,5%) o porque el proyecto no era interesante (22,5%).

La OIT lanza una advertencia sobre las medidas adoptadas por varios países entre ellos España para salir de la crisis, porque dice que las políticas para ganar competitividad y mejorar las exportaciones, están ahogando el crecimiento interno. Y es que los españoles cobramos un 16,6% por debajo de la media de la UE. Advierte que unos sueldos muy bajos pondrían en riesgo el cumplimiento del déficit. Desaconseja ahondar en la devaluación salarial en España porque tiene el riesgo de deprimir más el consumo y castigar el empleo.

Sin embargo según el artículo del periódico El País del 3 de junio de 2013 de Gómez, Manuel V., la OIT no se lanza a analizar con profundidad la reforma laboral, porque "hay todavía poca información estadística para evaluar esos cambios legales". No obstante desde que se aprobó la reforma, España se ha adentrado en el camino de la devaluación interna como vía para ganar competitividad.

Además, "explica que si la desigualdad salarial ha crecido en España durante la crisis es porque la mayor parte de los despidos se han producido entre los trabajadores con salarios más bajos" según la agencia Efe en El Periódico.

Por otro lado la OIT aconseja apoyar a las empresas, en especial a las pymes, haciendo que el crédito fluya cuanto antes. Según dice la OIT "no habrá recuperación económica a menos que se reanude el crédito a las pymes"¹⁷.

¹⁷ "Informe sobre el Trabajo en el Mundo 2013", Ginebra, 3 de junio de 2013

Sólo así, asegura, se podrá cumplir el objetivo de recuperar la actividad económica y crear empleo.

La OIT constata que España es, junto con Chipre, República Checa, Grecia, Italia Portugal y Eslovenia, uno de los países en los que más ha crecido el descontento social-salarial entre el 2010 y 2012.

La productividad de un país o de una empresa puede perfectamente aumentar pero no por la vía de los salarios sino por ejemplo por la vía del aumento del desempleo. Si se disminuye la plantilla de una empresa o aumenta el paro de un país, la productividad aumenta. Pero la productividad no es un dato real, hay que matizarlo, si aumentando la productividad porque aumenta el paro, entonces disminuye el consumo. O sea que la disminución del consumo puede venir por una disminución de la renta disponible motivada entre otros factores por un aumento del paro.

Además puede una empresa competir más fuera porque el conjunto de los costes salariales han disminuido al reducir la plantilla o aumentar tu competitividad porque que se reduce el salario.

España, como en toda Europa, desde 1907 al 2007, ha tenido un crecimiento muy importante, tanto de la participación del capital como en las rentas del trabajo. Los salarios de los directivos se han disparado, los salarios de los trabajadores se han mantenido a un ritmo de crecimiento en base a los acuerdos de convenios colectivos, contamos son salarios mínimos interprofesionales, y al llegar al 2007 se ha producido un parón fruto de la crisis económica en toda Europa. En cambio en los países como China o India, en donde los salarios estaban bajísimos han tenido la oportunidad de crecer de forma mucho más espectacular por el ritmo de crecimiento del PIB de 10 a 12 %. Mientras que en los países occidentales con un crecimiento del 1 o 2 % o incluso negativos es imposible mantener seguir el ritmo.

La especial ventaja que tiene la reforma laboral es la flexibilidad interna que facilita a las empresas. Esta flexibilidad supone que puede, en un momento

determinado, reducir salarios o cambiar las circunstancias de las condiciones de trabajo, cosa que esto antes no se podía hacer. Estas medidas lo que hacen es evitar que muchas empresas lleguen a una posición final inaguantable y vayan a la expulsión y generación de paro y desempleo. Por lo tanto si funciona bien la reforma laboral lo que tiene que llevar es a evitar a medio plazo las extinciones laborales de trabajo a través de una mayor flexibilidad interna de las empresas. Esto hizo Alemania en el 2005 (sin salario mínimo interprofesional pero sí tienen salarios mínimos garantizados en los convenios sectoriales), flexibilizando la jornada y flexibilizando los salarios, de tal forma que esta capacidad de la empresa en flexibilizar estos dos aspectos permite que muchas empresas no tengan que llegar a cierre. Es verdad que se pueden dar salarios inferiores con la reforma pero siempre que eso signifique que la empresa no cierre. Siempre hacemos un sacrificio para evitar otro mucho peor.

Por lo tanto las políticas de flexibilización no son una solución cuando no hay crecimiento porque ahogan el consumo interno y en consecuencia afectan a las importaciones. Al final reactivar el consumo es la clave. Si el consumo no aumenta, se produce un círculo vicioso. Por eso hay que generar empleo y generar empleo es generar renta y por lo tanto se activa el consumo y así todo se pone en marcha.

Entonces si las empresas se ven imposibilitadas para crecer ¿cómo generar empleo? Ahí se necesitarían medidas mucho más drásticas por parte del gobierno a la hora de facilitar empleo especialmente a toda una generación joven en desempleo, facilitando la contratación, en el coste de la Seguridad Social, en el IRPF de los trabajadores etc. es decir creando un marco de interés y de facilidad para que las empresas contraten a este tipo de personas.

Y por otro lado es necesario y me parece muy importante es una *acción solidaria* de las empresas para querer contratar un porcentaje importante de personas en paro. Es necesario el compromiso de las empresas de una verdadera responsabilidad social corporativa. Si éstas asumen como ventaja competitiva a largo plazo, la responsabilidad social corporativa, se aumentaría

la productividad y la competitividad. Pienso que si la empresa contrata para formar y generar profesionales para el país, desde la práctica y la formación profesional, contribuirían a una verdadera inserción laboral, apostando por la productividad global del país desde la “acción solidaria” o responsabilidad social corporativa.

Hay que generar empleo sobre todo de la gente más joven porque socialmente más lo necesita y esta generación de empleo necesita solidaridad por parte de la empresa. Las empresas necesitan medidas por parte del gobierno que permita una generación de renta y un incremento del consumo, pues el crecimiento hay que financiarlo de alguna manera.

¿Y en España qué va a pasar con el “precio” del salario? El coste por hora trabajada en nuestro país es de 21,88 euros, muy por debajo del fijado en otros países europeos. Lo que nos permite concluir que España es un país de salarios bajos y va camino de convertirse en uno de impuestos altos.

Las graves dificultades continúan y condicionan a las empresas para mantener empleo y su propia actividad, por lo que también resulta necesario seguir avanzando en medidas de flexibilidad laboral y moderación salarial, conforme al reciente II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.

5. ASPECTOS CRÍTICOS EN MATERIA SALARIAL

Después de hablar detalladamente sobre el salario, su estructura, tipos de retribución, forma de pago y su importancia dentro la política retributiva de una empresa, se trata ahora de comentar algunos aspectos críticos en materia salarial tras la reforma laboral del 2012. Se trata de comentar algunos artículos del ET que han sido modificados y que tienen una repercusión en nuestro ordenamiento jurídico en materia salarial.

La reforma introducida en el ET por el RDL 3/2012, ha sido particularmente incisiva en lo que se viene conociendo como “mecanismos de flexibilidad interna en la empresa”, esto es, movilidad funcional y geográfica, modificación sustancial de condiciones, reducciones de jornada y modificación o descuelgues del convenio colectivo de aplicación en la empresa.

5.1. La modificación del sistema de clasificación profesional

El sistema de clasificación profesional de los trabajadores pasa a tener como única referencia el grupo profesional (art. 22 ET y disposición adicional 9ª LRML) frente al hasta ahora “categorías o grupos profesionales”, basado en la rigidez de la noción de categoría profesional (preámbulo), lo que desde luego amplía el juego de la movilidad funcional en manos del empresario o por decirlo en términos del preámbulo de la norma, hace de la movilidad funcional ordinaria “un mecanismo de adaptación más viable y eficaz”. Se establece ahora (art. 22.4 ET modificado) que por acuerdo entre el trabajador y el empresario, “se asignará al trabajador a un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente alguna de ellas.”

De acuerdo con el nuevo art. 22 ET, el sistema de clasificación profesional sigue teniendo que ser establecido por convenio colectivo o por acuerdo entre

la empresa y los representantes de los trabajadores, pero girando exclusivamente en torno al grupo profesional.

El art. 8 DLRML modifica el art. 22 del ET sobre el sistema de clasificación profesional donde **desaparecen las categorías profesionales**, siendo el grupo profesional como única referencia. La Disposición Adicional 9^a del DLRML dispone de un plazo de un año para que los convenios colectivos en vigor adapten su sistema de clasificación profesional al nuevo marco jurídico. Según dice el profesor Montoya¹⁸, "la disposición adicional 9^a no establece ninguna consecuencia para el caso de que se incumpla dicho plazo de un año, ni ninguna medida para compelir a los agentes sociales a emprender la negociación. Así pues, la revisión del sistema de clasificación profesional del convenio fuera de plazo no tendría más efectos que las propias dificultades e inseguridad jurídica que tendría que atravesar la empresa en este ámbito mientras dicha revisión no se lleve a efecto."

Es decir que al desaparecer la noción de categoría profesional, se establece el sistema de clasificación profesional en torno al concepto de grupo profesional que podrá incluir distintas responsabilidades atribuidas al trabajador, asignándose el grupo y estableciéndose el contenido de la prestación laboral objeto del contrato por acuerdo entre trabajador y empresario. Y se adecua el art. 39 ET en materia de movilidad funcional.

Esto afecta directamente a la movilidad funcional (art. 39 ET) y a la retribución. Se deberá asignar al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo o solamente a algunas de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo. Con esta

¹⁸ David Montoya Medina, profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Alicante.

medida se trata de facilitar la adaptación de las condiciones laborales a la realidad de la empresa.

Entonces ¿qué sistema y criterios serán los equitativos para hacer los grupos profesionales? ¿Qué criterio va a aplicar cada empresa o sector para agrupar las categorías profesionales a grupos para lograr una equidad objetiva? Esta medida va a llevar a motivos de mal clima laboral, desmotivación o conflictos internos. Se va a tener que ser muy objetivo y transparente para hacer una justa evaluación del desempeño. Además creo que es una medida que pretende que se genere polivalencia en los puestos.

También en materia de clasificación profesional, el reformado art. 39 ET sigue dando respuesta al problema de cómo clasificar al trabajador en aquellos casos en que se pacte su polivalencia funcional, esto es, que desarrolle funciones correspondientes a dos o más grupos profesionales diferentes.

Tras esta reforma laboral del 2012, puede afirmarse abiertamente que el marco contractual en el que opera la polivalencia funcional sigue siendo ampliamente criticable, no tan sólo por el amplio contenido funcional que el propio acuerdo sobre la polivalencia puede abarcar y de las repercusiones que ello tiene sobre la teoría general de los contratos y otros institutos jurídicos como es el poder de dirección o el "ius variandi", sino por cómo se articulan las distintas fuentes normativas que intervienen en la configuración de las funciones exigibles al trabajador mediante la polivalencia funcional.

El art. 39.5 ET decía que en casos en que se pacte la polivalencia funcional, la clasificación profesional del trabajador se efectuaría en virtud de las funciones "que resulten prevalentes". Lo cierto es que dicha dicción legal no resulta del todo clara pues como "prevalencia" podía entenderse tanto como las funciones de mayor nivel como las ejercidas por el trabajador durante más tiempo. Ello no obstante, se ha venido comúnmente entendiendo que la Ley apostaba por la clasificación profesional en función de las funciones que se desarrollasen por más tiempo, descartándose el criterio de la preeminencia de las funciones.

Queda sin embargo la duda de si los convenios colectivos pueden seguir atribuyendo carácter dispositivo a la regulación legal y sustituirla por la regla general de la preeminencia.

La nueva reforma facilita la flexibilidad externa, favoreciendo tanto la movilidad geográfica como funcional, pero no ha profundizado lo suficiente en el área de la flexibilidad interna. Por otra parte pienso que se va a producir excesiva ambigüedad provocada por la desaparición de la categoría profesional a favor del grupo profesional porque va a afectar a efectos retributivos en la equiparación de puestos de trabajo.

5.2. Suspensión del contrato o reducción de la jornada

El art. 47 ET se incorpora las causas de suspensión del contrato, las causas económicas, técnicas, organizativas y productivas.

- Económicas: cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

- Técnicas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.

- Organizativas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.

- Productivas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

El procedimiento de suspensión de contratos y reducción de jornada aprobada por el DLRML, aplicable cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados, consiste básicamente en:

1º). Comunicación a la autoridad laboral competente y apertura simultánea de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días. La autoridad laboral dará traslado a la gestora de las prestaciones por desempleo y recabará informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que debe ser evacuado en el improrrogable plazo de 15 días.

2º). Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión (previamente se encontraba sometido a decisión de la autoridad laboral). Se suprime la mención a la razonabilidad de la medida y la superación de la situación coyuntural.

3º). Cuando el período de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas y solo podrá ser impugnado por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. También podrá ser impugnado el acuerdo por la autoridad laboral a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo si se pretende la obtención indebida de las prestaciones.

Los mecanismos de suspensión mencionados no serán de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado.

Las decisiones empresariales relativas a la suspensión de los contratos de trabajo o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, serán impugnables

ante la jurisdicción social mediante el proceso previsto para la impugnación de las decisiones de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Cuando afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos para los despidos colectivos se tramitará a través del proceso de conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual. Se declarará nula la decisión empresarial adoptada, entre otros motivos, eludiendo las normas relativas al periodo de consultas.

Se permite que empresario y representación de los trabajadores sustituyan el periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje.

Finalmente, en materia de impugnación de las decisiones empresariales, se establece que, cuando la medida sea declarada injustificada, *"la sentencia declarará la inmediata reanudación del contrato de trabajo y condenará al empresario al pago de los salarios dejados de percibir por el trabajador hasta la fecha de la reanudación del contrato o, en su caso, al abono de las diferencias que procedan respecto del importe recibido en concepto de prestaciones por desempleo durante el periodo de suspensión, sin perjuicio del reintegro que proceda realizar por el empresario del importe de dichas prestaciones a la entidad gestora del pago de las mismas"* (art. 47 ET).

5.3. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

La reforma laboral establecida por el DLRML 3/2012, amplía el antiguo art. 41 ET, en su apartado d), en el sentido de aludir no sólo al sistema de remuneración sino a su cuantía. Si bien no debe suponer un descuelgue del Convenio de aplicación, ya que entonces entra en juego el art. 82.3 ET, en el cual se establece la posibilidad de inaplicar las condiciones establecidas en el convenio de aplicación (Título III) en materia de Sistema de remuneración y cuantía salarial.

El empresario va a poder suprimir o variar el sistema de retribución respecto al convenio colectivo. Además se amplían las materias susceptibles de

modificación unilateral por parte del empresario, incluyéndose la posibilidad de reducciones salariales siempre que existan causas económicas, técnicas organizativas o de producción que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica del trabajo en la empresa.

Una de las novedades fundamentales para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo se da en el marco de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET). A continuación destaco las siguientes:

- Este artículo considera, tanto en el DLRML 3/2012 y sin modificación tras la LRML 3/2012 de 6 de junio, las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo de la empresa. Previamente la norma se refería a que la "adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectiva de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda".
- Se menciona expresamente, junto al sistema de remuneración, la posibilidad de modificación de la "cuantía salarial".
- Se amplían los casos en que el trabajador puede resolver el contrato de forma indemnizada. Con la nueva redacción dicha extinción procede en todos los supuestos que se mencionan en el art. 41.1 ET, salvo en la modificación del sistema de trabajo y rendimiento.
- La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación. Con anterioridad, el plazo para que surtiera efecto era de 30 días.

- En los supuestos de modificación de condiciones de trabajo previstas en Convenio Colectivo se regirán por el art. 82.3 ET (descuelgue de condiciones), cuyos principales aspectos desarrollaré a continuación.
- El hecho de que se pueda reducir el salario consolidado de un trabajador, parece una modificación de trascendencia histórica, y que, a los que nos dedicamos al estudio del derecho del trabajo nos parece impactante, e incluso imprevisible que pudiera dictarse una norma, mediante la cual puede reducirse el salario de un trabajador. Si bien, siempre tendremos que respetar el convenio, y muchos trabajadores perciben lo que se indica en el mismo, no es menos cierto, que hay un gran número de trabajadores que perciben un salario superior.
- Lo que quizá sea, más inadecuado de la norma, es el hecho de que al trabajador, solo le quedan tres opciones, aceptar la reducción del salario, impugnarla en los tribunales, o bien, aceptar una indemnización de 20 días de salario, con un máximo de nueve meses. Entendiendo que si el trabajador acepta la indemnización no puede acudir a la Jurisdicción Social con la finalidad de obtener una mayor indemnización, y al ser aplicada la modificación del salario a los quince días de la comunicación, el trabajador, queda totalmente desprotegido, si decide no aceptar y proceder a la impugnación de la modificación salarial, sobretodo, teniendo en cuenta la tardanza en obtener Sentencia que seguramente padecerá el trabajador.

Entonces dicho todo esto cabría hacerse varias preguntas:

- a) ¿Puede ahora la empresa decidir bajar el sueldo a sus trabajadores?

Sí, sería posible, aunque no de forma discrecional, sino que se tienen que dar una serie de requisitos para ello. Las causas siempre permanecerán bajo control judicial.

La empresa puede proceder a una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (como jornada, horario, turnos, etc.) cuando esta medida esté justificada por probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de

producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Este sería un criterio más amplio que el anterior.

Antes de la reforma, esta modificación podía afectar al sistema de retribución vigente en la empresa, pero no a la propia cuantía salarial. Tras la reforma, sí se permite que también afecte al importe del salario.

Si el trabajador considera que la decisión empresarial es ajustada a Derecho pero a él le ocasiona un perjuicio y no desea continuar en las nuevas condiciones, tiene derecho a rescindir su contrato percibiendo una indemnización equivalente a 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores, y con un máximo de 9 meses.

Si el trabajador entiende que no se dan las causas alegadas por el empresario o que éstas no justifican la medida adoptada, puede impugnar la decisión de la empresa ante el Juzgado de lo Social.

Cuando la empresa proceda a disminuir el salario que viniera percibiendo el trabajador mediante este procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 ET), no podrá dejarlo por debajo de los mínimos establecidos en convenio colectivo. Si la empresa quisiera inaplicar las condiciones salariales del convenio también tendrá un cauce, pero en ese caso los requisitos y el procedimiento son los regulados en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.

b) ¿En qué porcentaje puede rebajarme el sueldo la empresa?

Si la empresa decide bajar mi sueldo por razones económicas o técnicas, ¿en qué porcentaje puede rebajármelo?

La reforma incluye la modificación de la cuantía salarial en la lista de condiciones de trabajo que se pueden modificar. Los límites jurídicos que el empresario ha de respetar en la reducción varían si la cuantía salarial a

modificar está prevista o no en convenio colectivo. De estarlo, como sucede en la mayoría de los casos, el artículo 82.3 del ET exige, además de la existencia de una causa (por ejemplo, una reducción de ventas durante dos trimestres), el acuerdo entre empresa y representación de los trabajadores. Acuerdo que, de no alcanzarse, derivará la solución a una mediación o, finalmente, a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios.

Si el convenio no prevé la cuantía salarial, además de la causa, sólo se exigirá la notificación al trabajador afectado quince días antes de la fecha de su efectividad. El trabajador podrá rescindir con una indemnización de 20 días de salario por año trabajado, hasta nueve mensualidades.

La norma no establece un porcentaje límite para la rebaja. La prudencia es aconsejable. Hay que atenerse a la entidad de la causa de la rebaja y al carácter temporal o permanente de dicha reducción. Para ello hay que acudir a un criterio de razonabilidad y de ponderación de la medida controlable por los tribunales.

5.4. Descuelgue salarial por causas económicas

El descuelgue, más concretamente, el descuelgue salarial fue introducido por el Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980, que lo dotó de una regulación bastante rígida al señalar que los incrementos salariales previstos *"no serán de necesaria u obligada aplicación para aquellas empresas que acrediten objetiva y fehacientemente situaciones de déficit o pérdidas mantenidas"*. Actualmente es una medida para conseguir la *"flexiseguridad"*, esto es, *"incentivar la flexibilidad interna en la empresa como medida alternativa a la destrucción de empleo"*¹⁹,

¹⁹Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio (RCL 2012\ 945), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Su incorporación efectiva en el ordenamiento jurídico laboral se produjo con la Ley 11/1994 (RCL 1994/1422) que dio origen a la redacción del art. 82.3 ET dándole una regulación estatutaria más laxa que la del Acuerdo Marco. Las cláusulas de descuelgue salarial se configuraban como parte del contenido necesario y mínimo legal del convenio colectivo supra empresarial estatutario, ámbito en el que su establecimiento se imponía imperativamente.

Posteriormente, fue la Ley 35/2010 (RCL 2010\ 2502)²⁰con el objetivo de potenciar la flexibilidad interna de las empresas, y así favorecer la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y de la producción. Con esta modificación se reforzó la denominada flexibilidad interna “unidireccional”²¹, esto es, aquella que se contempla para vigorizar la adaptabilidad de las condiciones de trabajo por iniciativa empresarial y para responder a las necesidades de la misma. De esta forma, se fortalece la posición empresarial de cara a afrontar el cambio económico, productivo o tecnológico. Así pues, la citada Ley modificó el art. 82.3ET, que pasa a regular directamente el procedimiento y condiciones de descuelgue salarial por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, sin remitirse a la negociación colectiva supra empresarial, de tal forma que solamente se deja al convenio colectivo el establecimiento de las previsiones sobre la solución de los desacuerdos que se pudieren plantear. A pesar de que la Ley 35/2010 pretendió hacer más viable la técnica del descuelgue en temas retributivos, los datos de 2011 demostraron que no se había avanzado significativamente en este terreno, y ello a pesar de que el RDL 7/2011 (RCL 2011\ 1105)²²cuya aplicación ha sido escasa, introdujo importantes cambios, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo.

²⁰De 17 de septiembre (RCL 2010\ 2502

²¹FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna», enRL, núm. 11, 2011. p. 5.

²²De 10 de junio (RCL 2011\ 1105)

Con el fin de facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial se lleva a cabo otra reforma en 2012²³, cuyo objetivo principal ha sido “que la negociación colectiva sea un instrumento y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”, para lo que se han ampliado los mecanismos a través de los cuales los empresarios puedan adaptar, e incluso, disponer de las condiciones de trabajo de sus trabajadores, por medio o a pesar de la negociación colectiva a nivel de empresa. Ello ha tratado de lograrse a través de varias medidas fundamentales, entre las cuales se halla la de facilitar el descuelgue o inaplicación temporal en la empresa del convenio colectivo en vigor.

Tal y como indica la propia Ley 3/2012 (RCL 2012\ 945), el descuelgue se configura como una medida para favorecer la flexibilidad dentro de la empresa y así evitar los despidos y la destrucción de los puestos de trabajo. Se trata de un mecanismo vinculado en sus orígenes a la necesaria coordinación de esfuerzos en épocas de crisis, y lo cierto es que hasta la reforma de 2010 estuvo sujeta a condiciones de aplicación muy estrictas, producto de la falta de flexibilidad y adaptabilidad de la negociación colectiva. No obstante, a pesar de dicha reforma que pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno. De ahí, la reforma de 2012, que tiene como fin facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial.

Si se tiene en cuenta que el convenio colectivo de ámbito sectorial suele acordar los niveles retributivos y 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”. De esta forma, ante la tesitura de mantener la aplicación del convenio hasta el extremo de conducir a la empresa a una situación deficiente

²³Ley 3/2012, de 6 de julio. (RCL 2012\ 945)

o de permitir que la misma funcione, pero con menores costes, el legislador opta por esta segunda vía. Se convierte así en un cauce alternativo a los despidos debidos directamente al exceso de coste retributivo, no siendo pues su fin el incrementar la competitividad o reducir los costes de las empresas bajando salarios, sino evitar la destrucción de puestos de trabajo cuando las condiciones del convenio colectivo, especialmente, el salario resulta inasumible para una empresa.

El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 (RCL 2012\125)²⁴determina que tiene el objetivo de "asegurar el mantenimiento del empleo y como instrumento de flexibilidad interna que evite los expedientes de regulación de empleo tanto temporales como extintivos". Es decir, se trata de evitar el cierre de las empresas o la pérdida del empleo de todos o gran parte de los trabajadores de las mismas²⁵.

Así pues, las cláusulas de descuelgue, concretamente, las salariales, permiten que las relaciones laborales de una determinada empresa sigan rigiéndose por lo previsto en el convenio colectivo de aplicación, pero a la vez, marginando aquella parte del mismo que afecte a los costes de producción, de tal forma, que el resto del convenio colectivo sigue aplicándose con toda normalidad. Se trata de fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa. En definitiva, el objetivo último es que "la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa"²⁶.

El nuevo art. 82.3 ET prevé la posibilidad de inaplicación de condiciones de convenio (ya sea de sector o de empresa) cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, previo desarrollo de un

²⁴Resolución de 30 de enero de 2012 (RCL 2012\ 125)

²⁵14STSJ Andalucía, de 17 de enero de 2012 (PROV 2012\ 83023) rec. núm. 13/2011.

²⁶Exposición de Motivos de la Ley 3/2012 (RCL 2012\ 945)

periodo de consultas conforme a las previsiones de modificaciones sustanciales. Las **materias objeto de inaplicación** son las siguientes:

1. Jornada de trabajo
2. Horario y la distribución del tiempo de trabajo
3. Régimen de trabajo a turnos
4. Sistema de remuneración y cuantía salarial
5. Sistema de trabajo y rendimiento
6. Funciones, que excedan de los límites del artículo 39 del ET
7. Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social

Sobre el significado y concepto que comprende cada una de las materias que aparecen en el listado del art. 82.3 ET, habrá que esperar a que la doctrina judicial y la jurisprudencia se pronuncien, aunque “no creo que cambie mucho en lo dicho para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo”²⁷.

No obstante, en relación al sistema de remuneración y cuantía del salario, anteriormente “régimen salarial”, no coinciden exactamente los términos, pues el TS²⁸ya había señalado que el término “sistema de remuneración” incide sólo en la forma de calcular y lucrar los diferentes conceptos retributivos de los trabajadores, alterando el sistema de devengo de los diferentes complementos, es decir, pudiéndose modificar aspectos cualitativos de la distribución interna, pero no la cuantía de la retribución.

Pero, con la actual regulación, no cabe duda que la cuantía del salario también puede ser modificada, es decir, fijar un salario inferior para los trabajadores de su empresa al que viene establecido en el convenio colectivo

²⁷ POQUET CATALA, RAQUEL. Aranzadi Legal Prestigia. “La actual configuración del descuelgue tras la reforma 2012”

²⁸SSTS de 27 de junio de 2005 (RJ 2005\ 7325), rec. núm. 94/2004; de 4 de abril de 2006 (RJ 2006\ 4665), rec. núm. 111/2005.

aplicable, además que con la referencia al sistema de remuneración se pueden alterar todos los conceptos salariales, la estructura, la periodicidad y el cálculo.

En lo que sí coincide la doctrina²⁹, en relación al anterior “régimen salarial”, es que el mismo se refiere al que viene regulado así en el art. 26 ET, es decir, incluyendo cualquier concepto salarial, tanto salario base como complementos salariales, y excluyendo así las percepciones extrasalariales en las que no concurren los elementos de definición salarial del art. 26 ET. Esta exclusión incide especialmente en las compensaciones por gastos derivados de la actividad laboral que están previstos en el convenio colectivo, de tal forma que los ajustes deben realizarse en los salarios pactados en convenio y no por la vía de reducción de estas partidas extrasalariales que compensan gastos derivados del trabajo. Es lógico que no se pueda rebajar su importe dado su carácter compensatorio o indemnizatorio de los gastos, pues, en caso contrario, se estaría ante posibles supuestos de menoscabo patrimonial del empleador, y además no se estaría reduciendo el coste unitario de la producción empresarial sino recortando gastos a costa de los empleados. Sobre esta premisa, cabe inaplicar y alterar todo el régimen salarial, ya sea el salario base o la gama de complementos salariales que contemple el convenio sectorial, pudiendo afectar, total o parcialmente, a su cuantía económica.

En definitiva, que con esta previsión se pueden alterar las condiciones salariales establecidas en las tablas correspondientes, esto es, en general, al régimen económico del convenio. No obstante, cabe reseñar que el acuerdo de inaplicación, en atención a la finalidad que tiene asignada, no puede afectar únicamente a complementos o pluses salariales mínimos o irrelevantes, pues, en general, la cláusula de descuelgue salarial habría de afectar a la totalidad del régimen salarial o cuanto menos a aspectos tan relevantes que comprometan la estabilidad económica de la empresa³⁰.

²⁹LAHEZA FORTEZA, J., «El descuelgue salarial», en AA.VV., La reforma del mercado de trabajo de 2010. Madrid: Reus, 2011. p. 361.

³⁰STSJ Castilla y León, de 2 de mayo de 2006 (AS 2006\ 1442), rec. núm. 541/2006.

A los efectos de la inaplicación se entiende que concurren las causas legalmente previstas cuando:

- Causas económicas: cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de perdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos.
- Causas técnicas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.
- Causas organizativas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.
- Causas productivas: cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa y deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral.

Para el caso de desacuerdo durante la negociación se establecen mecanismos de recurso a la Comisión Paritaria, y cuando ésta no alcanzara un acuerdo, a los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación. Finalmente, si el periodo de consultas concluye sin acuerdo y las partes no se hubieran sometido a los procedimientos anteriores, o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la

Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (caso de centros de trabajo en más de una comunidad autónoma), o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos.

Antes de la reforma se limitaba a la inaplicación salarial sin determinar tan objetivamente qué causas justificaban el descuelgue. El descuelgue del convenio consistía en la posibilidad de aplicar condiciones salariales diferentes de las de Convenio en virtud de la concurrencia de ciertas causas justificativas, en concreto consistía en inaplicar las condiciones salariales del convenio.

Las novedades en esta materia sobre el descuelgue salarial son:

- Se modifica el contenido mínimo del Convenio colectivo, eliminando los plazos máximos establecidos para la denuncia y la negociación de renovación del Convenio colectivo, en caso de no haber sido pactados.
- Se eliminan también como contenido mínimo del Convenio algunas de las atribuciones que la anterior reforma laboral había asignado a las comisiones paritarias de los Convenio colectivos, y las medidas de flexibilidad interna. En la negociación del Convenio colectivo se elimina el plazo máximo de ocho o catorce meses para la negociación de la renovación del Convenio colectivo, que estableció el RD-L 7/2011 de reforma de la negociación colectiva.

Este número ha sido modificado sucesivamente por:

- Art. 8, Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social.
- Art. 6. Uno. Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.
- Art. 6. Uno. Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

-Art. 6. Cinco. Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

-Art. 14. Uno. Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

– Art. 14. Uno. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

En épocas de crisis las cláusulas de descuelgue, especialmente, de descuelgue salarial, adquieren una relevancia fundamental, al tratarse de uno de los mecanismos que pueden resultar de gran ayuda para que las empresas superen la situación negativa en la que se hallan inmersas, al tiempo que coadyuva al mantenimiento del nivel de empleo. Así se aspira a favorecer la adaptabilidad de las empresas en contextos económicos cambiantes, persiguiendo lograr un equilibrio entre la flexibilidad interna demandada por las empresas y la seguridad requerida por los trabajadores, e intentando convertir este instrumento en una alternativa real frente a medidas de flexibilidad externa, que inciden negativamente sobre el volumen de empleo. No cabe duda que el descuelgue, pero especialmente el salarial, comporta, por un lado, una inaplicación del contenido normativo de un convenio colectivo, lo que, pese a realizarse bajo soporte legal, “no deja de ser una inaplicación de la eficacia general de los convenios colectivos a que se refiere el artículo 37.1 del texto constitucional, y por otro, puede incluso incidir en terceras empresas”³¹.

El rigor que muchos convenios venía exigiendo para que el descuelgue fuese posible casaba mal con el papel de esta válvula de seguridad que tenía asignado por el ET. Ya con la reforma de 2010 se estableció un régimen que fuera mucho más facilitador para su aplicación, estableciendo en el propio ET el procedimiento para aplicar estas cláusulas, y quitando así ese papel a los convenios colectivos supra empresariales, los cuales solían regular unos procedimientos muy complejos.

³¹STSJ Castilla-La Mancha, de 28 de mayo de 2002 (AS 2002\ 2750), rec. núm. 662/2001.

Con el nuevo sistema de descuelgue la negociación colectiva supraempresarial pierde el control sobre los procesos de descuelgue salarial a nivel inferior, lo que supone una seria limitación del poder regulador del convenio colectivo en esta materia, optándose así por una solución descentralizadora del descuelgue, que permite la modificación o inaplicación parcial del convenio afectado. Esta descentralización “negocial” obedece a un modelo de política jurídica flexible del trabajo, que trata de dotar a las empresas de mayores instrumentos de ajuste de las condiciones de trabajo a la situación económica por la que atraviesa. De hecho, el nuevo régimen se ha calificado de “paso en el fortalecimiento del nivel de empresa como ámbito básico de referencia de nuestro modelo de negociación colectiva”³². Los convenios colectivos supraempresariales ya no tienen la capacidad de establecer el régimen de inaplicación, sino que se deja en manos de la negociación colectiva a nivel de empresa.

No obstante, cabe señalar que con la previsión establecida en el art. 84.2 ET que dota de prioridad aplicativa a los convenios de empresa en determinadas materias, algunas de las cuales, coinciden con las del descuelgue del convenio, se potencia la descentralización de la negociación colectiva. Incluso esta medida de prioridad aplicativa puede propiciar y, quizás en mayor medida, los efectos pretendidos con las cláusulas de inaplicación del art. 82.3 ET, dado que los convenios de empresa pueden llevar a efecto, en cualquier momento, verdaderos descuelgues sin necesidad de justificar la medida en la concurrencia de causa alguna.

5.5. La concurrencia de convenios

El art. 84 ET da prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio sectorial y posibilita el descuelgue en determinados aspectos.

³²MERCADER UGUINA, J.R., «Los acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación de empresa», en GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER URGUINA, J.R., (Dir.)La reforma laboral 2010. Aspectos Prácticos. Valladolid: Lex Nova, 2010. p. 163.

El DLRML 3/2012 mantiene el principio de que un convenio no pueda ser afectado durante su vigencia por convenios de ámbito distinto, si bien se hace la salvedad de las previsiones en materia de prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.1 ET).

En este sentido, se concede prioridad aplicativa a las condiciones establecidas en un convenio de empresas respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, en las siguientes materias:

- La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen a los convenios de empresa.
- Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

Añade al art. 84.2 ET este apartado a aquellas otras personas que dispongan los acuerdos y convenios colectivos que se refiere al art. 83.2 ET.

Se introduce la previsión de que, durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos legitimados podrán negociar su revisión. Igualmente se establece que transcurridos un año desde la denuncia del mismo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo

de ámbito superior. Con anterioridad se preveía que en defecto de acuerdo, se mantenía la vigencia del mismo.

Para los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados en la fecha de entrada en vigor de la norma, el plazo de un año se computará desde dicha entrada en vigor. Se establece un acuerdo entre UGT, CC.OO, y COE para establecer medidas polivalentes con el fin de que estas unidades negociadoras no se queden sin convenio.

La inaplicación o el “descuelgue” del convenio puede imponerse unilateralmente por el empresario, pero está sujeta a un proceso que éste tiene que cumplir, y que se regula en el artículo 82.3 del ET; si no, podría impugnarse judicialmente esta decisión.

Tampoco puede dejarse de aplicar totalmente un convenio, sino solo algunas de sus materias, como son: la jornada, el horario, los turnos, el salario, rendimientos, funciones y los complementos que mejoran las prestaciones de la Seguridad Social como el de IT.

En primer lugar tienen que darse causas económicas, o técnicas, u organizativas o productivas para dejar de aplicar el convenio. Además, esta situación, no se puede prolongar más allá de la vigencia del convenio que se deja de aplicar.

La empresa tiene que iniciar un período de consultas con los trabajadores, siguiendo el procedimiento del art. 41.4 del ET, cuyo plazo no superará los 15 días. Si no hay representación de los trabajadores en la empresa, se puede formar una comisión o se puede delegar en los sindicatos más representativos del sector.

Si nos damos cuenta, esto no deja de ser una negociación entre empresa y trabajadores que pueden llegar a un acuerdo, o sea, a un convenio de empresa. Esto encaja con la nueva regulación que da prioridad a los convenios de empresa sobre los sectoriales.

Si no se llega a un acuerdo, deberá recurrirse a los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos.

También, aunque no es obligatorio, se puede acudir, a los diferentes organismos de solución extrajudicial de conflictos, a la comisión paritaria del convenio, o finalmente, a la Comisión consultiva nacional (o autonómicas) de convenios colectivos. Como vemos se dan múltiples opciones para forzar bien, la negociación y poder llegar a un acuerdo, pero lógicamente, el resultado final será la inaplicación, impuesta si no se llega a acuerdo mediante arbitraje obligatorio, o con unas condiciones o garantías pactadas si hay acuerdo.

Este resultado se notificará a la autoridad laboral a efectos de depósito para su conocimiento.

Como punto final, comentar que con la nueva reforma laboral se ha eliminado la obligación de que el acuerdo de inaplicación contenga la programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio.

El descuelgue deberá notificarse, si media acuerdo, a la comisión paritaria y a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito. La inaplicación no afectará a las obligaciones establecidas en convenio para la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas en el Plan de igualdad de la empresa

- Jubilación: Se dejan sin efecto y se declaran nulas todas las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por cumplimiento del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, cualquiera que sea su extensión y alcance.

- Convenios de empresa: podrán negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior

- Registro y publicación: Se amplía el plazo máximo que tiene la autoridad laboral para registrar y publicar el convenio colectivo en el boletín oficial a 20 días desde su presentación.

5.5.1. Un convenio con marcha atrás

La crisis y las medidas tomadas para atajarla han trastocado el modelo de relaciones laborales tradicional. La desvinculación del convenio de las empresas con problemas económicos o la prioridad del convenio de empresa sobre el sectorial han dado un giro total a las reglas del juego. Por ello, surgirán situaciones inéditas que nos dejarán sorprendidos como lo ocurrido recientemente con el Convenio Nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas.

A mediados de enero las asociaciones empresariales CEGAL y FANDE y los sindicatos mayoritarios del sector, UGT y CCOO, suscribieron la revisión salarial para el año 2012, y, mes y medio después, volvieron a reunirse para acordar un aplazamiento hasta el 2013 de la subida salarial, cuando la revisión ya había sido publicada en el BOE.

El acta publicada contempla la posible situación de las empresas que ya hubieran realizado el incremento, de que éste se llevará a un concepto denominado “a cuenta del futuro convenio” y que antes de acabar el año se tendrá en cuenta esta situación en el nuevo convenio.

Esta nueva modalidad de marcha atrás, según se desprende de la escasa información publicada, obedece a que la subida se pactó en el 2010 en un contexto totalmente distinto al actual, y, a que nada más aprobar la revisión vió la luz el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012-2014, acogiéndose a sus recomendaciones de moderación salarial, con lo que una subida salarial del 2,8% no resultaba demasiado moderada en un sector tan afectado, no solo por la crisis, sino por el cambio tecnológico que se está produciendo del papel al formato digital.

¿Era necesaria esta marcha atrás? Esto genera inseguridad y desconfianza. ¿De qué sirve entonces suscribir un convenio y sus cláusulas de revisión con vigencia superior a un año si luego hay posibilidad de desdecirse? Si esta situación perdura habría que ir firmando acuerdos de duración inferior al año, ya que en cuestión de un año la situación económica de un empresa puede cambiar impidiendo el cumplimiento del convenio pactado. De hecho, la última reforma laboral considera 2 o 3 trimestres el período de tiempo para poder reconocer la situación adversa de una empresa.

¿Y no habría sido suficiente con la aplicación del descuelgue previsto en el capítulo XIII del convenio y en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores a las empresas con problemas? De esta forma la congelación salarial se habría producido en las empresas realmente afectadas, y no de esta otra, en la que la inaplicación se ha podido producir en empresas sin dificultades que no tuvieron conocimiento en su día de la publicación. También el Convenio General ha renegociado a la baja los incrementos salariales para el 2013.

5.5.2. El convenio tras la reforma. Salarios

Ha transcurrido casi un año desde que entraran en vigor las nuevas medidas de la reforma laboral, y hasta entonces han sido muy pocos los convenios publicados que han sido suscritos con fecha posterior a su entrada en vigor, el 12 de febrero, los cuales deberían haber sido negociados bajo las nuevas modificaciones. Esto parece que no ha sido así, los sindicatos, incluso tras la huelga general del 29-M, se han mostrado contrarios a negociar bajo el nuevo marco de negociación que prioriza el convenio de empresa sobre el sectorial.

A título de ejemplo tenemos el IV Convenio colectivo para el sector de Pompas Fúnebres de Galicia, que fue negociado con fecha 17 de febrero de 2012. En su artículo 3 sobre el ámbito de negociación, anula lo dispuesto en el nuevo artículo 84.2 del ET, prohibiendo expresamente a los convenios de

empresa negociar materias como la estructura y cuantía de las retribuciones salariales y extrasalariales, la jornada, el abono compensaciones e importe retribución de las horas extras y la retribución del trabajo a turnos. Todo esto no podrá ser regulado por los convenios colectivos que se refieren a los apartados 2 y 3 del art. 84 ET, convenios acuerdos o pactos colectivos de empresa.

Las normas contenidas en el presente convenio regularán las relaciones entre las empresas y su personal comprendidos dentro de los ámbitos territorial, funcional y personal que se expresan en los artículos 1 y 2.

Por otro lado la Audiencia Nacional acaba con la sumisión de las empresas a los convenios sectoriales. Es el caso del V Convenio de derivados del cemento del 19 de septiembre de 2012, sentencia de 10 de septiembre del 2012 en la que la Dirección General de Empleo, tras impugnación por ilegalidad que se declaran nulas algunas de las disposiciones de este convenio suscrito tras la entrada en vigor del DLRML 3/2012 por contradecir el art. 84.2 ET. La regulación de las condiciones establecidas en el convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto al sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior.

Las partes acuerdan expresamente que a partir de la entrada en vigor del presente convenio las materias establecidas en el artículo 84.4 del Estatuto de los trabajadores, así como la estructura y cuantía de las retribuciones salariales y extrasalariales, la jornada, el abono compensación e importe retribución de las horas extraordinarias y la retribución del trabajo a turnos no podrán ser regulados por los convenios colectivos a los que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 84 del Estatuto de los trabajadores, convenios acuerdos o pactos colectivos de empresa.

En cambio, también a modo de ejemplo, el reciente Convenio Colectivo de Trabajo para el sector de Industrias de panaderías pastelerías, confiterías y bollerías de Castellón, suscrito el 29 de febrero de 2012, incorpora las primeras referencias a la nueva normativa, limitándose en el compromiso de

realizar un seguimiento de las condiciones organizativas de los convenios de empresa o de grupo de empresa del sector:

En su artículo 38: Seguimiento de las condiciones de trabajo en el sector.

1. Las partes firmantes del presente Convenio Colectivo se comprometen a efectuar un seguimiento de las condiciones establecidas en cuantos convenios de empresa o en los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas, puedan suscribirse en el ámbito de la Provincia de Valencia, en orden a que las condiciones de trabajo y el marco de las relaciones laborales en el sector contribuyan al normal funcionamiento del mercado y a la estabilidad del empleo.
2. En especial, se atenderá a la negociación colectiva de ámbito inferior al presente Convenio cuando establezca diferentes condiciones sobre:
 - a. La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
 - b. El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
 - c. El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
 - d. La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
 - e. La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.
 - f. Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

Este proceso de adaptación de la negociación colectiva llevará su tiempo, por lo que se plantean interrogantes a la hora de determinar cuál es la norma que prevalece, si el convenio colectivo o la ley. Esto ya ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias, que viene a confirmar que prevalece la ley sobre el convenio colectivo. ¿Qué prevalece a la hora de su aplicación: la reforma laboral o el convenio colectivo?

La STC de 20 de diciembre de 1990 (núm. 210/1990) viene a afirmar que el convenio colectivo no es fuente única de las condiciones de trabajo ni excluye el legítimo ejercicio del poder legislativo; reconoce a continuación la primacía de la Ley sobre el convenio colectivo incluso respecto de convenios colectivos en curso de aplicación al tiempo de promulgarse la norma. Se señala también que el convenio colectivo tiene un marco de aplicación limitada, mientras que el legislador ha de proveer con carácter general, y partiendo de las circunstancias cambiantes puede modificar lo que estime responde a la atención de los intereses generales. El respeto de la Ley y de los derechos de los demás, fundamento del orden político y de la paz social según el art. 10.1 C.E., se impone también a la negociación colectiva.

Concluye así que quien alegue y acredite que una Ley, dictada vigente el convenio colectivo, provoca un cambio absoluto y radical de las circunstancias, podría pedir la rescisión del convenio, pero en ningún caso pretender, con amparo en el art. 37.1 C.E., la postergación de la plena efectividad de la norma legal, contrariando así lo en ella decidido respecto a su aplicación en el tiempo.

Por su parte, en la STC 280/2006, de 9 de octubre se señala que el convenio colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución.

En la sentencia 92/1994, de 21 de marzo, el Tribunal Constitucional indica que los convenios deben aplicarse, en efecto, pero sin perjuicio del principio de

jerarquía normativa. Así, todo convenio colectivo ha de someterse y adecuarse a las normas legales imperativas, ya que la fuerza vinculante de lo pactado y la autonomía colectiva no excluyen la subordinación de los convenios colectivos a lo establecido en las normas de superior rango jerárquico (SSTC 58/1985, 177/1988, 171/1989, 210/1990 y 145/1991).

A título de ejemplo, nos encontramos con el V Convenio Colectivo General de la Construcción, en cuanto a la regulación del contrato de formación y aprendizaje. Al respecto, se puede decir que en esa relación existe numerosa jurisprudencia constitucional que insiste en la preeminencia de la ley sobre el convenio.

5.6. Los salarios de tramitación

Los salarios de tramitación en los despidos declarados improcedentes se han visto influenciados de forma muy directa por la recientemente aprobada reforma laboral.

Previo a la entrada en vigor del Decreto Ley 3/2012 que regula la reforma laboral, cuando un despido se declaraba improcedente o nulo, el empresario debía abonar al trabajador la indemnización por despido, ascendente a 45 días por año trabajado -con el límite de 42 mensualidades- o bien readmitir al trabajador en su puesto de trabajo. Asimismo, debía abonar los salarios dejados de percibir por el trabajador desde el momento del despido hasta la fecha de la sentencia: los llamados salarios de tramitación.

La reciente reforma erradica los citados salarios de tramitación en todos los casos de despido improcedente, exceptuando el caso de los representantes de los trabajadores, miembros del Comité de empresa o readmisiones del trabajador por despido nulo o decisión empresarial.

De esta forma nos encontramos que, desde el pasado 12 de febrero del 2012, un despido improcedente ya no llevará aparejados salarios de tramitación, una nueva medida más para disminuir el coste de los despidos y

dotar de flexibilidad al ordenamiento laboral español. El despido se abarata con la desaparición de los denominados salarios de tramitación.

Las empresas utilizaban el despido exprés en parte para ahorrarse los salarios de tramitación que se derivan de un sistema judicial lento. Con esta reforma las empresas tienen incentivos para utilizar el despido objetivo siempre porque en el caso de que el juzgado lo declare improcedente, no tendrán que abonar los salarios de tramitación.

En el apartado 6 se trata detalladamente los salarios de tramitación.

5.7. Fondo de garantía salarial (FOGASA)

La redacción del artículo 33.1 del ET establecía que el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA), abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa insolvencia o concurso del empresario.

Antes de la reforma se establecía que a los efectos de protección por el FOGASA se considerará salario la cantidad reconocida como tal en el acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos que se refiere el artículo 26.1 ET, citado anteriormente, así como los salarios de tramitación en los supuestos en el que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el triple salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de 150 días.

Pues bien, el artículo 19.1 del RD-L 20/2012 modifica los límites establecidos para determinar el alcance de la protección de FOGASA de manera que el Fondo no puede abonar por conceptos de salarios adecuados y salarios de tramitación , conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el doble (y no el triple) del salario mínimo

interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extras, por el número de días pendientes de pago, con un máximo de 120 días (antes 150).

5.7.1. El abono de las indemnizaciones

El artículo 19.2 del RD-L 20/2012 modifica el límite del salario diario sobre el que se calcula la garantía del FOGASA en el pago de las indemnizaciones, pasando de considerar el triple salario mínimo interprofesional diario a considerarse el doble.

De esta forma, el apartado 2 del artículo 33 del ET establece que el FOGASA, en los casos de insolvencia o concurso del empresario abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia d de sentencia, auto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los caso con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional (antes triple, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias).

El importe de la indemnización, a los efectos sólo del abono por el FOGASA para los casos de despido y extinción de los contratos conforme el art. 50 del ET, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado del doble del salario mínimo interprofesional diario (antes triple).

El FOGASA abonará directamente, sin necesidad de declaración de insolvencia o concurso de la empresa, las siguientes indemnizaciones:

1. Con carácter general, sólo pagará los 8 días de indemnización a las empresas con menos de 25 trabajadores, y sólo en casos de despido objetivo o colectivo que no hayan sido declarados improcedentes.

2. Con carácter transitorio, abonará los 8 días de salario a todas las empresas (sea cual sea su tamaño) en los contratos indefinidos extinguidos por causas objetivas antes del 12 de febrero de 2012, que se hubiesen formalizado a partir del 18 de junio de 2010 y que hubiesen tenido al menos un año de duración.
3. También con carácter transitorio, abonará el 40% de las indemnizaciones en las empresas con menos de 25 trabajadores, con el límite de tres veces el SMI, en los contratos celebrados antes del 18 de junio de 2010 y extinguidos antes del 12 de febrero de 2012.

Quedan excluidos de la acción protectora, los socios de cooperativas de trabajo asociado, trabajadores al servicio del hogar familiar, y los administradores y consejeros de sociedades mercantiles asimilados a trabajadores por cuenta ajena

6. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Se reconoce como salarios de tramitación aquella cantidad objeto de condena en los juicios por despido consistente en una suma igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia, o hasta que haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación.

Tiene naturaleza indemnizatoria, no salarial, dado que no corresponde a trabajo efectivo ni a descanso retribuido.

Los salarios de tramitación están regulados en los artículos 56 ET junto con los despidos.

6.1. Recorrido jurídico de los salarios de tramitación

El Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de marzo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, contenía la eliminación de los salarios de tramitación.

La Ley 45/2002, de 12 de diciembre, reinstauró los salarios de tramitación y, a cambio, introdujo lo que se ha denominado el despido exprés, con el que hemos convivido hasta el pasado 11 de febrero.

Era una práctica habitual reconocer la improcedencia del despido en el mismo momento de la extinción, con el único fin de evitar el devengo y abono de los salarios de tramitación (el despido exprés).

La explicación a esta forma de proceder es que el importe de los salarios de tramitación, en muchos casos, superaba el importe de la propia indemnización por despido, especialmente en trabajadores de poca antigüedad. Incluso en trabajadores con más antigüedad, los salarios de tramitación suponían una cuantía muy importante, teniendo en cuenta que se trata de trabajadores con

salarios más altos, y estamos hablando de entre 4 y 6 meses de salario, si el despido era declarado improcedente en primera instancia.

La consecuencia de la generalización de esta práctica ha sido el abandono por parte de empresas y profesionales de la búsqueda de las causas del despido: no interesaba centrarse en si existía una causa organizativa, productiva, económica, e incluso disciplinaria, porque no merecía la pena asumir los riesgos económicos de un pleito, así que utilizábamos el camino más corto: el reconocimiento de la improcedencia. El reconocimiento de la improcedencia del despido se convirtió así en el mal menor para la empresa.

El Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ha vuelto a eliminar los salarios de tramitación para el despido improcedente, salvo en el supuesto de readmisión del trabajador y/o de que el despido afecte a un representante legal de los trabajadores.

6.2. Aplicación en los despidos

Las novedades en materia de despidos individuales que se dan en el DLRML que establecen una nueva regulación en el despido improcedente. Hay una nueva redacción del artículo 56 ET donde el empresario, en el caso de que el juez declare la improcedencia de un despido, no tendrá que pagar los salarios dejados de percibir por el trabajador desde el momento del despido hasta la sentencia, excepto en supuestos de readmisión o despido de representantes legales.

Antes, muchas empresas utilizaban el "despido exprés" como una forma rápida de despedir y evitar el coste de los salarios de tramitación. Se despedía al afectado alegando alguna causa disciplinaria (por ejemplo, bajo rendimiento), y acto seguido se reconocía la improcedencia del despido, abonando de inmediato (o consignando en el juzgado) la indemnización de 45 días por año trabajado. De esta forma se evitaba que, en caso de impugnación

del despido y sentencia favorable al trabajador, se devengasen los salarios de tramitación (los salarios generados desde el despido hasta la sentencia).

Se describían en el art. 56.b ET, imponiendo al empresario además de la indemnización de 45 días por año trabajado con el tope de 42 mensualidades, dichos salarios se devengarán desde la fecha del despido hasta que se haya declarado la improcedencia mediante sentencia o hasta que el trabajador haya encontrado otro empleo. Los mismos no se devengarán cuando el empresario reconozca la improcedencia y consigne la indemnización prevista en el juzgado en las 48 horas siguientes al despido; es decir ofrecimiento y consignación, así como puesta en conocimiento al interesado.

Con la reforma laboral del 2012 se suprimen los salarios de tramitación con carácter general, relegándose al supuesto de readmisión, cuya cuantía será la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que hubiera declarado la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación hubiera sido anterior a dicha sentencia. La reforma afecta también al cálculo de la indemnización que será equivalente a 33 días por año trabajado con tope de 24 mensualidades.

Se devengarán, teniendo por extinguido el contrato, desde la fecha en que se declare la readmisión, es decir hasta la conciliación judicial o administrativa.

Los salarios de tramitación son incompatibles con el subsidio de incapacidad temporal, por lo que sólo se generan a partir del alta del trabajador.

Ahora, la reforma laboral ha eliminado el "despido exprés" por lo que ya no deberá consignarse la indemnización en el juzgado:

Sólo habrá salarios de tramitación:

a). **Cuando la sentencia declare que el despido es improcedente y la empresa opte por la readmisión en lugar de la indemnización.** La indemnización sólo deberá abonarse en el momento de la sentencia (o cuando se llegue a un acuerdo con el trabajador). Desde el despido y hasta la

sentencia no se devengarán salarios de tramitación, por lo que la empresa podrá defender la procedencia del despido sabiendo que si éste se declara improcedente sólo deberá abonar la indemnización correspondiente, pero no dichos salarios. Antes con el despido exprés se hacían acuerdos que funcionarían bien ambas partes y evitaban litigiosidad.

"Los contrato formalizados con anterioridad a la reforma del 2012 se calculará la indemnización a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a la citada fecha y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicio a partir de la citada reforma del 2012." (DLRML)

"El importe indemnizatorio no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que el cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de la norma ya resultase un número de días superior, en cuyo caso este importe sería el importe indemnizatorio máximo, siempre que no sea superior a 42 mensualidades."

b) O cuando el despedido sea un representante legal de los trabajadores. En este último caso la opción corresponde al trabajador, y tanto si opta por la readmisión o la indemnización se devengarán salarios de tramitación.

En caso de declarar despido improcedente personal Alto Directivo, no tendrá derecho a los salarios de tramitación. (art. 11 RD 1382/1985 Relaciones de carácter especial).

Esta regla sólo es aplicable a los despidos disciplinarios. En caso de despidos objetivos, la indemnización de 20 días de salario se debe seguir poniendo a disposición del trabajador en el momento del despido (salvo que la empresa acredite dificultades de tesorería).

Pero si el trabajador acude a los tribunales y éstos le dan la razón (declarando que el despido no es objetivo, sino improcedente), la empresa sólo tendrá que pagar la diferencia de indemnización, por lo que tampoco deberá abonar salarios de tramitación.

La reforma de los salarios de tramitación supone uno de los cambios más importantes de la reforma, porque cambia la forma seguida durante los últimos 10 años de afrontar los despidos individuales.

En primer lugar habrá que analizar las causas que motivan el despido, ya sean objetivas o disciplinarias, y a partir de las mismas preparar una carta de despido motivada. En segundo lugar habrá que valorar las posibilidades que tiene de prosperar el despido judicialmente y si existe alguna posibilidad de que el despido sea declarado procedente. Habrá muchos casos en los que a la empresa, desde un punto de vista económico, le interese defender judicialmente el mismo, asumiendo el riesgo de una eventual declaración de improcedencia; dado que ya no hay que pagar salarios de tramitación, el riesgo económico no sólo es menor, sino que está perfectamente tasado. Ahora el riesgo se traslada al trabajador y por tanto a favor del empresario. En consecuencia, la reforma de los salarios de tramitación puede conllevar una mayor judicialización de los despidos. La práctica nos ha demostrado que los despidos exprés tenían un índice de judicialización mínimo y ahora esta posibilidad se ha desincentivado.

6.3. Cuadro de indemnizaciones por despido

TIPO DEDESPIDO	CALIFICACIÓN	INDEMNIZACIÓN		TOPE		SALARIOS TRAMITACIÓN	
		ANTES	AHORA	ANTES	AHORA	ANTES	AHORA
DISCIPLINARIO	Procedente	0 días		0 m.		No	
	Improcedente	45 días	33 días	42 m.	24 m.	Si	No, Si en caso de readmisión
	Nulo	Readmisión		0 m.		Si	
OBJETIVO	Procedente	20 días		12 m.		No	
	Improcedente	33 días		24 m.		Si	No, Si en caso de readmisión
	Nulo	Readmisión		0 m.		Si	

EREs	Acuerdo en consultas	Lo acordado	Lo acordado	No
	Desacuerdo en consultas	Lo ofrecido	Lo ofrecido	No
ALTOS DIRECTIVOS	Desistimiento	7 días	6 m.	No
	Procedente	0 días	0 m.	No
	Improcedente	20 días	12 m.	No
	Nulo	Readmisión	0 m.	Si

6.4. Casuística de los despidos efectuados antes de la reforma cuya sentencia sale posterior a ella

Los jueces ya están plasmando su desacuerdo o sus distintas interpretaciones sobre la reforma laboral en sus sentencias.

Varias sentencias de juzgados de lo Social aplican doctrinas distintas sobre salarios de tramitación. Las diferencias se deben, sobre todo, a las interpretaciones divergentes que están aplicando los Juzgados a la hora de determinar desde cuándo se aplica la reforma. La reforma no tiene disposición transitoria y debe aplicarse de forma inmediata.

Caso 1. Cálculo de la indemnización por extinción del contrato atendiendo al doble tramo indemnizatorio previsto en la Disposición Transitoria 5^a del Real Decreto Ley:

► Sentencia del Juzgado de lo Social de Pamplona de 01-03-2012, donde en aplicación de la Disposición Transitoria y al doble tramo indemnizatorio:

Hace referencia a una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, por el tiempo transcurrido desde el inicio de la prestación de servicios de cada uno de ellos hasta el 11 de febrero de 2012 inclusive, y una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos

de tiempo inferiores a un año, por el tiempo transcurrido desde el 12 de febrero de 2012 hasta la fecha de la firmeza de la sentencia.

Lo relevante es la modalidad extintiva, art. 50 ET, que comporta un despido desde la fecha en que se dicta sentencia –posterior a la reforma- y no desde que la demanda se insta –anterior a la reforma-. Considerando que tal modalidad extintiva es título constitutivo cuando se dicta sentencia la fecha de la misma comporta unas expectativas que defraudan las iniciales del demandante (el trabajador).

Caso 2. Aplicación de la legislación anterior a la reforma del 2012

► Sentencia del Tribunal Superior del País vasco de 21-02-2012, La sentencia dice que el Real Decreto-Ley 3/2012 no especifica cómo se regulan los salarios de tramitación, por lo que considera que se ha de aplicar la norma anterior. Ante un despido improcedente anterior a la reforma se condena a los salarios de tramitación para todo el período considerando que la ausencia de derecho transitorio debe fallarse con una interpretación favorable al trabajador y siendo la fecha del despido la que determina el derecho sustantivo que globalmente debe aplicarse.

El TSJ País Vasco estima en parte el recurso de suplicación interpuesto contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de San Sebastián, declarando improcedente y no nulo el despido objetivo acordado por la empresa, condenándola a optar entre la readmisión o la indemnización, incluyendo en todo caso el abono de los salarios de tramitación procedentes. Esta es la que más se está aplicando.

Caso 3. Aplicación de legislación del RDL 3/2012, que supone un cambio en la aplicación de los salarios de tramitación

► Sentencia del Juzgado de lo Social de León de 20-02-2012, despido improcedente anterior a la reforma sin condena a los salarios de tramitación.

El razonamiento utilizado es la constatación respecto a la inexistencia de disposición transitoria y a considerar que no se aplica retroactivamente una norma desfavorable sino una norma sustantiva nueva en el momento de la calificación del despido.

Estima la demanda y declara la improcedencia del despido del trabajador, a la que en consecuencia condena a que dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia, y a su elección, opte por readmitir al actor en las mismas condiciones que regían con anterioridad o por indemnizarle, y si se produjese la readmisión se deberán abonar los salarios de tramitación correspondientes.

6.5. Cálculo de la indemnización del despido

La problemática se centra en el correcto cálculo de la indemnización, en este sentido la STSJ de Madrid de 28 de Marzo de 2007, considerando que la empresa tenía todos los elementos necesarios para el correcto cálculo de la indemnización –cuantía de la retribución variable- y no concurriendo por tanto un error excusable, sino una auténtica falta de diligencia de la empleadora.

Las partidas que tengan naturaleza salarial y por tanto excluyéndose las de naturaleza extrasalarial, salvo pacto entre las partes, en este orden de cosas no resulta admisible los pactos o convenios que negaran el carácter salarial de determinadas partidas bien con **carácter general** o indemnizatorio (art. 26.1.2 ET) la presunción en nuestro estatuto es del carácter salarial de toda retribución patrimonial.

Se incluirán igualmente las partidas regulares, como aquellas que tengan una naturaleza irregular, es decir superior al mes o incluso al año. Las partidas a incluir serán tanto las prestaciones salariales como en especie aunque éstas superen el porcentaje previsto en el art. 26.1 ET. Al hilo de lo anterior, surge la cuestión de si es indiferente para el cálculo que las partidas tengan carácter consolidable o no. Al respecto no debemos confundir la calificación jurídica de

la partida, es decir salarial o extrasalarial, con el carácter consolidable o no de la misma. Si se trata de partidas que dado su carácter excepcional expresamente se ha pactado su carácter no consolidable y exclusión en el cómputo de la indemnización, habrá que estar a la voluntad de las partes. Si no existe tal pacto, a pesar de su naturaleza variable pero regular, deberían computarse con las excepciones como se trata al bonus como acto puro de liberalidad del empresario. No incluyen del salario regulador de la indemnización, dichas cantidades entre otras (STSJ Madrid 16 Abril 1998 y STSJ Cataluña 11 Mayo 2000, R1524/2000), entendiendo que es una liberalidad.

Como **excepción** al principio general que la indemnización debe computarse como resultante del salario último percibido, cuando se perciben destajos o conceptos en cuantía variable, debe computarse para estos la media del año anterior (STSJ Madrid de 8 de febrero de 2000), siendo su importe mensual el que debe adicionarse los demás conceptos que como fijos se perciban, para así hallar el módulo a los efectos del despido. En el mismo sentido la sentencia de 28 de febrero del mismo tribunal. No obstante existe jurisprudencia que toma como base del cálculo el último salario mensual anualizado.

Jurisprudencialmente se toma en consideración lo percibido en la anualidad que precede al despido, salvo que el mismo difiera del salario anual que tenga derecho el trabajador, teniéndose en consideración para el cálculo de la indemnización el salario devengado, aunque no se haya cobrado (STSJ de Valencia de 6 de junio de 2002, 536/2002), computándose todas las partidas de carácter estable, aunque las mismas tengan naturaleza variable o su devengo fuera incierto.

Los importes para el cálculo de la indemnización deberán ser brutos, a tenor del art. 26.4 ET. Se prohíbe la traslación de los efectos fiscales al empresario de las cargas fiscales que tenga el trabajador, sin embargo por la jurisprudencia existe la posibilidad de establecerse pactos sobre netos. En el

caso de que existan pactos de tal naturaleza, que tiendan a asegurar el salario neto al trabajador, el cálculo de la indemnización deberá de contemplar dicho salario líquido, retribuciones en especie y complementarlo con las cargas fiscales y de la seguridad social que en su caso correspondan, con independencia del sujeto que asuma el coste de las mismas. En la misma situación nos encontraríamos con los pactos de *taxequalization* (asignación monetaria pagada en compensación por el sobre coste fiscal como consecuencia del traslado internacional). Al hilo de lo anterior, será totalmente lícito el pago de la indemnización en moneda extranjera (art 1170 CC), aun cuando se viniera abonando en moneda distinta a la pactada (STSJ de Madrid 2 de octubre Ref. 1463/2001).

Supuestos singulares convergen en los denominados **salarios de expatriación**, en cuyo caso habrá que darse un tratamiento individualizado, si bien se puede aseverar que el salario durante la expatriación es el referente a tener en cuenta. Sin embargo si el despido se procede una vez expatriado el trabajador, el salario a tener en cuenta será el de repatriación actualizada, sin que quepa tomarse en cuenta el real percibido en los últimos doce meses. STS 20 de septiembre de 2004 y STSJ Madrid 4 de abril de 2003, como excepción a lo dicho estarían los supuestos de fraude, en que la repatriación tenga como único objeto disminuir la base de cálculo del despido, en cuyo caso se tomará el que correspondía al tiempo de la expatriación.

No cabe duda que existen partidas, tales como los gastos de representación, teléfono móvil, etc. en las que habrá que analizar caso por caso. Sin embargo a mi juicio no debería computarse la parte que el trabajador haya dispuesto para satisfacer sus necesidades particulares.

Tampoco deberían computarse los pagos o asignaciones realizadas con carácter extraordinario como los premios de permanencia, primas de enganche o espontáneamente vinculadas a resultados extraordinarios (STSJ de Cataluña 13 de mayo de 1999).

Una problemática que se plantea es la posibilidad de deducir de la indemnización determinadas cantidades como el caso del despido objetivo, la cantidad correspondiente al preaviso de quince días; ni es deducible de los salarios de tramitación, ni tampoco de la indemnización. Línea seguida por la ya citada STSJ de Madrid de 8 de febrero del 2000. Lo que a mi juicio regula el art. 53.5.b del ET, es la posibilidad de deducir la indemnización de la compensación económica sustitutoria de la readmisión.

Sin embargo, la tendencia jurisprudencial es pacífica, ha sido conforme la legislación anterior a la reforma, en el sentido de deducir los salarios de tramitación de la indemnización cuando es superior, es decir supone una mejora a la establecida legalmente.

6.5.1. Ejemplo del cálculo de la indemnización

Una persona que tiene 20 años de antigüedad hasta la reforma y un salario de 60.000€. Con posterioridad a la reforma está 5 años en la compañía y es despedido. Los cálculos se efectuarían del modo siguiente:

Después de la reforma:

- **Antes de la reforma:** 45 días de salario por los 20 años (900 días):

$(60.000/365) \times 45 \times 20 = 147.945,21\text{€}$ (Tiempo de cómputo superior a 2 años
– 720 días) (1)

- **Periodo posterior a la reforma:** 33 días de salario por 5 años (165 días):

$(60.000/365) \times 33 \times 5 = 27.123,28\text{€}$ (2)

TOTAL: (1)+(2)=175.068,29€

Total con topes: 147.945,21€

Esto hubiera sido lo normal, a cobrar si no aplicamos los topes. Como los días generados con anterioridad a la reforma son superiores a los 720 días (2

años), el derecho del trabajador queda limitado a 900 días generados antes de la reforma, cobrando sólo los 147.945,21€ y sin derecho alguno por la antigüedad posterior. Es decir, sólo por la aplicación de la reforma, el trabajador pierde unos 30.000€ por la aplicación de los topes indemnizatorios nuevos.

Con estos mismos datos si el trabajador hubiera sido despedido antes de la reforma, con 25 años de antigüedad, y un salario de 60.000€, las cantidades a cobrar serían:

Antes de la reforma:

-45 días de salario por los 20 años: (900 días):
 $(60.000/365) \times 45 \times 20 = 147.945,21\text{€}$

-45 días de salario por 5 años (225 días): $(60.000/365) \times 45 \times 5 = 36.986,30\text{€}$

Total con topes: 184.931,51€

El tope de 42 mensualidades no operaría puesto que 25 años de antigüedad generaban 1125 días no alcanzando los 1.260 días que corresponden al tope, por lo que cobraría la cantidad íntegra final.

6.6. Conclusiones de los despidos después de la reforma

Con la entrada en vigor de la reforma laboral, comienza la desaparición de las indemnizaciones por despido improcedente de 45 días por año trabajado y un máximo de 42 mensualidades. De esta manera, los que tengan contratos anteriores a la reforma contarán con una indemnización de 45 días por año hasta la entrada en vigor de la ley y desde esa fecha, a 33 días por año con un máximo de 24 mensualidades, en caso de ser despedidos.

A continuación se enumera unas consecuencias importantes ocasionadas con la última reforma laboral en materia de despidos:

1. Desaparición del despido exprés
2. Abaratamiento del despido improcedente pasa a ser de 45 días a 33 días, con un tope de 42 meses a 24, respectivamente.
3. Aumento del índice de judicialización de los despidos. Antes se podía llegar a un acuerdo previo.
4. Ahorro económico al Estado al dictarse una sentencia improcedente.
5. Al no haber Disposición Transitoria se ha dado lugar a diferentes interpretaciones jurídicas: Sentencia del JS de P Vasco y de León. Salarios de tramitación.

Los nuevos contratos contarán con una indemnización de 33 días desde el principio, no pudiendo superar el importe correspondiente a 720 días de salario.

7. FLEXIBILIDAD Y SALARIO

El capítulo III de la Ley 3/2012 "contiene un conjunto de medidas para favorecer la flexibilidad interna de las empresas como alternativa a la destrucción de empleo (artículos del 8 al 16). El preámbulo de la norma considera que para "hacer frente a las oscilaciones de la demanda" hay que recurrir a mecanismos "que preserven el capital humano de la empresa, tales como las reducciones temporales de salario o de jornada"

7.1. II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC)

Como aspectos más novedosos del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013, 2014 (Madrid, 25 de enero de 2012) hay que señalar el capítulo de la flexibilidad interna y la estructura de la negociación colectiva. Por otro lado, en el seno de la Comisión de este segundo acuerdo, se ha llegado a un acuerdo sobre ultraactividad de los convenios³³.

En esta materia, los convenios sectoriales de ámbito estatal o, en su defecto, de Comunidad Autónoma deben desarrollar las reglas de articulación y vertebración que han de regir la estructura de la negociación colectiva apostando por la descentralización. Esta descentralización significa que los convenios colectivos sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas, de jornada, funciones y salarios por ser el ámbito más adecuado para configurar estas materias.

Además el ámbito superior de negociación debe respetar el equilibrio contractual de las partes a nivel de empresa hasta la terminación de la vigencia de este convenio colectivo. Es necesario preservar al ámbito provincial de negociación y favorecer que tales convenios potencien la flexibilidad que la empresa necesita, teniendo en cuenta su proximidad a la misma y la amplia cobertura de los convenios.

³³ Acuerdo de la Comisión de seguimiento del II AENC sobre ultraactividad de los convenios colectivos, Madrid, 23 de mayo de 2013

En cuanto a la flexibilidad interna, las Organizaciones firmantes consideran que los convenios deben incorporar la flexibilidad interna, particularmente la que opera en espacios temporales reducidos para hacer frente a la coyuntura, como una potente herramienta para facilitar la adaptación competitiva de las empresas, favoreciendo una mayor estabilidad en el empleo, evitando el recurso al despido.

Aun cuando la reforma laboral unilateralmente sobre pasa y desborda los planteamientos del II Acuerdo Nacional, lo cierto es que para las partes firmantes y en plazo el convenio colectivo es el espacio adecuado para ordenar el uso flexible de elementos como el tiempo de trabajo y la movilidad funcional en un sentido complementario a las previsiones legales, de forma que su regulación convencional desincentive el uso de la extinción laboral como instrumento para la adecuación de la capacidad productiva al ciclo. Esta regulación deberá contemplarse como contenido mínimo del convenio.

La flexibilidad interna en la empresa tiene tres conceptos sustanciales:

1. Tiempo de trabajo
2. Funciones
3. Salario

Asimismo la flexibilidad en materia salarial, para los firmantes, supone que la estructura salarial tenga elementos variables, de forma que un porcentaje determinado de la cuantía salarial se haga depender de la situación y resultados de la empresa.

En cuanto a los criterios para la actualización periódica de los salarios variables, se valorará la conveniencia de su modificación por los negociadores del convenio, sin perjuicio de que el empresario pueda modificar los actualmente vigentes mediante el procedimiento a que se refiere el art. 41 ET o, en su caso, del art. 82.3 ET.

Se contempla la inaplicación negociada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales, concretamente horario y distribución de la jornada de trabajo; régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración; sistema de trabajo y rendimiento; y funciones, así como las causas para tal inaplicación inclusive de las condiciones salariales, todo ello mediante acuerdo. En este II Acuerdo se recogen directrices sobre el crecimiento moderado de los salarios para los años 2012, 2013 y 2014. En este último año se incluye un componente de variable en la aplicación de la actualización salarial.

7.2. Flexibilidad en materia salarial

Desde el comienzo de la crisis en 2007, España no ha dispuesto del marco legal necesario para dotar a las empresas de la flexibilidad suficiente que les permita adecuarse al difícil entorno que les rodea. Esta falta de adecuación al nuevo entorno ha derivado en pérdidas para las compañías con las consecuentes tensiones de liquidez, concursos y, en muchos de los casos, se ha terminado liquidando la sociedad.

La nueva reforma laboral tiene el claro objetivo de lograr flexibilizar la estructura de cada organización adaptándola a las necesidades del mercado. De hecho, la reforma ofrece alternativas a la extinción de contratos, de manera que el personal de la empresa sufra, en la menor medida posible, consecuencias drásticas, y a cambio de ofrecer flexibilidad, se consiga mantener los puestos de trabajo.

Para los firmantes de la negociación colectiva, la flexibilidad interna en la empresa tiene tres conceptos sustanciales: tiempo de trabajo, funciones y salario.

Las partes acuerdan distinguir dos niveles de aplicación de flexibilidad en materia de tiempo de trabajo y movilidad funcional:

1. Flexibilidad ordinaria:

- a. En tiempo de trabajo
- b. En movilidad funcional

2. Flexibilidad extraordinaria temporal:

- a. En tiempo de trabajo
- b. En movilidad funcional: Flexibilidad en materia salarial³⁴

Los firmantes consideran conveniente que las estructuras salariales tengan complementos variables, de forma que un porcentaje determinado de la cuantía salarial se haga depender de la situación y resultados de la empresa.

A efectos de posibilitar esta implantación, se ha de tener en cuenta que mediante acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores se podría modificar la estructura y cuantías salariales vigentes a través del artículo 41 del ET, su caso, del artículo 82.3 del ET, a cuyo efecto se recomienda el establecimiento de períodos transitorios de aplicación.

Los convenios colectivos deberían promover la racionalización de las estructuras salariales, para sustituir conceptos retribuidos obsoletos e improductivos por otros vinculados a la productividad y retribuciones en la empresa.

En tal sentido, la negociación colectiva constituye un instrumento adecuado para establecer la definición y criterios de una estructura salarial (conceptos fijos y variables, salarios mínimos, complementos u otros) adecuada a la realidad sectorial y de la empresa, teniendo en cuenta su directa relación de los nuevos sistemas de organización del trabajo y los incentivos a la producción, la calidad o los resultados, entre otros.

³⁴Estudio Aranzadi 2009: "La implantación de planes de retribución "flexible" o "a la carta" como técnica de individualización salarial).

A tal fin, en la definición de los conceptos variables deberían tomarse en consideración criterios de objetividad y claridad en su implantación; la delimitación de porcentajes de retribución variable sobre la retribución total; los derechos de información y participación en la empresa se los representantes de los trabajadores y la consideración de realidades específicas de cada sector o empresa.

En cuanto a los criterios para la actualización periódica de los salarios variables, preferentemente ligados a la evolución de la productividad y resultados de la empresa, se valorará la conveniencia de su modificación por los negociadores del convenio, si procede, sin prejuicio de que el empresario pueda modificar los actualmente vigentes mediante el procedimiento a que se refiere el artículo 41 de ET o, en su caso, del artículo 82.3 del ET.

Los convenios sectoriales deberían tener en cuenta el papel que los convenios, pactos y acuerdos de empresa pueden desarrollar para regular o adaptar lo fijado en aquéllos a efectos de posibilitar la máxima adecuación a las circunstancias específicas de la empresa.

7.3. Criterios de flexibilidad en materia salarial

La economía española se encuentra en un momento muy delicado debido al intenso deterioro de sus fundamentos que se refleja en una elevada tasa de desempleo. Las circunstancias que atraviesa la economía internacional, sobretodo en la Zona Euro, tampoco ayudan a mejorar la posición española a corto plazo, hasta el punto que la suma de ambas crean unas condiciones excepcionales, a las que se deben hacer frente con medidas específicas, para conseguir en el menor tiempo posible un crecimiento de la actividad económica nacional que permita crear empleo.

Uno de los objetivos principales para proporcionar la reactivación es mejorar la cuota de mercado interna y externa de los bienes y servicios españoles. Para ello, es imprescindible conseguir una contención de los

precios españoles de forma que observen una tasa anual de crecimiento inferior a la media de la Unión Europea, adonde se dirigen las dos terceras partes de las transacciones comerciales.

Para conseguirlo, todas las rentas deben realizar un esfuerzo conjunto. Tanto los salarios como los beneficios distribuidos deben evolucionar de forma moderada, de modo que permitan dirigir una mayor parte del excedente empresarial a inversiones de reposición y ampliación. Ambos aspectos tienen por objetivo fortalecer la capacidad de competir del tejido productivo español. En la misma dirección, es preciso adecuar la retribución de altos directivos y ejecutivos de las empresas las circunstancias del país y de la empresa. De igual forma, se propone un especial seguimiento y vigilancia de la evolución para las personas con menor renta. En los precios que sean competencia de las Administraciones públicas, éstas deberían realizar el máximo esfuerzo posible con contención, y a su vez extremar la mejora de la gestión y la reducción de costes.

En este contexto, los salarios negociados en los tres próximos años (2012, 2013 y 2014), según el II Acuerdo Nacional para el empleo y la Negociación Colectiva antes citado, deberían comportarse de acuerdo a las siguientes directrices:

1) En el año 2012, el aumento de los salarios pactados no debería exceder el 0,5%, con una cláusula de actualización aplicable al final del ejercicio concretado en el exceso de la tasa de variación anual del IPC general español del mes de Diciembre sobre el objetivo de inflación de Banco Central Europeo (2%). Si la tasa de variación anual del IPC general español de Diciembre fuera superior a la tasa de variación anual del IPC armonizado de la Zona Euro en el mismo mes, entonces se tomará esta última para calcular el exceso. De producirse este hecho, la cantidad resultante se aplicaría en una vez. Si el precio medio internacional en euros de petróleo Brent en el mes de diciembre es superior en un 10% al precio medio del mes de diciembre anterior, para

calcular el exceso citado se tomaran como referencia los indicadores mencionados excluyendo en ambos los carburantes y combustibles.

Respetando la autonomía de las partes, para aquellos convenios colectivos que tengan negociadas cláusulas de actualización salarial vigentes que afectan al crecimiento salarial de los tres próximos años, los firmantes del presente acuerdo, proponen a los negociadores tener cuenta la incidencia de estas cláusulas sobre el crecimiento salarial total de forma que esté en línea con el objetivo de moderación salarial del presente acuerdo.

2) En el año 2013, el aumento de los salarios pactados no debería exceder el 0,6% con una cláusula de actualización en los mismos términos que para 2012.

3) En el año 2014, el aumento de los salarios pactados debería ajustarse al ritmo de actividad de la economía española, según los siguiente criterios:

- Si el incremento del PIB a precios constantes en 2013 es inferior al 1%, el aumento salarial no excederá el 0,6%.
- Si el incremento del PIB a precios constantes en 2013 es superior al 1% e inferior al 2%, el aumento salarial no excederá el 1%-
- Si el incremento del PIB a precios constantes en 2013 alcanza o supera el 2%, el aumento salarial no excederá el 1,5%.

Por otro lado, los convenios colectivo deberán incluir componentes adicionales de actualización de salarios basadas en la evolución de indicadores económicos (salario variable) asociados a la marcha de la empresa (beneficios, ventas, productividad, ect.) de forma preferente, los derivados de estos componentes adicionales de actualización se integrarán en la parte variable del salario, que debe adecuarse a la realidad sectorial y empresarial.

Las partes firmantes del citado acuerdo se comprometen a garantizar el intercambio de información necesario para poder dar cumplimiento a estas cláusulas.

Todos los incremento salariales pactados para 2014 se incrementarán en el 50% del resultado de aplicar la cláusula de actualización acordada para 2012 y 2013. En caso de no haberse pactado componente adicional de salario variable se aplicará la cláusula en el 100% de su resultado.

7.4. Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II AENC

Desde la toma de posesión del nuevo ejecutivo, se tomó como prioridad una nueva reforma laboral que solucione el grave problema de desempleo que tenemos en nuestra economía. El Gobierno marcó como fecha tope de acuerdo entre la patronal y los sindicatos el 13 de enero del 2012 y a día de hoy, la CEOE y los sindicatos tienen una serie de propuestas en las que en algunas de ellas, ya han conseguido llegar a acuerdos, pero en otras, los desencuentros son evidentes. Así por ejemplo está el reciente acuerdo de ultraactividad de los convenios colectivos.

El pasado 23 de mayo de 2013, la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2012-2014) formada por las organizaciones empresariales de CEOE y CEPYME y las organizaciones sindicales de CCOO y UGT, firmó un acuerdo para tratar de generar un clima de confianza y estabilidad en las negociaciones de los convenios colectivos que pudieran resultar afectados por la posible pérdida de vigencia, por superación del plazo de un año a contar desde su denuncia o desde el 8 de julio de 2012 (fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio) cuando a dicha fecha hubieran sido ya anunciados.

Éste es un acuerdo importante ante la situación actual de crisis económica al conciliar los intereses de ambas partes para el mantenimiento del empleo y la viabilidad de las empresas, y dirigido a evitar conflictividad en las relaciones laborales de las empresas cuyos convenios pudieran perder su vigencia el próximo 8 de julio.

El acuerdo de ambas organizaciones, empresariales y sindicales, es un instrumento dirigido a impulsar la negociación colectiva pendiente y superar bloqueos de negociación. Consideran “necesario activar la búsqueda de acuerdos para la firma de los convenios colectivos..., como forma de dar perspectivas de estabilidad a las empresas y a los trabajadores afectados por estos convenios incidiendo en la recuperación de la inversión, del empleo y del consumo” mediante acuerdo adoptado el día 22 de noviembre de 2012 en la Comisión de Seguimiento del II AENC

Conscientes de esta situación, las organizaciones firmantes del Acuerdo fijan ocho recomendaciones dirigidas a los negociadores de los convenios colectivos en la situación indicada entre las que se encuentran las siguientes:

- Que antes de la finalización de dicho plazo, los negociadores se deberán comprometer a seguir el proceso de negociación, garantizando durante la duración mutuamente acordada de dicho proceso, el mantenimiento del convenio vencido.
- Que agilicen e intensifiquen los procesos negociadores en curso a fin de propiciar el acuerdo antes del término legal.
- Que, para la resolución de las situaciones de bloqueo de las negociaciones, acudan a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos establecidos.
- Que acudan de manera urgente a la mediación o arbitraje voluntario en aquellos convenios que hubieran sido denunciados con dos años de antelación al 8 de julio de 2013 y que a la fecha no se hubieran renovado.

Hasta las últimas reformas en materia laboral, la ultractividad de los Convenios Colectivos permitía que pese a que las partes hubieran en un principio estipulado un plazo de duración determinado, el Convenio siempre seguía vigente hasta que las partes que estaban legitimadas para negociar, llegaran a firmar un nuevo Convenio. Esta situación garantizaba unos derechos

mínimos para los trabajadores que no variarían hasta un nuevo pacto respecto de sus condiciones, por lo que seguía prorrogándose sin fecha límite.

Actualmente la situación es bien diferente, con el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se limitó a dos años la duración de la prórroga de un Convenio Colectivo, y este límite se ha reducido a un año con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Este nuevo límite comenzó a aplicarse el pasado mes de julio de 2012, por lo que los Convenios que ya estuvieran denunciados en esta fecha, perderán su vigencia el próximo 6 de julio de 2013.

¿Cómo se verán afectados los trabajadores que a partir del mes de julio de 2013 dejen de tener un Convenio Colectivo vigente? Los Convenios suelen regular y mejorar materias que establecen sus mínimos en el Estatuto de los Trabajadores, o a veces, materias que ni tan siquiera desarrolla éste, tales como jornada máxima de trabajo, licencias y permisos retribuidos, categorías o grupos profesionales, salarios...etc. En cambio, si el Convenio Colectivo pierde su vigencia por haber superado el año de prórroga sin que sindicatos y representación patronal alcancen un acuerdo, estos trabajadores se encontrarán sin un tope que estipule su jornada anual máxima, sin un mínimo salarial que actúe de mínimo según cada categoría profesional, entre otras muchas carencias.

En estos casos se aplican los límites legales y que concretamente en cuestión salarial se convertiría en el salario mínimo interprofesional (SMI) que para el presente ejercicio 2013 se ha fijado en 645,30 €, lo que posibilitará a las empresas reducir los salarios sin tener que acudir al difícil y costoso procedimiento de descuelgue de Convenio previsto en el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Esta reducción salarial se ejecutará a través del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

De esta forma se permite al empresario reducir el salario del trabajador, para adaptar su estructura productiva a las necesidades

reales de la empresa dejando como última opción la extinción de contratos de trabajo. En cualquier caso, ante una modificación de este tipo, el trabajador o el colectivo, podrán impugnar la decisión ante la jurisdicción social para que se pronuncie sobre la justificación o no de la decisión adoptada, y en cualquier caso podrá solicitar la rescisión del contrato de trabajo con el cobro de una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con un límite de 9 mensualidades.

Como conclusión, las empresas podrán reducir los salarios sin tener que respetar los Convenio Colectivo. Los Convenios Colectivos dejan de tener una prórroga sin fecha fin, y si pasado un año las partes negociadoras no llegan a un acuerdo, los trabajadores se encontrarán sin Convenios Colectivos que regulen sus relaciones y las empresas, sin límites para modificar condiciones, entre otras, los salarios que hasta entonces estaban limitados a mínimos por los propios Convenios, no teniendo otro límite salarial que el salario mínimo profesional. Esto aumentará la flexibilidad interna de las empresas y tendrá una incidencia directa en el mercado y competencia del sector.

8. CONCLUSIONES

Los juicios de valor sobre la reforma laboral son múltiples y divergentes. No sabemos si estas medidas mejorarán la situación. Sí sabemos que son medidas similares a las tomadas anteriormente y que el objetivo planteado abre un cambio importante en las relaciones laborales entre trabajadores y empresa.

Con la reforma hay un reforzamiento del poder individual del empresario en la gestión del trabajo, con vistas a la consecución de un modelo de gestión empresarial de flexibilidad interna en la empresa y a la mejora de la tasa de actividad económica, lo cual redunda en un deterioro parcial de la posición contractual de los trabajadores en la empresa.

En cuanto a la flexibilidad, en España apenas se conocen los planes de retribución flexible pero se están convirtiendo en una herramienta eficaz para atraer, motivar y retener a los mejores profesionales, sin costes adicionales para la empresa. Esto repercute positivamente en la productividad de la empresa, así como en el clima laboral pues el empleado se siente más valorado al percibir que forma parte de una empresa singular y que apuesta por las necesidades personales. Por tanto, a través de una retribución "a la carta" no sólo se incrementa el salario monetario del trabajador sino también el salario emocional.

A lo largo del proyecto se ha realizado una exposición del salario desde varios puntos de referencia y se puede concluir que actualmente el salario se nos presenta como una variable vulnerable en las políticas retributivas que queda en manos de unas decisiones políticas y empresariales. Habría que valorarse un nuevo concepto de salario, en boga en otros países, que es el salario emocional, que tiene en cuenta valores como el talento, su compromiso, etc y que se puede aplicar a través del sistema de compensación retributiva.

Y para finalizar se destaca que actualmente se ha logrado dar un paso más en la aplicación de medidas en materia de flexibilidad salarial y de

ultraactividad de los convenios colectivos. Gracias al II AENC se ha evitado poner plazos orientativos a los negociadores sobre el tiempo de prolongación del convenio denunciado, siendo ésta una decisión que se deja en manos de los negociadores para lo que tendrán plena capacidad de actuación. Éste es un acuerdo importante ante la situación de crisis económica al conciliar los intereses de ambas partes para el mantenimiento del empleo y la viabilidad de las empresas, y dirigido a evitar conflictividad en las relaciones laborales de las empresas cuyos convenios pudieran perder su vigencia el próximo 8 de julio.

Como conclusión, con este Acuerdo las empresas podrán reducir los salarios sin tener que respetar los Convenio Colectivo. Los Convenios Colectivos dejan de tener una prórroga sin fecha fin, y si pasado un año las partes negociadoras no llegan a un acuerdo, los trabajadores se encontraran sin Convenios Colectivos que regulen sus relaciones y las empresas, sin límites para modificar condiciones, entre otras, los salarios que hasta entonces estaban limitados a mínimos por los propios Convenios, no teniendo otro límite salarial que el salario mínimo profesional. Esto aumentará la flexibilidad interna de las empresas y tendrá una incidencia directa en el mercado y competencia del sector.

Los intereses, deben converger por el bien de ambas partes al mantenimiento de las unidades de negociación y buena fe negocial, flexibilidad interna para evitar despidos, mayor eficacia o sometimiento de la resolución de situaciones de bloqueo a mediación o arbitraje, antes de la finalización del plazo de ultraactividad los negociadores se comprometan a seguir el proceso de negociación, garantizando durante la duración mutuamente acordada de dicho proceso el mantenimiento del convenio vencido. Y que las partes acudan de manera urgente a la mediación o al arbitraje voluntario en aquellos convenios que hayan sido denunciados con dos años de antelación al 8 de julio de 2013, y que a la fecha no se hubieran renovado.

La acogida que tengan las recomendaciones de este Acuerdo en los procesos negociadores se valorarán por sus resultados.

9. BIBLIOGRAFÍA

CONDE-RUIZ J.I.; FELGUERO F. y GARCIA J.I., C.C. (2011). "Las reformas laborales en España: un modelo agotado". Fundación Estudio de Economía. Colección de estudios económicos 11-2010.

GARCIA-PERROTE ESCARTIN,I.; MERCADER UGINA, J.R. (2012). *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova.

GARCIA-PERROTE ESCARTIN,I.; MERCADER UGINA, J.R. (2012). *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-Ley 20/2012*, Lex Nova.

GOMEZ, S; CONTRERAS, I.; GRACIA, D. (2009). "Las reformas laborales en España y su impacto real en el mercado de trabajo en el periodo 1985-2008", *Cátedra SEAT de Relaciones Laborales. IESE*.

LAGO PEÑAS, J.M. (2013). "Un análisis cuantificado de los efectos de la reforma laboral sobre el empleo", Fundación 1º de mayo.

LAFUENTE V.P. (2012). "Puntos críticos de la reforma laboral 2012". Universidad de Zaragoza, pgs. 211

MOTOYA MEDINA, D. (2012). "La modificación de las funciones del trabajador tras la reforma laboral de 2012", *Boletín Quantor Social*.

PATRICIO D. (2009). *La retribución. Seguro médico, stock options, satisfacción*. ESIC Editorial, pgs. 164

PÉREZ J.I. (2010). "La negociación colectiva y los salario en España: características y propuestas de reforma"

PORRET, M.; (2010). *Manual para la gestión del capital humano en las organizaciones*, ESIC Editorial, 4ª edición, pgs. 323-324.

PUCHOL L.; (2000). *Dirección de gestión de Recursos Humanos*. Editorial Díaz de Santos, 4^a edición, pgs. 434. Profesor de la Universidad Carlos III de Madrid.

RIVERA, A. (2012). "Mejorar los salarios sin aumentar los costes", *Revista ORH FOCUS*.