

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Gestión de las expatriaciones: Propuestas de actuación para una mejor regulación

Inés Molero Navarro

COMENTARIOS NORMATIVOS

La caída de convenios colectivos

Jesús Lahera Forteza



GESTIÓN DE LAS EXPATRIACIONES:

PROPUESTAS DE ACTUACIÓN PARA UNA MEJOR REGULACIÓN

Inés Molero Navarro,

Socia Abdón Pedrajas & Molero.

Tras toda esta amplia amalgama de reformas legales que estamos viviendo (y sufriendo), llama la atención que en un tema tan actual como es el desplazamiento internacional o la expatriación de empleados españoles al extranjero, nos encontremos con una normativa pobre, obsoleta y absolutamente local. Más aún cuando el contexto económico y social, tan adverso, lo está no solo propiciando sino incentivando tanto por necesidades de negocio como también por acuciantes circunstancias económicas que persiguen compensar las pérdidas del negocio en España con resultados más positivos en el extranjero.

Así, la normativa es pobre porque únicamente dos artículos del ET (arts. 1.4 y 40) regulan algún aspecto en materia de desplazamientos; obsoleta porque resulta ser más explícita en casos de viajes profesionales o traslados nacionales que en el caso de una asignación de naturaleza internacional, encontrándonos con que la mayoría de vicisitudes que pueden tener lugar en el planteamiento, desarrollo o terminación de la relación internacional no se encuentran reguladas, ni normativa ni jurisprudencialmente; y local porque, insistimos, es más específica en “movimientos” nacionales que extranjeros.

La situación anterior se agrava con que los casos de expatriación implican conjugar no solo aspectos puramente laborales, relacionados con derechos, obligaciones, retribuciones o beneficios sociales que se puedan asignar al empleado que se expatría al extranjero. También cuestiones de Seguridad Social, de prevención de riesgos, de jurisdicción, competencia y de legislación aplicable (todo ello sin entrar en temas fiscales e impositivos, administrativos de orden público, extranjería y corporativos) que se unen a los anteriores y, en su conjunto, exigen un equilibrio entre el ámbito local y el internacional.

Y todo ello aderezado con las posibles particularidades que cada país de destino exija para la prestación de los servicios de los empleados españoles expatriados allí. Por tanto, las empresas, de origen y destino, y los empleados afectados, requieren cada vez más información y regulación para cada caso, ya que necesitan tener la seguridad de conocer qué derechos les amparan y qué obligaciones se derivan de la relación contractual “internacional” que ahora les une, así como todos los aspectos regulatorios o protocolarios del procedimiento (interno y externo) que conllevará la expatriación.



En ese sentido, existen aspectos muy relevantes que inquietan a los implicados y que, lamentablemente, la ley no resuelve. Entre otras muchas, se podrían destacar cuestiones como qué ocurre con la relación laboral del expatriado, si la relación laboral con la empresa española se mantiene a pesar de la expatriación o si ésta se suspende durante la misma volviendo a la relación originaria al retornar, qué aspectos deben considerarse si se produce un despido en destino o cómo reaccionar ante la dimisión del expatriado; o qué prever en caso de que al empleado le sobrevenga una incapacidad que le impida trabajar durante un largo período o de forma indefinida, qué partidas salariales incentivarán la expatriación y cuáles se mantendrán, en su caso, si el expatriado retorna, o si la empresa española está obligada a garantizar el retorno y en qué condiciones.

Antes estas situaciones, las empresas se plantean por un lado, en qué situación legal se encuentran dada la cantidad de normas que deben tener en cuenta en los desplazamientos y, por otro lado, qué deben hacer y cómo se pueden regular, al menos, los aspectos más conflictivos para minimizar disputas y riesgos, evitando con ello un impacto negativo sobre el proyecto o el servicio que se está prestando a un tercero en el extranjero.

En este punto, es donde el papel del asesor es fundamental, dado que, si bien es cierto que

no todas las circunstancias pueden regularse internamente con carácter más general o acordarse con el empleado afectado con carácter particular, sí que es cierto que los aspectos esenciales de la relación y las circunstancias que en el desarrollo de ese proceso son previsibles, o no es descartable que ocurran, deben estudiarse y valorarse internamente.

El fin es regular las materias más cruciales para la empresa y el negocio que se desarrolla en el extranjero, y acordarse las que afecten directamente al empleado y a su relación con la empresa que lo desplaza.

Actuar de esta forma permitirá reducir los conflictos o disputas judiciales y controlar más

Llama la atención que en un tema tan actual como es el desplazamiento internacional o la expatriación de empleados españoles al extranjero, nos encontremos con una normativa pobre, obsoleta y absolutamente local)

Son de lo más variadas las partidas que se pueden abonar para compensar, incentivar y motivar la expatriación pero, con independencia de su variedad, no debe dejarse de lado un buen planteamiento legal sobre dichas partidas)

(o evitar que se disparen) los costes económicos, formativos y profesionales que supone la expatriación, así como los daños que pueden derivarse tanto para el proyecto desarrollado por la empresa en el extranjero como para el propio negocio en España (daños en la imagen pública, penalidades por retrasos en ejecución...).

Visto lo anterior, será crucial para este tipo de procesos regular aspectos como los siguientes:

■ **1.** En primer lugar, según se planteen de costosas o complicadas las condiciones de contratación en el país de destino, deberá ponderarse internamente:

(i) si convendría mantener la vinculación del empleado con la empresa española, manteniendo vigente su contrato de trabajo y su alta en la Seguridad Social nacional, complementando ese contrato originario con ciertas circunstancias propias del desplazamiento y del país de destino, o

(ii) ceder el contrato de trabajo del empleado que se va a expatriar suscrito con la sociedad española a otra sociedad filial o del grupo (lo cual conllevará una serie de formalidades como el consentimiento del trabajador objeto de la cesión y el alta de ese empleado en la nueva sociedad), o

(iii) si es mejor opción dar de baja temporalmente al empleado expatriado en la empresa española y tramitar su alta en la nueva empresa, con garantía de retorno y suscribiendo un contrato nuevo con esa nueva sociedad (dejando en suspenso el contrato con la empresa local hasta que el expatriado retorne) o

(iv) si es posible, según las circunstancias, dar de baja al expatriado en la empresa española y tramitar su alta en la empresa del país de destino, suscribiendo un nuevo contrato de trabajo con el empleado y sin garantía de retorno (lo que supondría, si el empleado lo acepta, una

desvinculación absoluta de la empresa española y la extinción del contrato que le vinculaba con ella). Todas estas alternativas tendrán una repercusión directa e inmediata sobre la legislación aplicable, la jurisdicción competente para conocer posibles disputas, además de sobre la normativa de Seguridad Social, extranjería, fiscal...

■ **2.** Tomada la decisión en esa materia de “vinculación”, deberán valorarse cuestiones como las siguientes:

(i) la extinción contractual, tanto en caso de dimisión como de despido,

(ii) vicisitudes durante el desplazamiento, como la posible falta de adaptación del expatriado al destino, su “reasignación” en otro proyecto y distinto país, en su caso (y qué ocurre si éste acepta o rechaza esa reasignación), así como

(iii) la suspensión de la relación laboral para cubrir situaciones tan cotidianas como la adaptación o salida del empleado y su familia del país de destino o los casos, lamentablemente, de enfermedad grave o accidente, o

(iv) aquellos supuestos en los que es necesaria la prolongación o el trabajador de determinada edad que decide jubilarse.

En los casos de extinción de la relación, son muy habituales y recomendables las llamadas cláusulas *Claw Back* para recuperar el pago de importes relacionados con el desempeño y la valoración del trabajo en el extranjero, las cláusulas liberatorias del abono de determinados costes a las empresas, la prolongación de los plazos de preaviso para evitar vacíos de puesto sin regímenes transitorios, acordar restricciones post-contractuales para evitar, por ejemplo, salidas de más personal o contrataciones en las empresas competidoras, cláusulas penales para determinados incumplimientos o, incluso, el abono de indemnizaciones por daños y perjuicios en caso de abandonos.

Asimismo, resultará conveniente regular aspectos como la devolución de terminadas propiedades a la compañía (forma, plazo, estado, etc.) o qué criterios se seguirán para abonar incentivos o bonus o para extinguir determinados beneficios sociales (seguros, planes de pensiones, etc.).

Finalmente, es imprescindible establecer los criterios económicos que regirán la relación con el expatriado, dado que, aunque se diseñe una estructura retributiva adaptada a las particularidades de la relación internacional o la internalización de la relación local, el empleado no deberá resultar perjudicado en sus derechos económicos previos (artículo 1.4 ET).

Son de lo más variadas las partidas que se pueden abonar para compensar, incentivar y motivar la expatriación pero, con independencia de su variedad, no debe dejarse de lado un buen planteamiento legal sobre dichas partidas. Así, deberá decidirse antes de fijar aquéllas si pretende equilibrar el nivel de vida del empleado y garantizar su nivel adquisitivo o si quiere, además, ser competitivo con los precios de mercado

fijados en el país de destino, todo sobre la base de una adecuada racionalización de costes.

En ese sentido, al salario base se suelen unir complementos específicos relacionados con sus funciones en el extranjero, su nivel de desempeño o las particularidades o responsabilidades inherentes a su puesto; o primas relacionadas con la movilidad o importes variables relacionados con el desempeño o los resultados (bonus, incentivos, comisiones...); complementos por idiomas, beneficios para cubrir ciertas vicisitudes (seguros de accidente, enfermedad) o deficiencias del país de destino (seguros médicos y posibles gastos de traslado a países vecinos o de repatriación); gastos de traslado del expatriado, su familia, sus enseres, guardamuebles, alojamiento, vacaciones, uso y disfrute de centros de ocio o deporte (clubes sociales, gimnasios...); asignaciones para cubrir diferencias de coste de vida, fluctuaciones inflacionistas, vivienda, vehículos... y un largo etcétera que deberá ser especificado claramente en el acuerdo de expatriación a efectos de clarificar legalmente actuales costes y efectos, contingencias o riesgos futuros.)

La caída de convenios colectivos

Jesús Lahera Forteza,

Profesor Titular de Derecho del Trabajo UCM. Consultor Formativo de Abdón Pedrajas & Molero.

El nuevo y vigente, tras la Ley 3/2012, art.86.3 ET declara que *“transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado nuevo convenio o dictado laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación”*. La caída del convenio colectivo en 1 año desde su denuncia con el reenganche, si lo hubiera, al ámbito convencional superior ejerce así de plazo máximo anual directo y contundente de negociación.

Las posibles primeras caídas de convenios colectivos, ante la falta de acuerdos, van a ser inminentes porque la Disposición Transitoria 4ª Ley 3/2012 declara que en los convenios colectivos denunciados antes de su entrada en vigor (8 de julio de 2012), el plazo de un año comienza a computarse desde esta fecha. Por tanto, los conve-

nios previamente denunciados pueden caer el 8 de julio de 2013, ante la falta de acuerdo.

La caída de convenios colectivos, desde el 8 de julio 2013 en adelante, es un escenario inédito que debe ser afrontado. En este sentido, hay varias salidas que pueden desdramatizar y relativizar los efectos de esta medida, convirtiendo un riesgo en una oportunidad para firmar acuerdos desde coordenadas distintas. A saber:

1. Las cláusulas convencionales de convenios colectivos suscritos antes del 8 de julio de 2012 que regulen los efectos tras la denuncia están vigentes, dada la naturaleza dispositiva del art. 86.3 ET puesto en conexión con la DT 4ª Ley 3/2012. Por tanto, estas cláusulas convencionales de ultraactividad pueden dirigir y gestionar, en los términos antes acordados, este nuevo escenario.



2. Las cláusulas convencionales de convenios colectivos firmados después del 8 de julio de 2012 que regulen los efectos tras la denuncia tienen plena garantía jurídica de ser aplicadas, en los términos acordados, mitigando la caída legal del propio convenio. La clara naturaleza dispositiva del art.86.3 ET así lo admite al establecer que la pérdida de vigencia se producirá salvo pacto en contrario, perteneciendo a la soberanía del convenio colectivo la regulación de su propia vigencia y efectos tras la denuncia. Por tanto, cada convenio colectivo entrará en diálogo con la solución legal.

3. Las partes negociadoras, durante este plazo anual, pueden alcanzar cualquier pacto que regule la vigencia del convenio colectivo, tal como prevé expresamente el art.86.3 ET. La caída legal del convenio puede ser, así, evitada o mitigada, aunque no exista cláusula convencional que así lo prevea.

4. Cualquiera de las partes negociadoras, durante este plazo anual, puede instar una mediación, o si está previsto en el convenio, un arbitraje, en el marco de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos aplicables en cada caso, conforme al art.86.3 ET en conexión con el art.83 ET. Estos incentivos, unido a la caída próxima del convenio, pueden fomentar numerosos acuerdos que gestionen el nuevo escenario, incluso ante bloqueos. Y siempre cabe pactar o aplicar un arbitraje, con un laudo que ponga fin al conflicto de intereses.

5. Las partes negociadoras pueden alcanzar acuerdos parciales tal como también contempla el art.86.3 ET, de tal manera que la caída afecte solo a materias no acordadas, donde, precisamente, puedan ser útiles las mediaciones y arbitrajes como solución final. La suma de acuerdos parciales y un acuerdo de mediación final o laudo pueden dar lugar a un nuevo convenio colectivo o, en todo caso, que el reenganche al ámbito superior sea muy puntual.

6. Si no se alcanzará acuerdo, ni de vigencia del convenio renegociado ni de nuevas condiciones convencionales tras estos estímulos, el art.86.3 ET prevé aplicar convenios, si los hay, de ámbito superior. La respuesta, por tanto, de los agentes sociales a la caída convencional es claramente firmar convenios estatales que sean una red ante el vacío laboral generado. Los negociadores pueden mitigar la caída con renovados marcos convencionales más centralizados. Incluso podrían firmar acuerdos sectoriales e interprofesionales del art.83 ET de cobertura de vacíos como referencia ante estas situaciones.

7. Si tampoco existiera esta red convencional centralizada, cabe plantear qué sucederá, en última instancia, ante la caída del convenio colectivo. Si el convenio es una norma jurídica, solo cabrá aceptar su derogación conforme al art.86.3 ET, siendo aplicable el ET y el ordenamiento laboral.

Pero la solución no puede ser tan sencilla, cuando están en juego salarios de trabajadores.

Las partes negociadoras pueden alcanzar acuerdos parciales tal como también contempla el art.86.3 ET, de tal manera que la caída afecte solo a materias no acordadas)

El convenio también puede ser concebido como un contrato colectivo vinculante, derivado de la autonomía negocial del art. 37.1 CE y del art.82 ET, con los efectos jurídicos sobre los contratos individuales del art.3.1.c y 3.5 ET, de tal manera que su desaparición puede tener como consecuencia la contractualización de sus condiciones sin ya esta fuerza vinculante. El trabajador contratado bajo el convenio que cae mantendría en su contrato individual dichas condiciones, mientras que el nuevo ya no estaría sujeto a un contrato colectivo que ha perdido vigencia.

8. Incluso en este escenario más radical de vacío laboral, si persiste la tradición de asociar el convenio colectivo a una norma jurídica que desaparece, la empresa podría expresamente contractualizar condiciones del convenio colectivo o aplicarlas unilateralmente, tanto a los contratados bajo las mismas como a los nuevos trabajadores.

9. En estas situaciones, la solución de los problemas puede provenir, finalmente, de la combinación de reenganches, si las hay, a unidades convencionales superiores, conforme al art.86.3 ET, con estas técnicas expresas o implícitas de contractualización de condiciones del convenio caído.

En definitiva, ante la prevista caída de convenios colectivos, todas estas soluciones acordadas pueden ser operativas en negociaciones más dinámicas y adaptadas a la realidad. La presencia de un convenio colectivo es útil para la organización de las empresas y los intereses de los trabajadores.

Por tanto, el nuevo escenario no va a conllevar inevitablemente un caos ni un vacío, sin perjuicio del cambio de fuerzas en un nuevo modo de negociar.)

BREVES

* **EMPLEO.** Ley Foral 12/2013, de 12 de marzo, de apoyo a los emprendedores y al trabajo autónomo en Navarra. *BOE 6 de abril de 2013*)

* **EXTRANJEROS.** Resolución de 21 de marzo de 2013, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el Catálogo de ocupaciones de difícil

cobertura para el segundo trimestre de 2013. *BOE 19 de abril de 2013*)

* **ACUERDOS INTERNACIONALES.** Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Corea, hecho en Seúl el 14 de julio de 2011. *BOE 8 de mayo de 2013*)

Información elaborada por:

Abdón Pedrajas & Molero
ABOGADOS & ASESORES TRIBUTARIOS

www.abdonpedrajas.com