

Bajas incentivadas frente a despido colectivo. El caso Telefónica

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Telefónica anunció públicamente el jueves 28 de enero del 2016 que había hecho una provisión de fondos de 2900 millones de euros en el 2015 para su plan de bajas incentivadas. La noticia de prensa, destacable desde el punto de vista económico para una de las compañías señeras de nuestro país, tiene un alcance laboral indiscutible. Siguiendo la información facilitada por medios de comunicación especializados, el grupo cubre así contablemente el coste del plan de suspensión de empleo que pactó con los sindicatos para la filial española y que puede llegar a afectar a unos seis mil empleados. Su objetivo es lograr un ahorro en costes laborales similar al que habría conseguido con un despido colectivo, pero sin el desgaste de imagen o las dificultades legales y políticas que conlleva plantear un despido masivo.

Según la empresa, la cantidad provisionada está calculada para cubrir la hipótesis máxima de los empleados que se acojan al plan y su coste hasta la jubilación. Telefónica logró un beneficio neto hasta el tercer trimestre del pasado año de 4577 millones de euros. La cifra provisionada supone el 63 % del beneficio neto acumulado en los nueve primeros meses. Esta operación supondrá —siempre según la información canalizada por la prensa y facilitada por la compañía— un ahorro de 370 millones anuales de gastos directos (si las previsiones efectuadas y la realidad coinciden, pues puede afectar a seis mil trabajadores o a ninguno, precisando los dos extremos posibles). La firma se ahorra el 32 % del salario del trabajador

acogido al plan y suma esta operación al despido colectivo puesto en marcha desde el 2010 hasta el 2013, que afectó a 6830 trabajadores de todo el grupo.

2. El Plan de Suspensión Individual, aprobado en el último Convenio Colectivo de la empresa a finales del 2015, consiste en que los empleados de Telefónica España que tengan o cumplan cincuenta y tres años de edad entre los años 2016 y 2017 y con más de quince años de antigüedad en la empresa podrán, de forma voluntaria, dejar de trabajar en la operadora —e incluso emplearse en otra firma, siempre que no suponga competencia directa— y, a cambio, recibirán el 68 % del salario que percibían. Conservarán la vinculación con la firma, de manera que Telefónica seguirá pagando la cotización a la Seguridad Social hasta su jubilación y el seguro médico privado. Afecta únicamente a los trabajadores de Telefónica de España —no al centro corporativo u otras filiales— que se acojan al plan entre el 1 de enero del 2016 y el 31 de diciembre del 2017. Según el diseño de éste, será el trabajador quien decida voluntariamente cada año «seguir en la reserva» o reincorporarse a su puesto de trabajo.
3. La baja incentivada no es más que la suspensión o extinción del contrato de trabajo consensuada por las partes (arts. 45.1a y 49.1a del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente). Se opta por el acuerdo para impedir la imposición unilateral de condiciones por parte del empleador, aun cuando, en muchas ocasiones, se combinen

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

ambas medidas. Y, así, en numerosos despidos colectivos se incluyen bajas incentivadas cuando son los trabajadores los que aceptan voluntariamente adscribirse al despido planteado por la empresa, que, o bien puede seleccionar a los trabajadores, o bien puede materializar el despido con carácter innominado, a la espera, precisamente, de que los trabajadores interesados acepten las condiciones ofrecidas por la empresa y negociadas (con acuerdo o sin él) con los representantes de los trabajadores.

Pero no es éste el supuesto. Telefónica ha optado por una medida pactada colectivamente, con el consenso sindical, y negociada como parte de un Convenio Colectivo, pero materializada de forma individual y voluntaria por los trabajadores de una de las empresas del grupo. La empresa podía haber tramitado un despido colectivo (art. 51 del Estatuto de los Trabajadores) o, tras las últimas reformas laborales, una suspensión colectiva de contrato o reducción de jornada por causas económicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor (art. 47 del Estatuto de los Trabajadores). Pero ha querido evitar recurrir a una medida colectiva porque, como bien señala la compañía, implicaría su judicialización, la justificación de las causas que la provocan, la incertidumbre sobre su posible nulidad y, previsiblemente, el incremento de los costes provisionados en su balance, amén de que no hubiera podido evitar la aplicación de la denominada precisamente «enmienda Telefónica», esto es, la obligación de efectuar una aportación económica al Tesoro Público. Recuérdese que, en virtud de lo previsto en la disposición adicional 16.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto (BOE de 2 de agosto), y tras numerosas modificaciones de aquélla, las empresas de más de cien trabajadores (o las empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores) que lleven a cabo despidos colectivos en los que el porcentaje de los trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de los trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de los trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de los trabajadores de la empresa, y siempre que hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios anteriores (o en dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio

anterior y la fecha del despido), deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público.

Pues bien, con esta medida, Telefónica intenta eludir cualquier tipo de intervención judicial, toda vez que existe acuerdo con los representantes de los trabajadores, aceptación voluntaria del trabajador y obligación de la empresa (asumida en un Convenio Colectivo) de dispensar la baja voluntaria en las condiciones pactadas a todo aquel trabajador que cumpla los requisitos expuestos. Cosa distinta son los costes, pues, ciertamente, con un despido colectivo pagaría la indemnización tasada legalmente de veinte días con un límite de doce mensualidades) y, quizá, el convenio especial de los trabajadores hasta los sesenta y un años de edad. Con este pacto, sin embargo, ha de mantener el pago del 68 % del salario de los trabajadores —sin prestación de servicios a cambio— desde los cincuenta y tres años hasta la edad de jubilación de cada uno de ellos —más de sesenta y cinco años, salvo que en el pacto se admita como jubilación también la anticipada— y con el correspondiente coste de la cotización a la Seguridad Social —por el salario percibido— y el seguro médico de la empresa como mejora voluntaria de aquélla.

4. Mas nada en Derecho está exento de riesgos. Con ser ésta una opción repleta de parabienes por el carácter consensuado de la medida adoptada —que genera beneficios al trabajador, a la empresa, a los sindicatos y a la Tesorería de la Seguridad Social—, en el pasado soluciones similares han sido tildadas de medidas adoptadas en fraude de ley.

La edad de los trabajadores permite situar el supuesto en su prejubilación. Exenta de definición legal expresa, hace ya tiempo (1998) que definimos esta figura como «la situación, de hecho y de derecho, en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria. Una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación», definición admitida jurisprudencialmente. Al margen de las

dificultades aplicativas de cualquier proceso de prejubilación por la ausencia de regulación expresa sobre él, uno de los problemas de interpretación fue si esta misma figura admitía la suspensión contractual como fórmula de vinculación del trabajador mayor de edad con su jubilación. Como puede advertirse, y a diferencia de otros ordenamientos europeos, la legislación española no prevé ni la extinción por prejubilación ni la suspensión por esta misma causa.

La práctica habitual de las empresas desde los años ochenta consistía en negociar planes de prejubilación entre el empresario y los representantes de los trabajadores sin perjuicio de materializar la extinción del contrato individualmente como baja incentivada *ex artículo 49.1a* de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o colectivamente, mediante despido colectivo, *ex artículo 49.1i* de la misma ley. Pero, en algunos casos, el recurso de la suspensión contractual durante este periodo (desde la suspensión «por razón de edad» hasta la jubilación) fue considerado un supuesto de actuación en fraude de ley que intentaba encubrir una extinción por prejubilación, manteniendo a la empresa presente durante todo el proceso, a sabiendas de que el trabajador no sería reincorporado en ningún momento, precisamente como consecuencia de su edad avanzada y de su proximidad a la jubilación. De ahí que algunas sentencias consideraran que la presencia de la empresa en este proceso por medio de una serie de compromisos no alteraba la naturaleza extintiva *de facto* de este tipo de decisiones, las cuales implicaban la expulsión definitiva del trabajador como consecuencia de su prejubilación (por todas, la STS de 21 de diciembre del 2011, Ar. 8519).

5. Podría entenderse que, con una solución como la alcanzada por Telefónica y analizada en estas páginas, se ha pretendido eludir algunas normas de aplicación en nuestro ordenamiento: por una parte, la aportación económica al Tesoro Público antes citada, lo que supone una importante pérdida de recursos públicos; por otra parte, las normas propias de la suspensión contractual que imponen dejar de trabajar y dejar de percibir el salario. A su vez, se consideraría que esta solución es una forma —no lícita— de mantener a los trabajadores cotizando a la

Seguridad Social que, de otra manera, no podrían estar dentro de ésta al tener suspendido su contrato de trabajo. Y, en fin, podría entenderse que, *de facto*, se trata de un «despido colectivo» encubierto, evitando con esta fórmula tanto el recurrir al procedimiento legalmente establecido como una posible alegación de discriminación por razón de edad.

Y, si bien es cierto que alguna de estas alegaciones podría prosperar en un tribunal, entiendo que su consideración debería hacerse de forma prudente y con matices. En primer lugar, porque el pacto analizado contiene una suspensión contractual no definitiva, sino reversible, toda vez que el trabajador puede solicitar la reincorporación a la empresa en cualquier momento. De ser así, deberá recuperar su puesto de trabajo cuando lo requiera.

En segundo término, porque, a diferencia de otras situaciones de prejubilación, ésta, en principio, no debe generar costes al erario, siendo así que los trabajadores no podrán acceder a la prestación o subsidio por desempleo al seguir manteniendo su relación laboral con la empresa y devengar su salario en ella. Cualquier aceptación voluntaria de la suspensión o de la extinción contractual repele a las normas de desempleo en el ámbito de la Seguridad Social que sólo prevén la prestación o el subsidio cuando los trabajadores pierden su empleo o ven reducida su jornada de trabajo (art. 262 de la Ley General de Seguridad Social). Únicamente la suspensión colectiva del contrato de trabajo del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores —a la que no ha recurrido la empresa— podría tener acogida en esta prestación. De ahí que estos trabajadores, que seguirán percibiendo el salario de su empresa, no puedan recurrir al desempleo. Con algunas excepciones puntuales. Por ejemplo, y dado que la compañía permite que los trabajadores compatibilicen esta situación con el trabajo en otra empresa —siempre que no suponga competencia desleal para Telefónica—, el trabajador podría ser despedido de la nueva empresa, lo que conllevaría, en su caso, el recurso de la prestación por desempleo, pero sería por una situación totalmente ajena a la que es objeto de análisis en estas páginas. Tan sólo el hecho de que la empresa no efectúe la aportación

económica (enmienda Telefónica) al Tesoro Público podría significar un lastre, pero el legislador ha previsto tal aportación para cuando se produce la extinción contractual colectiva y no la suspensión individual del contrato con percepción del salario del trabajador y sin costes adicionales para la Seguridad Social.

Por último, nada impide que la empresa pueda seguir cotizando por sus trabajadores. Es más, es su obligación puesto que mantiene el devengo del salario. Quizá pueda cuestionarse por qué la empresa abona el salario una vez suspendido el contrato si la norma laboral le permite no hacerlo. Pero la autonomía de la voluntad de las partes (en este caso, además, la autonomía colectiva a través de Convenio) ha decidido mejorar lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores y mantener el salario del trabajador pese a la suspensión de su prestación de servicios. Incluso, aunque hipotéticamente no se permitiera cotizar sin trabajar, la regulación del convenio especial (Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, BOE de 18 de octubre) admite tal circunstancia en atención a su edad a aquellas personas que, por su proximidad a la jubilación, serían expulsadas del sistema si no siguieran cotizando. De permitir un tratamiento semejante en los casos de extinción y no hacerlo en los de suspensión, se produciría una diferenciación injustificada y desproporcionada para los trabajadores.

6. En un entorno de envejecimiento poblacional y de dificultades de viabilidad del sistema de pensiones, medidas como las apuntadas tal vez no se justifiquen socialmente. Prescindir de los trabajadores de cincuenta años o más de edad, descapitalizando algunos sectores cualificados que no reponen la experiencia generada por la empresa o el sector, quizá no resulte sencillo de explicar. Pero decisiones como la analizada entran dentro de los parámetros legales laborales. Tal vez con un único reproche. La necesidad de disponer de una regulación expresa, como en otros países del entorno europeo, sobre la situación de prejubilación de los trabajadores. El Derecho no deja de ser un instrumento de transformación social. Hace tiempo que se alude a la rebelión de los hechos contra las leyes, de la labor no sólo reconstructiva, sino también normativa del jurista, de la transformación de las fuentes de producción del Derecho. Más allá de la conveniencia o no de prejubilación a los trabajadores, lo cierto es que las empresas siguen necesitando instrumentos de redimensionamiento pacífico de sus plantillas que, entre otras medidas, también contenga la prejubilación de los trabajadores de más edad. Cuando una realidad tan contundente no encuentra acomodo en el sistema normativo, algo falla. Dotar de seguridad jurídica a empresarios, sindicatos y trabajadores en este contexto no constituye sólo una recomendación, sino que debería convertirse en una obligación.