



LABOUR REPORT
*Grandes Cuestiones
Laborales*

Newsletter
Octubre 2021

ECIJA

Labour Report

Grandes Cuestiones Laborales

- Octubre 2021

01.

Aspectos laborales de las operaciones de reestructuración de empresas. Los movimientos intragrupo.

P. 3

02.

La igualdad en empresas de 50 trabajadores a partir de marzo de 2022.

P. 4

03.

Movilidad internacional de trabajadores en el sector audiovisual.

P. 5

04.

El Futuro de la subcontratación en España.

P. 8

01. Aspectos laborales de las operaciones de reestructuración de empresas. Movimiento de unidades productivas homogéneas intragrupo

¿Es posible el movimiento de unidades productivas homogéneas intragrupo? Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra nº194/2021, de fecha 17 de junio de 2021.

Dentro del extenso y prolífico mundo de las subrogaciones “ex lege” del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, destacan las que se han de efectuar como consecuencia de las operaciones mercantiles de escisión, fusión, compraventa de activos, etc.

En infinidad de ocasiones nos encontramos con que estas situaciones implican la necesidad de mover o reubicar ciertas unidades de negocio o áreas funcionales produciéndose cada vez con más frecuencia dentro de grupos empresariales de una a otra entidad mercantil como consecuencia de los cambios que impone la continua reorganización funcional, productivo o financiera que, como decimos, operan en virtud de ley, no dándoseles la importancia que de hecho tienen. La consecuencia suele ser la propagación de demandas en este sentido que muchas veces dificultan el cierre de la operación desde el punto de vista de la gestión de los activos (los trabajadores).

De notoria importancia es la decisión de reubicar a un grupo de trabajadores dedicados a una actividad concreta y funciones definidas que conllevan, en muchas ocasiones, un cambio en el empleador intragrupo.

¿Cuál es el mayor peligro? Que un trabajador, reticente a tal cambio de empleador y con interés en extinguir y obtener la pertinente indemnización por despido improcedente, plantee una demanda por despido tácito o de extinción voluntaria en base al artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin perjuicio de consideraciones de orden práctico que abordaremos más adelante, vamos a referirnos a continuación a la sentencia del **TSJ de Navarra nº 194/2021, de fecha 17 de junio de 2021**, que confirmó la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona sobre la cuestión.

La resolución aprueba la validez de la decisión adoptada por la empresa matriz alegando que:

*“En el caso enjuiciado, la validez de la subrogación operada **no precisa de la acreditación de una transmisión de activos físicos, al encontrarnos ante una unidad productiva autónoma que se describe con suficiencia en el acuerdo de sucesión...** Conforme a lo expuesto, no es posible apreciar en el comportamiento empresarial voluntad expresa o tácita alguna tendente a extinguir el contrato de trabajo de la demandante.”*



En consecuencia, desecha el posible despido porque **“la reincorporación se produjo (...) en virtud de un acuerdo de subrogación empresarial de la unidad de negocio ... conocido por la trabajadora y que no había sido impugnado, conforme al cual se procedía a la sucesión parcial de la empresa respecto del colectivo de trabajadores que conforma la unidad de negocio”**, pasando de ser trabajadores de una a otra empresa sin solución de continuidad.

Partiendo de esta posibilidad de sucesión de empresa ex lege, **en virtud de decisión adoptada por la empresa matriz**, se presentan cuestiones prácticas a resolver.

1. DECISIÓN DE LA EMPRESA CON CONTROL MERCANTIL

En este extremo hemos de considerar que la referencia al control se refiere a la definición mercantil del mismo, es decir, la empresa que ejerza el control sobre las decisiones de otras empresas integradas en el mismo grupo incluso aunque no tenga una mayoría del capital social.

Por otra parte, el órgano que ha de tomar la decisión sería aquél que tuviera poder societario para tal menester, es decir el órgano de administración (bien por decisión colegiada bien por persona con poderes delgados suficientes) que a su vez también tiene poder suficiente para llevar a cabo otras operaciones que dan lugar a sucesión de empresa como la compra de activos u otras en el ámbito de un grupo mercantil.

2. DEFINICIÓN DE LA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA

Esta herramienta no puede ser un arma de fraude de derechos laborales en manos del empleador. Debe imperar, por tanto, el criterio de unidad productiva autónoma entendido como conjunto de personas y medios materiales (no siendo estrictamente necesario esto último) organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, que dentro del grupo debe estar definida, delimitada y conducir a una funcionalidad concreta en el entramado empresarial.

De esta forma, no son aceptables las decisiones que impliquen recolocaciones en diferentes empresas de trabajadores desconectadas de este concepto y de un fin empresarial objetivo desde el punto de vista organizativo. Menos aun las que impliquen una merma del número de trabajadores en una empresa con el único fin de evitar mayores obligaciones legales en materia de representación de los trabajadores, igualdad, prevención de riesgos o similares.

3. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

Sin perjuicio de que no estemos ante un supuesto del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que se trata de un supuesto tímidamente regulado, siempre es aconsejable proceder con la cautela de un preaviso y una notificación que contenga suficiente causa organizativa motivadora del cambio, así como de una definición del perímetro de personal y medios que componen la unidad productiva.

4. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

El efecto inmediato de la sucesión de empresa ex artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores implica su cambio de empleador. Sin embargo, y aunque esto ocurra en el ámbito del grupo empresarial, se puede derivar la necesidad de un cambio de lugar de trabajo que habría de ser abordado en todo caso de acuerdo a la normativa laboral, bien sea una movilidad menor o con traslado de domicilio, o que tenga efectos individuales o colectivos.

02. La igualdad en empresas de 50 trabajadores a partir de marzo de 2022. Próxima obligación de compliance laboral.

¿Cuáles son las obligaciones para las empresas en materia de igualdad a partir del 7 de marzo de 2022?



El artículo 14 de la Constitución Española recoge el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. En la actualidad, este derecho se traslada al ámbito laboral a través de la Ley Orgánica 3/2007, el Real Decreto-ley 6/2019, el Real Decreto 901/2020 y el Real Decreto 902/2020.

En concreto, desde la Ley Orgánica 3/2007, todas las empresas de más de 250 tenían obligación legal de contar con un plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. El Real Decreto-ley 6/2019 rebajó este umbral a las empresas de 50 o más personas trabajadoras, si bien con un periodo transitorio de aplicación. De este modo, las empresas de cincuenta a cien trabajadores disponían de un plazo de tres años para la aprobación de los planes de igualdad, que termina en marzo de 2022. Este cómputo debe incluir a toda la plantilla, con independencia del centro de trabajo y el tipo de contrato, incluyendo incluso a las personas trabajadoras que presten servicios mediante un contrato de puesta a disposición.

El plan de igualdad constituye un conjunto ordenado de medidas adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo.



En todo caso, los planes de igualdad deben incluir, desde abril de 2021, una auditoría retributiva conforme a los requisitos del Real Decreto 902/2020. La auditoría retributiva tiene por objeto comprobar si el sistema retributivo de la empresa cumple con la aplicación efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres en materia de retribución. Asimismo, deberá permitir definir las necesidades para corregir las dificultades en aras a garantizar la igualdad retributiva.

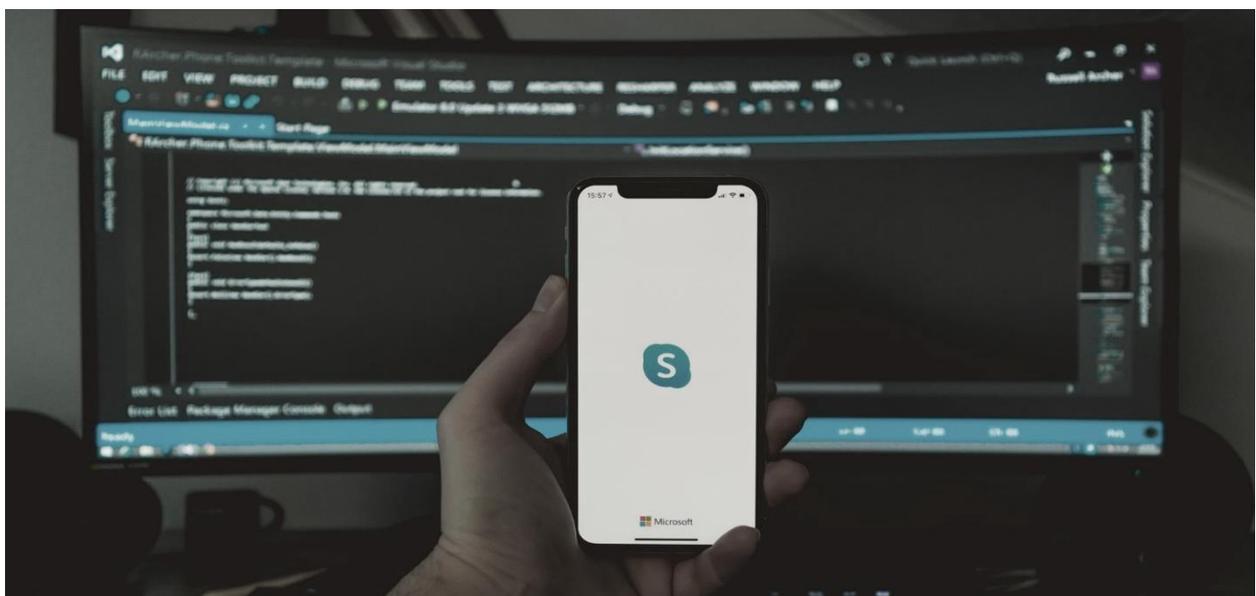
Este plan puede ser implantado también de forma voluntaria por parte de empresas con una plantilla menor a 50 personas trabajadoras. En efecto, todas las empresas, con independencia de su plantilla, deberán adoptar, previa negociación, medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. En concreto, es obligatorio para todas las empresas la aprobación de un protocolo de acoso sexual o por razón de sexo.

Asimismo, todas las empresas deberán también contar con un registro retributivo que refleje, desglosadas por sexo, la media aritmética y la mediana de lo realmente percibido por cada uno de estos conceptos en cada grupo profesional, categoría profesional, nivel, puesto o cualquier otro sistema de clasificación aplicable. A su vez, esta información deberá estar desagregada en atención a la naturaleza de la retribución, incluyendo salario base, cada uno de los complementos y cada una de las percepciones extrasalariales, especificando de modo diferenciado cada percepción.

El incumplimiento de estas obligaciones conlleva distintas consecuencias para las compañías. En primer lugar, se perderán de forma automática las ayudas, bonificaciones y beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo y se excluirá a la empresa de su acceso durante seis meses.

La falta de cumplimiento de las medidas de igualdad constituye una infracción grave con multa de 751 a 7.500 euros.

Además, la no elaboración a aplicación del plan de igualdad constituye una infracción muy grave, por lo que la multa se elevaría potencialmente hasta los 225.018 euros. Finalmente, se impondrá asimismo prohibiciones de contratar con entidades del sector público. En consecuencia, la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres es una materia de creciente importancia en cualquier programa de compliance laboral.





03. Movilidad internacional de trabajadores

Análisis de la nueva situación del movimiento de plantillas en las producciones audiovisuales. Instrucción

Con motivo del COVID-19 una gran cantidad de proyectos internacionales se han visto perjudicados al quedar temporalmente suspendidos o tener que adaptar sus recursos a los cambios que la pandemia trajo consigo. No obstante, la relajación de las medidas de contención debido al descenso de los contagios y a la vacunación, ha reactivado la economía internacional impulsando de nuevo la movilidad internacional de los trabajadores.

En este contexto, teniendo en consideración la complejidad normativa y la burocracia que existe de cara a la obtención de permisos, resulta fundamental el asesoramiento previo y especializado en materia migratoria y de desplazamiento de trabajadores.



De manera general, la regulación comunitaria sobre las **condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales, vienen reguladas en la Directiva 2014/66/UE**, de 15 de mayo de 2014, transpuesta a la normativa española con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Dicha Directiva, define los traslados intraempresariales como un desplazamiento temporal con fines de empleo o formación en el marco de relaciones laborales existiendo un contrato de trabajo con la empresa de origen, ubicada fuera de España, y que pasa a realizar sus prestaciones laborales temporalmente para la empresa u otra empresa perteneciente al mismo grupo ubicada en España.



Ahora bien, **la práctica ha demostrado que, esa regulación, no se ajustaba lo suficientemente bien a la movilidad requerida dentro del sector audiovisual**, sector que requiere una movilidad ágil de trabajadores, que deben desplazarse puntualmente para prestar servicios en un país extranjero, por periodos normalmente cortos y con volúmenes de personal relativamente elevados.

De manera progresiva, este sector ha ido ganando peso en nuestra economía, con previsión de que siga aumentando, con importantes repercusiones económicas en el futuro inmediato, dadas las condiciones de nuestro país para este fin, y con un alto impacto en términos de inversión y generación de empleo.

Por ello, era fundamental dar cabida en la Ley 14/2013, a las relaciones específicas dentro de este sector, teniendo en cuenta que, normalmente, los desplazamientos de extranjeros que forman parte de una producción audiovisual no se enmarcan en una relación laboral con una misma empresa o grupos de empresas, sino que se producen en el marco de una relación mercantil derivada de un contrato de prestación de servicios entre diferentes entidades; o teniendo en cuenta el perfil de las personas que integran el equipo de la producción, que no se ajustan a la condición de directivos, especialistas ni trabajadores en formación. Y todo ello trata de recogerse en la **instrucción 1/2021 de la Dirección General de Migraciones relativa a residencia en España del personal.**

Dicha Instrucción, mantiene los requisitos generales para la estancia o residencia, previstos en el art.62 de la Ley 14/2013, como son el no estar irregular en España, ser mayor de edad, presentar certificado de antecedentes penales de país de origen y(o último país de residencia, seguro médico y disponer de medios económicos y tener la estancia cubierta; pero **simplifica sustancialmente los requisitos concretos del traslado intraempresarial previstos en el art. 73**, exigiendo básicamente el contrato de prestación de servicios entre la compañía extranjera y la española, a lo que habría que añadir la carta de desplazamiento de la empresa extranjera, y el documento acreditativo de la seguridad social del trabajador desplazado.





Con ello, si los trabajadores proceden de países a los que no se les exige visado, pueden venir como turista y solicitar desde aquí la autorización, obteniendo resolución en un plazo máximo de 20 días hábiles, si bien, se está resolviendo con mucha más celeridad.

Por el contrario, si deben obtener visado previo, se deberá iniciar el proceso en la embajada o consulado español que corresponda, dependiendo en este caso, de los ritmos del consulado y su disponibilidad de citas.

Está previsto también en la instrucción la elaboración de una solicitud colectiva, que sería de mucha utilidad para aquellos casos en los que vienen equipos completos, pero, de momento, dicha herramienta no ha sido creada.

En definitiva, estamos en un contexto de gran desarrollo y crecimiento del sector audiovisual. El rodaje de superproducciones como Juego de Tronos por parte de HBO en nuestro país y el éxito de Netflix, plataforma que ha implantado su propia sede en Madrid, son sólo un ejemplo del peso de la industria audiovisual de España en el resto del mundo.

Por ese motivo, tanto la administración como los profesionales que trabajamos en el asesoramiento de estos desplazamientos, debemos trabajar conjuntamente para facilitar dichos traslados y poder seguir siendo un país atractivo, intentando adaptar más si cabe los procedimientos a este sector y atrayendo inversión y talento.

04. El futuro de la subcontratación en España

¿Cómo afectará la próxima reforma laboral a las contratadas y subcontratadas?

La anunciada reforma del Estatuto de los Trabajadores traerá novedades, aún no conocidas en detalle, en multitud de materias. Entre otros, es previsible que la propuesta legislativa modifique el artículo 42 de la norma estatutaria, referido a la subcontratación de actividades.

En la actualidad, la empresa principal y subcontratista, más allá del régimen de responsabilidad solidaria o subsidiaria respecto de las obligaciones laborales y de seguridad social, pueden mantener condiciones laborales diversas. Es decir, no existe una obligación legal de equiparar las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa principal y la subcontratada.

La generalización del fenómeno de la subcontratación ha provocado, en determinados sectores, una brecha entre las condiciones laborales, sobre todo salariales, de los trabajadores de las empresas usuarias y subcontratistas.

En este escenario, en 2016, el Grupo parlamentario socialista, entonces en la oposición, presentó una proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores, para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores de las subcontratadas.



Aunque desconocemos si la reforma del Estatuto de los Trabajadores que viene abordará esta materia (muy seguramente, sí), parece razonable pensar que el nuevo proyecto legislativo, en materia de subcontratación, sea similar a la propuesta de 2016.

Así pues, conforme a la proposición de 2016, las empresas subcontratistas deberán aplicar las condiciones laborales esenciales que vengán aplicándose en la empresa usuaria, durante el tiempo que dure la subcontrata, siempre que ésta tenga por objeto la propia actividad de la empresa usuaria o principal. A estos efectos, la propuesta de modificación consideraba condiciones laborales y de empleo esenciales, las siguientes:

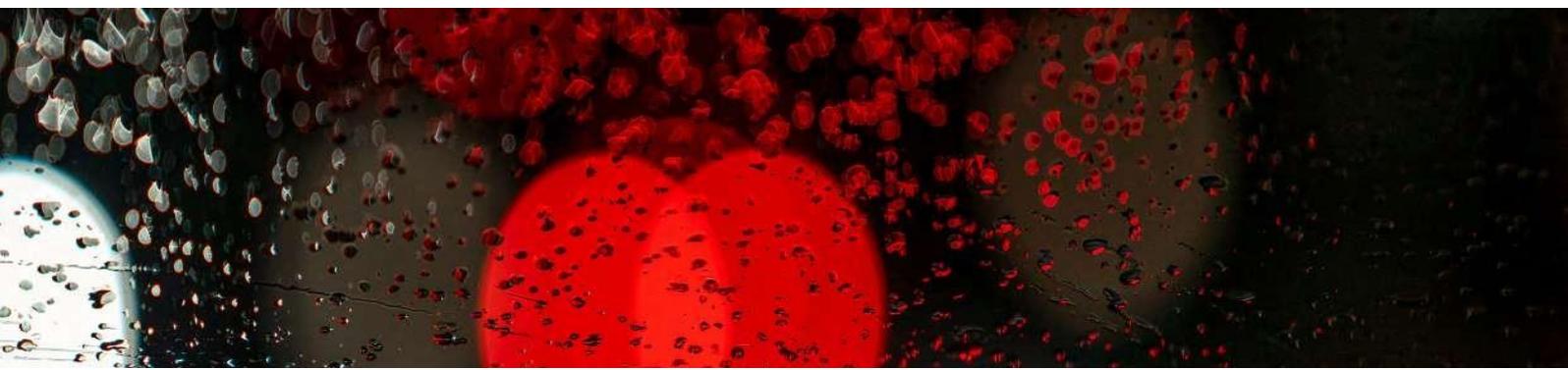
- Remuneración y cuantía salarial.
- Condiciones de contratación.
- Tiempo de trabajo y descanso.
- Igualdad de género.
- Protección de la maternidad, lactancia y paternidad.
- Prevención de riesgos laborales.

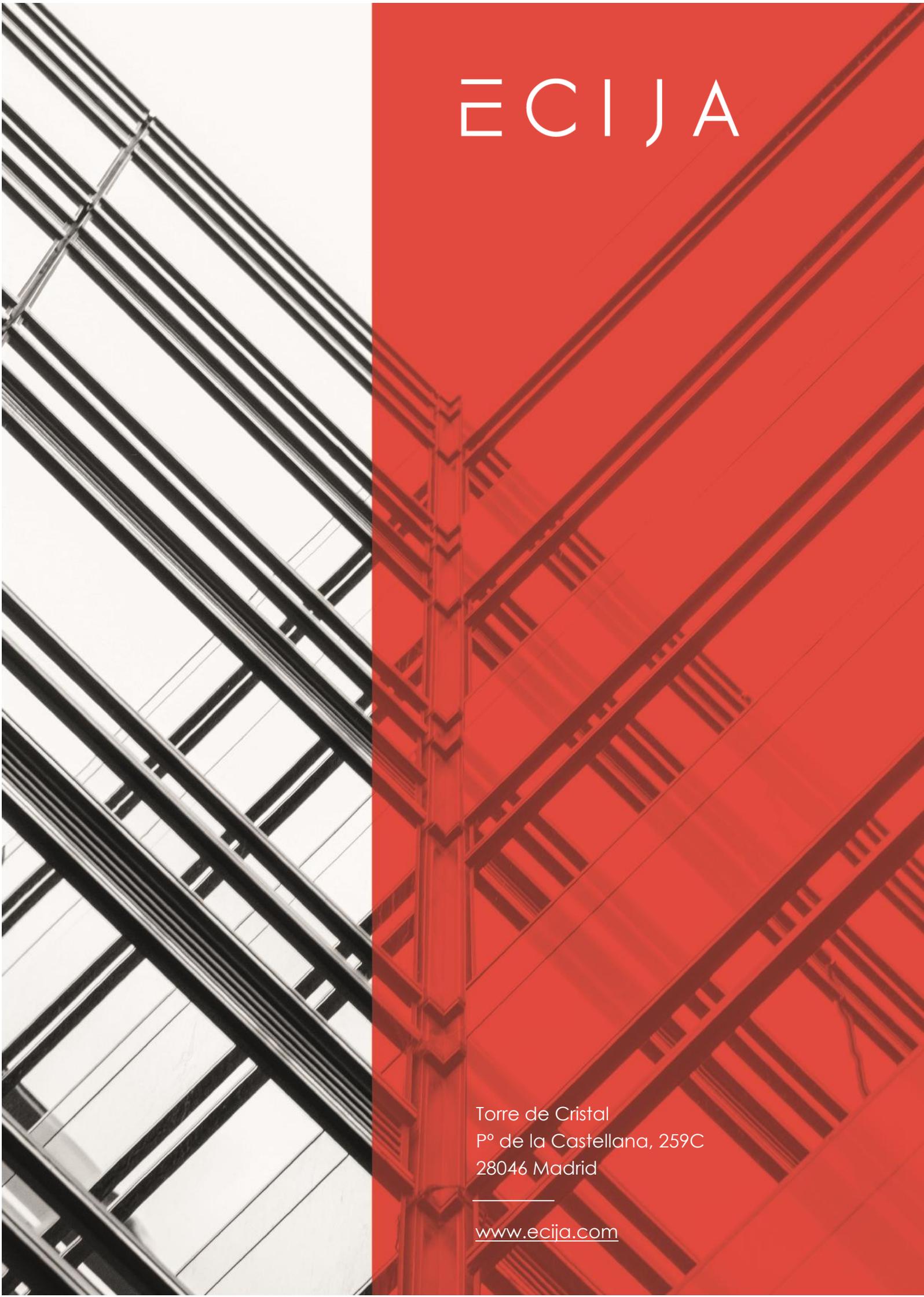
En resumidas cuentas, si la futura reforma laboral replica la proposición de Ley de 2016, se eliminará cualquier incentivo, en términos de ahorro de costes laborales, a la subcontratación de la propia actividad.

Sin duda, esto supondría un cambio de gran envergadura en la regulación de las relaciones laborales en España que, muy probablemente, aumentaría los costes laborales y, por ende, productivos de las empresas que operan en nuestro país.

En vista de todo lo anterior, conviene que las Empresas estén preparadas para las consecuencias de la reforma laboral en materia de subcontratación. Por un lado, el coste de los servicios que prestan terceras empresas a la empresa principal se incrementará sustancialmente en muchos casos. Por otro, cabría esperar que muchas empresas internalicen actividades, ante la ausencia de incentivos a la subcontratación en términos de coste, o la reducción de dichos incentivos.

En cualquier caso, habrá que estar al detalle del proyecto y a su tramitación parlamentaria para poder valorar las consecuencias reales de la nueva regulación de la subcontratación.





ECIJA

Torre de Cristal
Pº de la Castellana, 259C
28046 Madrid

www.ecija.com