

LA DIMENSIÓN ORGANIZATIVA EMPRESARIAL COMO FACTOR CONDICIONANTE EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS LABORALES*

Emma Rodríguez Rodríguez**¹
Universidad de Vigo

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El incremento de las potestades de la flexibilidad interna del empresario. –3. La participación y la acción sindical en la empresa. –4. Diferentes centros de trabajo y su implantación. –5. Consecuencias de la descentralización: el debilitamiento de los derechos laborales.

RESUMEN

La dimensión de las unidades productivas es un elemento clásico de diferenciación a la hora de aplicar la normativa laboral. Por un lado, se ha intentado potenciar la protección de las pequeñas y medianas empresas, en tanto, modelos empresariales dinamizadores de la economía y el empleo. Pero, las reformas laborales de los últimos años han conllevado un aumento de la potestad unilateral empresarial frente a la participación de los trabajadores en los cambios estructurales. En concreto, han sido factores determinantes el incremento de las posibilidades de adoptar medidas de flexibilidad interna por el empleador, la desaparición de la autorización administrativa y el debilitamiento de la negociación colectiva, manifestado en la prevalencia del convenio de empresa. En este contexto, se ha intensificado el importante control de legalidad desarrollado por la jurisprudencia, tanto interna, como del TJUE. En definitiva, esas modificaciones normativas han impulsado los cambios empresariales tendentes a la descentralización y, como consecuencia, al debilitamiento de los derechos laborales.

ABSTRACT

The size of productive units is an element of differentiation when it comes to applying employment regulations. On the one hand, SME's protection has been strengthened as business models destined to stimulate the economy and employment. On the other hand, labour reforms in recent years have led to an increase of decision power of businesses against the participation of workers in structural changes. The possibility of adopting internal flexibility measures by the employer, the elimination of administrative approval and the weakening of collective bargaining expressed in the prevalence of company agreements, in particular, have been determining fac-

*Recibido el 3 de junio 2016, aceptado el 13 de junio 2016

**Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación del MINECO, ref. DER2014-52549-C4-3-R.

tors. In this context, the review of legality has been intensified both at national and European level (ECJ). Eventually, these regulation changes have fostered business changes towards decentralization and, as a consequence, the weakening of labour rights.

Palabras clave: centro de trabajo; flexibilidad interna; participación de los trabajadores; acción sindical; descentralización empresarial.

Key words: place of work, internal flexibility, involvement of workers, trade-union action, business decentralization

1. INTRODUCCIÓN

Las diferencias entre “grandes” y “pequeñas” empresas repercuten directamente en la aplicación de la norma laboral y, por tanto, sobre los derechos de los trabajadores². La dimensión de las empresas ha constituido una preocupación recurrente en el ordenamiento jurídico³, en especial, para otorgar un tratamiento más favorable a las “pymes”⁴, aspecto sobre el que recientemente han insistido las instituciones europeas al referirse al objetivo del crecimiento económico e impulsar la competitividad y la creación de empleo⁵, así como para facilitar la implantación de las normas de seguridad y salud, en tanto, parte del contenido fundamental del “primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales”⁶.

En los últimos años, estas cuestiones han adquirido protagonismo, de nuevo, a causa de las modificaciones legislativas en el ámbito laboral, que ha traído de la mano la crisis económica, como plasmó el Informe de la OIT sobre “El comercio y el empleo en la crisis mundial”⁷. Este informe analiza los cambios de consumidores y empresarios tras la quiebra de *Lehman Brothers* y se muestra a favor de que los países adopten medidas sectoriales enfocadas al empleo. Es evidente que, desde la perspectiva de la producción de bienes y servicios, el impacto del retrai-

² En la doctrina es un tema clásico de estudio; por todos, vide BIAGI, M., *La dimensione dell' impresa nel Diritto del Lavoro*, Angeli, Milán, 1978.

³ En nuestra doctrina, DEL REY GUANTER, S., “La dimensión de la empresa y la reforma de la Legislación laboral”, en AA.VV., *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral. V Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. MTAS, Colección de informes y estudios. Serie Relaciones Laborales, nº. 17, Madrid, 1996, pp. 25 y ss. Ya se refería a esta cuestión como un tema “transversal” a propósito de la reforma laboral llevada a cabo en el Estatuto de los Trabajadores por el R.D.Leg., 1/95, de 24 de marzo, BOE de 29 de marzo de 1995.

⁴ Ya el art. 2 del Acuerdo de Política Social, anejo al Tratado de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, ya se refería a la necesidad de simplificar los jurídicos y administrativos que pudiesen obstaculizar la creación o el desarrollo de pequeñas empresas.

⁵ Conclusiones del Consejo Europeo de 18 y 19 de febrero de 2016, “Un nuevo régimen para el Reino Unido en la Unión Europea”. DOUE de 23 de febrero de 2016. En el Anexo III de este documento, “Declaración del Consejo Europeo sobre la competitividad”, el Consejo insiste en que, para impulsar la competitividad, se ha aprobado el Acuerdo Interinstitucional, en cuyo marco “es necesaria la cooperación efectiva (...) con el fin de simplificar la legislación de la Unión y evitar el exceso de reglamentación de las cargas administrativas para los ciudadanos, las administraciones y las empresas, incluidas las pequeñas y medianas”; y específica, a continuación, “hacer más por reducir la carga global de la normativa de la UE, en particular para las pymes y microempresas”.

⁶ Anexo, “Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales que acompañan a la Comunicación del Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”. Estrasburgo, 8 de marzo de 2016. COM (2016) 127 final.

⁷ Informe nº. 87 OIT. Fecha de publicación, 10 de diciembre de 2010.

miento económico será mucho más negativo sobre la pequeña y mediana empresa que sobre las grandes empresas, ya que cuanto menor tamaño empresarial, más dependencia de estas variables económicas, así como la ausencia de alternativas económicamente rentables, dada su escasa o nula diversificación productiva⁸.

Efectivamente la actividad y el funcionamiento de las organizaciones productivas varían según se trate de grandes empresas, medianas empresas y pequeñas empresas, en concreto, determinadas normas laborales establecen un “umbral de aplicación”⁹. Esta diferencia de tratamiento no supone un resquebrajamiento del principio de igualdad ni constituye un trato discriminatorio, sino que responde a la diversidad propia de las estructuras empresariales. Es pacífica la jurisprudencia europea y constitucional que estimó que las finalidades de una norma que trata de manera distinta, pero justificada, a las empresas, en función del número de empleados, resulta constitucional y no provoca ninguna discriminación, en tanto que la potestad legislativa puede optar por esta vía¹⁰.

El hecho de considerar la dimensión de la empresa como un factor de diferenciación legítimo, en una línea clara de favorecimiento de la pequeña empresa, hace que resulte muy importante configurar sus elementos configuradores, sin embargo, no existe un criterio concreto y uniforme en los diferentes Estados miembro. Resulta habitual establecer distinciones en relación con el volumen de la plantilla y con el número de trabajadores afectados por la medida empresarial concreta porque a partir de cierto umbral, la ley establece que se aplicarán unas u otras reglas¹¹. No obstante, las distintas referencias al tamaño de la plantilla, como único elemento diferenciador, devienen insuficientes y pueden conllevar actuaciones potencialmente discriminatorias¹².

Con la finalidad de dar respuesta a estas demandas y objetivar otras variables relativas a la realidad económica de la empresa, desde el derecho de la Unión Europea, se ha planteado alguna propuesta, sin fuerza normativa, para unificar los criterios que podrían determinar una noción de “pyme”, incluida en la definición más general de empresa¹³.

⁸ LANDA ZAPIRAIN, J. P., “Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo”, en AA. VV., Las reformas del mercado de trabajo en el contexto de la crisis económica. La Reforma Laboral de 2012. XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. AEDTSS. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2013, pp. 50-53.

⁹ Como ejemplo, el RD 1579/2006, de 22 de diciembre, se refería a las ayudas económicas establecidas para medianas y pequeñas empresas en el período 2007-2013; en el mismo sentido el RD 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica. O más recientemente, la reforma de 2012 estableció, por ejemplo, el contrato indefinido de fomento para empresas de menos de 50 trabajadores o la bonificación diferenciada en la contratación para la formación y el aprendizaje, según la empresa tenga más o menos 250 trabajadores (arts. 3 y 4 Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral); también se previó el pago parcial por el FOGASA de la indemnización por despidos procedentes en determinados supuestos y para empresas de menos de 25 trabajadores.

¹⁰ STC 6/1984, de 24 de enero. En el mismo sentido, STJCE (Pleno), de 30 de noviembre de 1993, asunto “Kirsammer-Hack” (TJCE 1993/185). Posición compartida por la doctrina; por todos, vide RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Presentación”, en AA. VV., *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral. V Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. MTAS, Colección de informes y estudios. Serie Relaciones Laborales, n.º. 17, Madrid, 1996, p. 13.

¹¹ La empresa grande sería aquella que ocupa a más de quinientos trabajadores; entre quinientos o doscientos cincuenta y cincuenta, se trataría de una empresa mediana y por debajo de esta cifra, se trataría de una pequeña empresa.

¹² Coinciden en esta apreciación, a pesar de los años transcurridos y de los cambios legislativos llevados a cabo entre un momento y otro, DEL REY GUANTER, S., “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”, *op. cit.*, pp. 53 y ss; y LANDA ZAPIRAIN, J. P., “Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, p. 53.

¹³ Según la Recomendación de la Comisión Europea 2003/361/CE, de 6 de mayo de 2003, “sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas” (DOCE L124: 36-41), esos son los tres tipos de empresa en función de su número de trabajadores y como criterio complementario el financiero -volumen de negocios en com-

Queda constatado que existe una visión diferente, en relación con los trabajadores y sus derechos, sobre la dimensión y la posición de las empresas, es decir, de las modulaciones de los derechos laborales en razón de la “diferenciación” de la empresa y de su “dimensión organizativa”. Los aspectos más sensibles son aquellos que afectan a las condiciones esenciales de trabajo y sus posibilidades de variación unilateralmente por el empresario, así como los mecanismos de participación y representación de los trabajadores, sobre todo, en contextos tan sensibles como los despidos colectivos y ante estructuras de empresa que se alejan del modelo “tradicional” del empresario persona física o jurídica, como los grupos de empresa.

2. EL INCREMENTO DE LAS POTESTADES DE LA FLEXIBILIDAD INTERNA DEL EMPRESARIO

La reforma laboral española se ha referido a la “flexiguridad” como uno de sus objetivos principales¹⁴. El legislador interno importa este concepto de los textos jurídicos europeos. La Comisión se cuestionaba si una legislación rígida de protección del empleo reducía el dinamismo del mercado de trabajo¹⁵. Así surge la “flexiguridad” que se concibió como una estrategia para aumentar los niveles de flexibilidad del mercado de trabajo y, a la vez, incrementar la seguridad en las rentas y el empleo de los trabajadores, en especial de aquellos con más problemas de integración laboral¹⁶.

Desde Tratado de Ámsterdam¹⁷, la dimensión social de las normas europeas se reforzó y con ellas, las relativas a la política de empleo¹⁸. Con anterioridad, diferentes Consejos Europeos ya habían abordado el crecimiento del empleo como una manifestación de la integración y prosperidad europea¹⁹. La “estrategia de Lisboa” estableció como objetivo principal “crecer econó-

binación con el balance general-. Así, determina que una empresa mediana será la que ocupe a 250 trabajadores y cuyo volumen anual o balance general anual no exceda de 50 millones de euros o 43 millones, respectivamente. La empresa pequeña, la que ocupe a 50 trabajadores y no exceda su cuenta de resultados de 10 millones, y la microempresa ocupará a menos de 10 personas y no superará una cifra de negocio de 2 millones de euros.

¹⁴ Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral, BOE de 7 de julio de 2012; así como su antecesor, el RD 3/2012, de 10 de febrero, BOE de 11 de febrero de 2012.

¹⁵ El Consejo de Europa encomendó a la Comisión su estudio el cual se plasmó en el “Libro Verde. Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”. COM/2001/0366 final.

¹⁶ Sobre la “flexiguridad”, vide CABEZA PEREIRO, J., “Estrategia Europea, estado autonómico y política de empleo”, en AA. VV., *XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Laborum, 2007; BAYLOS GRAU, A. y PÉREZ REY, J., “Sobre el Libro Verde: Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, Cuadernos de la Fundación Sindical de Estudios, nº. 5, 2006; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El Libro Verde de la Comisión Europea ‘Modernizar el Derecho Laboral’”, en <http://www.juntadeandalucia.es/empelo/carl/observatorio>; SEMPERE NAVARRO, A. V., “La flexiguridad en tiempos de crisis” (BIB 2008/2930), en <http://nuevo.westlaw.es>. Doctrina extranjera, destaca: ICHINO, P., *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996; GAZIER V. B.; AUER, P. / GAZIER, B., *L'introuvable sécurité de l'emploi*, Flammarion, Paris, 2006; BOYER, R., *La flexicurité danoise. Quels enseignements pour la France?*, ENS, Paris, 2006; BARBIER, J.-C., *The European Employment Strategy, a Channel for Activating Social Protection?*, en *The Open Method of Co-ordination in Action*, J. Zeitil & P. Pochet, 2005; COLOMBET, C., « La estrategia europea de empleo : balances y perspectivas », *Gaceta laboral*, vol. 13, nº. 3, 2007, pp. 330-356.

¹⁷ Acordado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997.

¹⁸ La “política de empleo” adquirió especial relevancia en este Tratado que heredó la denominación del informe “Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI”, también conocido como “Libro Blanco”, elaborado por Jaques Delors, en aquel momento presidente de la Comisión Europea. Presentado en diciembre de 1993, COM (93) 700. Este documento se refería a las reformas del mercado de trabajo y a los programas de inversión en política social.

¹⁹ En el Consejo Europeo de Essen se fijó una estrategia común de empleo basada en medidas para favorecer el acceso al mercado de trabajo de los colectivos más desfavorecidos (Consejo Europeo de Essen de 9 y 10 de diciembre de 1994, “Conclusiones de la Presidencia”). El “proceso de Essen” fue desarrollado en los Consejos Europeos de Madrid (1995), Cannes y Florencia (1996), donde la Comisión presentó el informe “Acción para el

micamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social²⁰, lo que se plasmó en el Tratado de Lisboa²¹, al igual que en el Tratado Fundacional de la Unión Europea²². Con la finalidad de incrementar la adaptabilidad de las empresas a las necesidades personales de los trabajadores, el Libro Verde²³ consolidó el “Método Abierto de Coordinación” (MAC)²⁴.

La vigente estrategia europea de empleo, “Europa 2020”²⁵, remarca como prioridad el “crecimiento integrador”, pero con más atención a la “flexiseguridad” para garantizar una mayor adaptabilidad de los trabajadores ante las circunstancias cambiantes del mercado laboral²⁶. No obstante, el Comité Económico y Social Europeo ha criticado su carácter demasiado general y ambiguo, hasta el punto de que pueda resultar inefectiva contra el elevado desempleo y las desigualdades sociales²⁷, por lo que ha señalado que el concepto de flexiseguridad debería incluir referencias a la calidad del empleo²⁸. Se puede afirmar que se ha producido un desplazamiento del centro de gravedad del sistema de regulación hacia las relaciones de empleo, en el sentido de instrumentalizar la producción jurídico-laboral al servicio de las “políticas de empleo”²⁹.

Recientemente, el Parlamento ha observado tímidas expectativas de crecimiento y creación de empleo, pero insiste en que deben adoptarse cambios estructurales, con especial atención a los sectores más vulnerables³⁰. También la Comisión Europea, dentro del “primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales”, ha destacado el papel de los “contratos fle-

empleo en Europa: un pacto de confianza” (Consejo Europeo de Florencia, 21 y 22 de junio de 1996. “Conclusiones de la presidencia”). A finales del mismo año, en Dublín, se presentó la “Declaración de Dublín” o “Pacto de estabilidad y crecimiento”, también sobre el empleo (Consejo Europeo de Dublín, de 13 y 14 de diciembre de 1996. “Conclusiones de la presidencia. Anexos”, en concreto, el “Anexo II: El desafío del empleo: Declaración de Dublín sobre el empleo”).

²⁰ Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000. “Conclusiones de la presidencia”, en el apartado I “Empleo, reforma económica y cohesión social”.

²¹ Tratado de 13 de diciembre de 2007, ratificado el 26 de septiembre de 2008. En vigor desde el 1 de diciembre de 2009. Dedicó el Título IX a la denominada “Europa Social”, en la que el empleo gozó de un papel principal.

²² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE de 30 de marzo de 2010. En adelante “TFUE”. Se establece que “en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta (entre otras) las exigencias relacionadas con un nivel de empleo elevado” (art. 9, también llamada “cláusula social”).

²³ Libro Verde “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, Bruselas, 22.11.2006. COM (2006) 708 final.

²⁴ CABEZA PEREIRO, J. y BALESTER PASTOR, M^a. A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, MTI, Madrid, 2010, p. 30.

²⁵ Comunicación de la Comisión “Europa 2020. Una estrategia para el crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010, COM (2010) 2020.

²⁶ CABEZA PEREIRO, J. y BALESTER PASTOR, M^a. A., *La estrategia europea para el empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, op. cit., p. 39.

²⁷ Dictamen sobre la “Propuesta de decisión del Consejo sobre directrices para las políticas de empleo de los Estados Miembros —parte II de las Directrices Integradas Europa 2020” en “Conclusiones de la Presidencia (Consejo europeo de Bruselas, 19 y 20 de marzo de 2009)”, Bruselas 20 de marzo de 2009 (OR.en). 7880/09. CONCL 1. Entre tanto, el proceso se desarrolla, entre otras acciones, con “Agenda de política social (2006-2010)” [COM (2005) 33 final]. Comunicación de la Comisión. “Sobre la Agenda Social Renovada”, Dictamen conjunto de los Comités de Protección Social y de Empleo. Bruselas, 28 de noviembre de 2008, 16495/08, SOC 738, ECOFIN 583, EDUC 279; SAN 301, MIGR 123, MI 501.

²⁸ En el mismo sentido, Resolución del Parlamento Europeo de 16 de junio de 2010 sobre la Estrategia UE 2020 (PE 441.929).

²⁹ BAYLOS GRAU, A., “Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo”, REVISTA DE DERECHO SOCIAL n.º 1, 1998, p. 23.

³⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2014, sobre “los aspectos laborales y sociales del papel y las actividades de la Troika”P7_TA-PROV (2014)0240. En concreto se refiere a que se adopten medidas específicas destinadas a mujeres y trabajadores de mayor edad para que se mitiguen las dificultades adicionales a las que se enfrentarán estos trabajadores cuando la economía se recupere.

xibles” para “facilitar la entrada en el mercado de trabajo y fomentar las transiciones profesionales, permitiendo al mismo tiempo a los empleadores responder a los cambios de la demanda”. No obstante, destaca que “el concepto de la ‘flexiseguridad’ no es nuevo, pero (...) es hora de volver a definir la mejor manera de aplicarlo en la práctica”, pues ha de tenderse a un mercado laboral en el que “merezca la pena trabajar”. Incide, otra vez, sobre la necesidad de establecer “condiciones laborales justas” y un equilibrio entre la “flexibilidad y seguridad” para facilitar “la creación de puestos de trabajo, la aceptación de estos y la adaptabilidad de las empresas y promover el diálogo social”³¹.

En ese contexto jurídico, en el ámbito interno, la Ley 3/2012, según su propio Preámbulo, consideró el “equilibrio entre la flexibilidad interna y la externa” como uno de los instrumentos fundamentales para conseguir el objetivo de la “flexiseguridad”³². El Capítulo III llevaba por título “medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo”. Ahora bien, las referencias a la flexibilidad interna como instrumento fundamental de empleabilidad se encontraban a lo largo de todo el articulado, por ejemplo, el trabajo a tiempo parcial, al que se refería como “un mecanismo relevante en la organización flexible del trabajo”, en base a lo que admitía la realización de horas extraordinarias; o bien, en relación con la negociación colectiva y la prioridad aplicativa otorgada al convenio de empresa, señalaba que se justificaba “para una gestión flexible de las condiciones de trabajo”³³.

Efectivamente esta corriente “flexibilizadora” de las condiciones de trabajo comenzó con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo³⁴, en la que el Capítulo II se dedicó a “medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo”. La diferencia entre esa previsión y la que recoge la norma de 2012 radica, precisamente, en la forma de adopción de tales medidas. Mientras la primera alegaba a la negociación como instrumento fundamental para alcanzar la flexibilidad interna, en la segunda, esa referencia desapareció y la posición del empleador se reforzó notablemente³⁵.

En realidad, la reforma de 2012 acogió las propuestas del II Acuerdo para el Empleo y la negociación colectiva de 2012³⁶ –por ejemplo, la prioridad del grupo en lugar de la categoría profesional o la distribución irregular de la jornada en el 10 por 100 a la anualmente prevista–. La gran diferencia es que las medidas de flexibilidad que se proponían lo hacían desde la autonomía de la voluntad de las partes, además de tratarse de cesiones de derechos acotadas tem-

³¹ Anexo, “Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales que acompañan a la Comunicación del Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales”. Estrasburgo, 8 de marzo de 2016. COM (2016) 127 final.

³² PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “La versión política 2012 de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral”, en AA. VV., *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, Valladolid, 2012, pp. 39-42; sobre la “flexiseguridad” como el objetivo político de la reforma.

³³ Análisis sobre la reforma de 2012, CASAS BAAMONDE, M^a. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Las reformas de la reforma laboral de 2012”, RL, n.º. 15-18, Sección Editorial, agosto 2012. Pág. web: <http://revistas.laley.es/Content/Documento>.

³⁴ BOE de 18 de septiembre de 2010. Esta norma sigue la estela del RD-Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE de 17 de junio de 2010).

³⁵ Sobre la diferencia entre la reforma “negociada” de 2010 y ésta, VALDÉS DAL-RÉ, F., “Flexibilidad interna en la Ley 3/2012”, RL, n.º. 15-18. Sección Editorial, agosto 2012. Pág. web: <http://revistas.laley.es/Content/Documento>.

³⁶ Resolución de la Dirección General Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para la Negociación Colectiva para los años 2012, 2013 y 2014. BOE de 6 de febrero de 2012. Ha sido sustituido por la Resolución de la Dirección General Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para la Negociación Colectiva para los años 2015, 2016 y 2017. BOE de 20 de junio de 2015.

poralmente hasta el 2014 “en razón de unas expectativas razonables de duración de la emergencia económica y social”, pero al reconocerlas en la ley, adquirieron carácter permanente y se desnaturaliza el contenido del Acuerdo³⁷. Puede afirmarse que se perdió una importante oportunidad para que la negociación colectiva asumiese el protagonismo en el incremento de la flexibilidad interna y se relegase la aplicación de las modificaciones previstas en el art. 41 ET³⁸ para supuestos excepcionales³⁹.

Una manifestación clara de esta preponderancia que otorga el legislador de 2012 al ejercicio unilateral de la potestad empresarial, frente al acuerdo negociado de las partes, lo constituye el trascendente cambio respecto del criterio legal para distinguir entre modificaciones sustanciales de carácter individual y colectivo. El art. 41.2 ET considera que lo decisivo para atribuir a una determinada modificación el carácter de colectiva, no es ya que incida sobre una condición reconocida a los trabajadores “en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutada por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos”. Ahora es suficiente con que en el período de noventa días afecte a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previsto por el propio precepto. *A sensu contrario*, será considerada individual cuando no alcance dichos umbrales.

En la Exposición de Motivos, el legislador justificó su pretensión de “simplificar” esa diferencia que, por otra parte, ya se contemplaba en relación con las modificaciones que afectaban al horario. Se alude a “la intención de potenciar los elementos de flexibilidad interna” al entender que “estos constituyen una alternativa positiva frente a las medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste del volumen de empleo”. Lo cierto es que, de este modo, la norma ignora la naturaleza jurídica de la fuente en la que se contempla la condición modificada convirtiendo en esencial el requisito numérico respecto de los afectados, cuestión que con anterioridad era accidental.

Esto supone que, por esta vía, podrán modificarse condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, así como en acuerdos o pactos colectivos, sin que ese instrumento jurídico suponga diferencias sobre el carácter colectivo o individual de la variación. No obstante, las modificaciones colectivas siempre han de venir reconocidas a favor de un grupo de trabajadores y, por lo tanto, en una norma de carácter colectivo, pero sólo tendrán la consideración de colectivo si afecta a un determinado número de trabajadores. Es decir, las condiciones laborales establecidas en instrumentos de carácter colectivo podrán tratarse como condiciones individuales —que den lugar a modificaciones individuales de trabajo—. *A sensu contrario*, si la modificación afecta a condiciones individuales, pero alcanza los umbrales numéricos fijados por la norma, debería admitirse la situación inversa⁴⁰.

La finalidad de atribuir carácter individual a modificaciones que, aun afectando a un número importante de trabajadores y proviniendo de instrumentos colectivos, no alcanzan el umbral para ser consideradas colectivas, son fundamentalmente dos: privar a los trabajadores de la

³⁷ CABEZA PEREIRO, J. “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012”, en AA. VV., *Flexibilidad interna e innovación en la empresa*, Dikynson, 2015, pp. 331-334. También VALDÉS DE LA VEGA, B., “El nuevo espacio de la flexibilidad interna funcional”, *Revista de Derecho Social* n.º. 57, pp. 116.

³⁸ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 24 de octubre de 2015). En adelante “ET”.

³⁹ Sobre ese carácter “excepcional” CRUZ VILLALÓN, J., *Las modificaciones de la prestación de trabajo*, MTSS, Madrid, 1983, pp. 92-127.

⁴⁰ En este sentido, STS de 20 de enero de 2009 (Rec. n.º. 133/2007): considera que al afectar a un número de trabajadores superiores al umbral legal para considerarlo individual, debe interpretarse como si se tratase de una modificación colectiva y, en concreto, el Tribunal considera el proceso nulo por falta de consulta a los representantes y no admite la renuncia individual de los trabajadores. Igualmente, por ejemplo, sobre modificación de horario, STS de 27 de septiembre de 2011 (Rec. n.º. 1780/2011).

posibilidad de impugnarlas a través del procedimiento de despido colectivo –previsto en el art. 41, apartados 4 y 5 ET– y, más importante si cabe, la posibilidad de adoptar esas modificaciones sin necesidad de llevar a cabo el pertinente proceso de consultas, dentro del cual el empresario y los representantes de los trabajadores deberán de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo.

Lo esencial de esta normativa no es tanto reforzar el poder de decisión unilateral empresarial, que ya goza de él, incluso tratándose de las modificaciones de carácter colectivo en las que tiene la última palabra. De manera principal, se pretende reducir a la mínima expresión la virtualidad de elementos ajenos a la relación de trabajo que puedan condicionar su ejercicio: la negociación con los representantes de los trabajadores a lo largo de todo el proceso, previamente a su adopción, y el recuso por parte de estos al proceso de conflicto colectivo, posteriormente⁴¹. La consecuencia directa es que las modificaciones colectivas conllevan la apertura de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, mientras que en el caso de las individuales, es suficiente con la notificación de la decisión adoptada a esos mismos representantes. Este régimen jurídico refuerza el poder de dirección del empresario, en detrimento de los derechos de participación y consulta de los trabajadores en la empresa⁴².

El cambio legislativo que se acaba de describir, acrecentó la condición “contractualista” que ya había reconocido la propia jurisprudencia respecto de los convenios colectivos extraestatutarios, al permitir la modificación unilateral del empresario sobre las condiciones colectivas de trabajo previstas en convenios no estatutarios⁴³. Ahora bien, por la naturaleza jurídica de esas modificaciones, los tribunales vienen admitiendo que se acuda a la vía colectiva para su impugnación, a pesar de la literalidad del precepto⁴⁴.

En cualquier caso, la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo establecidas en un pacto o acuerdo colectivo extraestatutario, sin ni siquiera tener que intentarlo, “deslegitima” todavía más esta vía de negociación colectiva. Sin embargo, ésta encuentra el amparo de su fuerza vinculante en el art. 37.1 CE, lo que aconsejaría replantearse la opción del legislador ordinario y su interpretación judicial, respecto de este tipo de fuentes de relaciones laborales⁴⁵. En la misma línea, cabe resaltar que la modificación de condiciones de trabajo reconocidas en un convenio colectivo, aunque se consideren como individuales a efectos procedimentales por no superar los umbrales que marca el art. 41.2 ET, no altera su naturaleza y, por la tanto, no podrían establecerse excepciones subjetivas en su aplicación. Es decir, debería plantearse en términos generales, en vez de individualizados, cuando afecta a condiciones de trabajo reconocidas en instrumentos de proyección colectiva⁴⁶.

Particularmente, sobre las condiciones de trabajo, la Ley de 2012 unificó las causas que habilitan al empleador para el ejercicio de sus poderes de modificación. Con anterioridad, podían distinguirse hasta cuatro formulaciones distintas. Respecto de la movilidad geográfica, de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y a la reducción de jornada, se requería

⁴¹ SANGUINETY RAYMOND, W., “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, *Revista de Derecho Social* n.º. 57, 2015, pp. 132 y ss.

⁴² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Flexibilidad interna y externa del Real Decreto-Ley 3/2012”, *Diario La Ley*, n.º. 7833, sección doctrina, 9 de abril de 2012. Pág. web: <http://revistas.laley.es/Content/Documento>.

⁴³ Por todas, STS de 6 de octubre de 2009 (Recud. n.º. 3012/2008); STS de 12 de diciembre de 2009 (Recud. n.º. 538/2008).

⁴⁴ SSTS de 6 de octubre de 2009 (Recud. n.º. 3012/2008); de 8 de noviembre de 2002 (Recud. 967/2002), 27 de mayo de 2004 (Recud. n.º. 2687/2003). Analiza esta jurisprudencia, ROQUETA BUJ, R., “La flexibilidad interna” en AA. VV., *La Reforma Laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 121-123.

⁴⁵ La doctrina, crítica con esa doctrina jurisprudencial; por todos, *vide* CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, *RL*, n.º. 21, 2010, p. 83.

⁴⁶ SANGUINETY RAYMOND, W., “La reforma flexibilizadora de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y sus límites inmanentes”, *op. cit.*, pp. 134-135.

la presencia de una “causa económica, técnica, organizativa o de producción”. Por su parte, la movilidad funcional establecía “razones técnicas u organizativas”, en el caso de la realización de funciones de superior grupo profesional o categoría profesional, mientras que si se trataba de un cambio funcional descendente, tendrían que deberse a “necesidades perentorias o imprevisibles de la organización productiva”. Esa legislación ofrecía una definición de las causas o condicionantes del ejercicio de la medida flexibilizadora.

Tras la Ley 35/2010, este esquema varió y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán producirse “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda”. Respecto de la movilidad funcional, serán suficientes “razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención”. En relación con la movilidad geográfica y la modificación de las condiciones sustanciales de las condiciones de trabajo, si bien se “requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen”, seguidamente se explica que “se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”. El art. 47 ET incorpora una definición de las causas económicas, técnicas organizativas o de producción que habilitan al empresario para la suspensión del contrato de trabajo y la reducción temporal de la jornada, entre un 10 y un 70 por ciento, con independencia del número de trabajadores de la empresa y de los afectados por la decisión empresarial⁴⁷. Asimismo, es de destacar que todas estas modificaciones tendrán carácter temporal o con duración limitada “a que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa” (Art. 82.3 ET)⁴⁸.

La dimensión de la empresa, y en particular, el número de trabajadores afectados por una decisión modificativa del empresario va a determinar la aplicación, e incluso la eficacia, de una norma u otra, como señala explícitamente el art. 41.2 ET. Siendo así que el empresario goza de un amplio poder discrecional ya que podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo sin que sean negociadas previamente con los trabajadores, por el mero hecho de no alcanzar el umbral de trabajadores afectados, según el que se establece su carácter colectivo, y con un escaso o reducido control jurisdiccional sobre la medida.

Esta circunstancia también se pone de relieve en los cambios legislativos introducidos sobre las condiciones de trabajo. Cabe destacar que el art. 39 ET, tras la Ley 3/2012, facilita de forma ostensible la flexibilidad interna al rebajar las exigencias legales, especialmente para la movilidad descendente. De hecho, dentro del grupo profesional no se considerará modificación. En consecuencia, toda vez que las empresas pequeñas cuentan por sí mismas con una reducida plantilla y son tendentes a no delimitar estrictamente las funciones de cada grupo, podrán ampliarse las funciones que pueda desarrollar cada trabajador con la finalidad de adaptarse a las necesidades de la empresa, sin que el empresario deba consultar previamente a los representantes, en el caso de existir; ni tampoco de contratar a nadie más.

⁴⁷ En concreto, establece que “concurren causas 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”, y “se entiende que concurren 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 y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. Son los mismos términos que emplea el art. 82.3 ET para permitir el “descuelgue” empresarial del convenio colectivo aplicable.

⁴⁸ Incide en esta característica, CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna...”, op. cit., p. 84.

Del mismo modo, la potestad empresarial se refuerza con la previsión legislativa sobre la libre disposición del empleador de un diez por ciento de jornada irregular, a salvo de lo que establezca el convenio colectivo y la existencia de un breve plazo de preaviso de cinco días. Es cierto que las posibilidades de extinción causal indemnizada por parte del trabajador se han ampliado a modificaciones sustanciales del sistema de remuneración y de la cuantía salarial, así como de funciones, aunque más bien constituyen abandonos remunerados (art. 50.1 ET).

En esta línea, la desaparición del intervencionismo administrativo, en relación con las suspensiones y reducciones de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conlleva que, tras la preceptiva fase de consultas, será el empleador el que tenga la última palabra, sin que aquí se contemple la dimisión indemnizada. Es decir, el art. 47 ET establece un mecanismo de participación de los trabajadores, independientemente del número de trabajadores afectados por la modificación que tal vez facilitarí­a el procedimiento de consulta, en particular en pequeñas empresas y con pocos trabajadores implicados. Sin embargo, parece que, en realidad, no ha agilizado ese proceso y se preocupa sobre todo por el fraude⁴⁹.

Ahora bien, en cuanto a esa participación de los representantes de los trabajadores, resultará plausible cuando se trate de empresas de ciertas dimensiones y existe un número de afectados relevante, pero en las pequeñas empresas y para suspensiones o reducciones de pocos trabajadores, el procedimiento no resulta tan ágil y, como ha apuntado la doctrina, “incluso sería deseable que la empresa gozase de más capacidad de actuación, con un estricto control judicial”. Efectivamente se ha criticado la excesiva dependencia de este sistema de participación respecto de la autoridad laboral⁵⁰.

Los motivos principales de esta carencia están directamente relacionados entre sí. Por un lado, las pequeñas dimensiones de las plantillas de las empresas, en muchos casos implican la ausencia de elecciones de representantes, por lo que su lugar será ocupado por “comisiones representativas” *ad hoc*⁵¹. Y, al mismo tiempo, el empresario no se implica en la negociación de soluciones porque, a pesar de la simplificación de la norma, aún le resulta más fácil y barato despedir⁵². Esto conlleva que las fases de consulta se hayan debilitado mucho, al restringir la obligatoriedad de la intervención administrativa.

Además la previsión legislativa sobre la existencia de justa causa, en realidad, más que fomentar el proceso de información y consultas, pretende dotar de seguridad jurídica la decisión empresarial y, de este modo, desincentivar los procesos individuales que pudiesen interponerse al amparo del art. 138 LRJS. Parte de la doctrina había considerado esa vía procesal como uno de los posibles incentivos frente a la flexibilidad externa o de salida, pues en este procedimiento la resolución no admite recurso, lo que sí se prevé en el procedimiento especial previsto para el despido por amortización⁵³. En todo caso, es preceptivo, pero no vinculante, el informe del comité de empresa en el caso de la adopción de traslados, reducciones de jornada, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o movilidades funcionales de todo tipo. Es decir, la simplificación procesal y la obligación del informe, resultan previsiones muy leves y poco efectivas para delimitar la potestad empresarial, sobre todo en las pequeñas empresas.

⁴⁹ BALLESTER PASTOR, M. A., “La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales”, en AA. VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica: la reforma laboral de 2012*. XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 347 y ss.

⁵⁰ CABEZA PEREIRO, J. “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012”, *op. cit.*, pp. 337-338.

⁵¹ Art. 41.4 ET. Sobre ésta, RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas laborales de 2010 y 2011”, AL, n.º. 5, 2012, p. 9.

⁵² CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna...”, *op. cit.*, p. 82 y ss.

⁵³ BALLESTER PASTOR, M. A., “La flexibilidad interna...”, *op. cit.*, pp. 359-360.

En definitiva, la unificación de las causas que habilitan al empleador para el ejercicio de sus poderes de modificación, ha supuesto una ampliación de los poderes empresariales. Por otro lado, se ha eliminado el criterio teleológico o finalista al amparo del que cabía verificar la regularidad de la decisión empresarial adoptada, a través de un test de proporcionalidad entre la modificación y su objetivo. Al amparo de esta normativa avalada por el Tribunal Constitucional⁵⁴, ese criterio se ha difuminado, al vincularlo a factores económicos genéricos y, en gran medida, exógenos a la actividad productiva⁵⁵.

Como conclusión general, en tanto que la dimensión de la empresa tiene efectos importantes sobre las potestades de flexibilidad empresarial, es decir, sobre las decisiones empresariales modificativas y extintivas, se puede afirmar que la dimensión de la empresa juega un papel determinante en la configuración económica, tecnológica, organizativa y de producción. A la vez, esos elementos serán determinantes como causas justificativas para la adopción de decisiones por causas económicas, técnicas, etc. De esta manera, la normativa laboral va a condicionar, en buena medida, la decisión empresarial sobre la dimensión ocupacional de la empresa. Y, dado que la potestad empresarial está menos controlada o condicionada en pequeñas empresas, se produce una doble consecuencia. Por un lado, una cierta desprotección de los derechos de los trabajadores de empresa con una dimensión ocupacional reducida, a la vez que esas facilidades legislativas fomentan la existencia de las empresas con poca plantilla.

3. LA PARTICIPACIÓN Y LA ACCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA

En el contexto jurídico descrito, donde los instrumentos de flexibilidad interna se han consolidado en base a su ejercicio unilateral por el empleador, resultará fundamental el papel delimitador de la representación y partición de los trabajadores, especialmente en su aspecto dimensional.

No obstante, ya en la Exposición de Motivos, la Ley 3/2012, se refiere a la necesidad de que la negociación colectiva “sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”. En esa línea, la Ley ha incidido en el incremento de los poderes empresariales, amparándose en el aumento de la productividad, al posibilitar el “descuelgue”, respecto del convenio vigente; al revitalizar el convenio colectivo de ámbito empresarial, en detrimento de la negociación colectiva a nivel supraempresarial; y, regular el régimen de la ultratrivididad de los convenios, a la vez que establece el arbitraje obligatorio como mecanismo de “desbloqueo” del conflicto⁵⁶.

Las modificaciones más sobresalientes en materia de negociación colectiva y participación de los trabajadores han venido de la mano de la reforma del año 2010⁵⁷. Someramente, hay que destacar los cambios en los arts. 82 y 85 ET, sobre el “descuelgue salarial”, en relación directa con las variaciones del art. 41 ET para simplificar el procedimiento de modificaciones de condiciones pactadas en el convenio colectivo de aplicación. Se trataba, en realidad, de primar los acuerdos de empresa frente a los de ámbito sectorial⁵⁸. Aunque ya entonces se admitía que el art. 82.3 ET y el art. 41.1.d) ET se referían a la regla especial y a la general sobre el sistema de remuneración, aplicándose uno u otro según afectase o no a lo pactado en convenio sectorial, no se resaltaba que se trataba de normas distintas, y así debían considerarse⁵⁹.

⁵⁴ STC 8/2015, de 22 de enero.

⁵⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Flexibilidad interna en la Ley 3/2012”, RL, n.º. 15-18, agosto 2012. Pág. web: <http://revistas.laley.es/Content/Documento>.

⁵⁶ CASA BAAMONDE, M.ª. E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales”, Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 32, n.º. 2, 2014, pp. 275 y ss. Critica también este fundamento en la productividad como finalidad de la reforma, el Voto Particular de la STC 8/2015, de 22 de enero.

⁵⁷ RD-Ley 10/2010, de 16 de junio. Posterior tramitación parlamentaria, Ley 35/2010, de 17 de septiembre.

⁵⁸ CASTRO ARGÜELLES, M. A., “Descuelgue salarial e inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo”, en AA. VV., *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*, Civitas, Navarra, 2012, p.

⁵⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna...”, *op. cit.*, p. 85.

Finalmente, la reforma de 2012, unificó ambas regulaciones al remitir el procedimiento de inaplicación al reformado art. 41.6 ET, el que, además amplió a otras materias, a parte de la salarial, esa posibilidad del descuelgue⁶⁰. A partir de entonces, también se justifican por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y desaparecen las exigencias del art. 82.3 ET sobre la justificación de la medida. De hecho, en el 2010, se mantenía que, en tanto que la Reforma había venido amparada por el objetivo del mantenimiento del empleo, los acuerdos entre trabajadores y empresarios tendrían que ir encaminados a mantener puestos de trabajo⁶¹, referencia que desapareció con la reforma de 2012⁶².

Otro de los cambios más relevantes introducidos en 2010 se refirió al establecimiento de la comisión ad hoc que se constituirá ante la inexistencia de la representación legal de los trabajadores en la empresa⁶³. En realidad, esta medida sólo se aplicará a las fases de consultas que se refieren a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y no a la negociación colectiva estatutaria. Sin embargo, debido a la ampliación de las medidas respecto de las que se admite el “descuelgue”, tras el año 2012, la incidencia en la práctica negocial de este tipo de comisiones se adivina muy relevante, lo que llama la atención si se tiene en cuenta que su legitimidad no ha sido ni tan siquiera analizada por el Tribunal Constitucional⁶⁴.

Cuando la ley se refiere a la ausencia de “representación legal de los trabajadores”, abarca tanto la carencia de representantes unitarios, como sindicales. Con la previsión de esta comisión, se solventa el presupuesto legal ineludible del periodo de consultas⁶⁵, dando cumplimiento a la exigencia del derecho europeo⁶⁶. Ahora bien, con la regulación del 2010, para que pudiese actuar la sindical, era necesario que existiesen esas secciones sindicales con presencia en el órgano de representación estatutaria, lo cual sería imposible si no existiese representación legal⁶⁷. Es por esto que en el año 2011, la reforma del marco de la negociación colectiva⁶⁸, otorgó preferencia generalizada a las secciones sindicales, frente a la unitaria, en todos los procesos de consultas, siempre que sumen la mayoría en la representación unitaria⁶⁹.

⁶⁰ Recogía la propuesta del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, pero como una medida “excepcional” y “con proyección limitada en el tiempo”.

⁶¹ CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna...”, *op. cit.*, p. 86; también MERCADER UGUINA, J., “Los acuerdos de descuelgue salarial y promoción de la negociación empresarial en la Ley 35/2010”, en AA. VV, *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 195.

⁶² CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, n.º 57, p. 237.

⁶³ Con anterioridad, el art. 3, RD 43/1996 de 19 de enero, Reglamento de los procedimientos de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, se refería a la negociación con todos los trabajadores de la empresa, si no existía representación legal de los trabajadores.

⁶⁴ Ni la STC 8/2015, de 22 de enero, ni la anterior STC 119/2014, de 16 de julio, refirieron a esta cuestión. Análisis de esta cuestión, TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España a consecuencia de la crisis: sobre su consonancia (o disonancia) con la normativa internacional”, *Revista de Derecho Social Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAP, vol. N.º 1, enero-marzo, 2016, p. 6. (Ejemplar multifotocopiado).

⁶⁵ BAYLOS GRAU, A., *Sindicalismo y Derecho Sindical*, 3ª ed., Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 29 y ss.

⁶⁶ Destaca que se cumple así, por la mínima, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, DO. L. n.º. 080. CABEZA PEREIRO, J., “La representación de los trabajadores en la empresa. Representaciones unitarias, sindicales y *ad hoc*. Debilidades de nuestro sistema representativo”, *ACTUM Social*, n.º. 107, monográfico 2016, p. 62.

⁶⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna...”, *op. cit.*, p. 87.

⁶⁸ RD-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

⁶⁹ BENAVENTE TORRES, M.ª I., “Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación”, *Temas Laborales*, n.º. 124, 2014, p. 30. Explica la opción del legislador en atención a la propia norma constitucional y la proyección reforzada de las normas de la OIT a las representaciones sindicales.

Esta preferencia por la sección sindical se intensificó con la reforma de 2012 que se refiere a éstas como los interlocutores prioritarios, en el procedimiento de consultas, dirigidas a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, según remisión del propio art. 82.3 ET al 41.4 ET. Por lo que paralelamente se amplían las materias sobre las que es posible el “descuelgue”⁷⁰. Al mismo tiempo, el empresario podrá acudir a las comisiones específicas, para que legitimen su inaplicación de las condiciones del convenio sectorial, ante la ausencia de la representación legal de los trabajadores⁷¹.

Es decir, se enfatiza la importancia de la negociación de ámbito empresarial, hasta el punto de que se dota un mecanismo sustitutivo para el caso de que no exista una representación legal de los trabajadores, lo que suele ocurrir en empresas de reducido tamaño⁷², pero se otorga prioridad a las secciones sindicales, organizaciones que aparecen vinculadas a grandes empresas o al menos de ciertas dimensiones. En sí mismo esto parecería una contradicción porque si bien se acerca la negociación al ámbito empresarial, más cercano y próximo al trabajador, lo cierto es que el hecho de que se dé prioridad a las secciones sindicales dificultará su propio desarrollo, como consecuencia de las propias reglas de legitimación en las pequeñas empresas.

Por lo tanto, la excepcionalidad para la que estaba pensada la comisión *ad hoc*, desaparece y se convertirá en una institución habitual, para dar cumplimiento al mandato del legislador en el trámite de las consultas. En todo caso, su carácter es accidental y no permanente, de manera que tiene limitadas sus funciones a la comisión para la que fue designada. Como acertadamente sostiene el Profesor CRUZ, “el legislador no pretende configurar un nuevo tipo de representación para las microempresas”, de manera que su legitimación representativa termina con el período de consultas en el que participaron⁷³. Debido a esta circunstancia, no tiene reconocidos expresamente los derechos del art. 68 ET⁷⁴, aunque sí habrá que entender que están protegidos por las garantías de indemnidad frente a posibles represalias empresariales⁷⁵. Ahora bien, cabría recordar aquí las garantías legales que contempla el Convenio n.º. 135 OIT y la correlativa Recomendación n.º. 143 OIT, sobre los representantes de los trabajadores⁷⁶, así como la jurisprudencia europea sobre la Directiva 2002/14/CE⁷⁷.

⁷⁰ Se refiere a jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turno, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites del art. 39 ET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

⁷¹ Sobre estas comisiones, su composición y funcionamiento, vide ALONSO MELLADO, C.A., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en AA. VV., *Le reforma laboral de la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 112 y ss. También, BENAVENTE TORRES, M^a. I., “Las comisiones ad hoc en los períodos de consulta /negociación”, *Temas Laborales*, n.º. 124, 2014, p. 130. Sobre lo mismo, NIETO ROJAS, P. “Comisiones ad hoc y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores”, en AA. VV., *la negociación colectiva de las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012, pp. 66 y ss.

⁷² CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna...”, *op. cit.*, p. 88. Según datos que recoge la propia Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, las empresas de cincuenta o menos trabajadores representan el 99,23% de las empresas españolas.

⁷³ CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna...”, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁴ CABEZA PEREIRO, J. “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral...”, *op. cit.*, pp. 338-342

⁷⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna...”, *op. cit.*, p. 90.

⁷⁶ Ar. 3 Convenio n.º. 135 OIT reconoce como dentro de ese concepto a los “representes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa, de conformidad con las disposiciones de la legislación nacional o de los contratos colectivos”. Defiende la extensión de las garantías legales a estos trabajadores, TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España...”, *op. cit.*, p. 15.

⁷⁷ Como recuerda CABEZA PEREIRO, J. “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012...”, *op. cit.*, p. 342, opta por una definición muy genérica de “representante de los trabajadores” (art. 2, e), según ha interpretado el TJUE en sentencia de 12 de junio de 2003, asunto C-425-01, Comisión v. República Portuguesa.

Efectivamente, lo que ha constatado la doctrina mayoritaria es que esta opción legislativa podría estar interfiriendo en el derecho fundamental de libertad sindical, en tanto que esta comisión alternativa tendría que ampararse en el propio art. 28.1 CE, para garantizar el equilibrio de poderes dentro de las relaciones laborales, ya por sí desigualitarias⁷⁸. Además, se afirma que estas comisiones presentan un perfil poco experimentado y con poca formación, por lo que los acuerdos “son de peor calidad” respecto a los alcanzados con representantes legales o sindicales, incrementando el desequilibrio de los poderes negociadores. Es por esto que se ha defendido que en ausencia de representantes legales legitimados para negociar, las comisiones especializadas se integren por miembros de los sindicatos más representativos o simplemente representativos⁷⁹, tal y como recogía el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014⁸⁰, lo que ha desaparecido en el III Acuerdo para 2015, 206 y 2017⁸¹.

El detrimento de la negociación colectiva supraempresarial⁸², en favor de la revitalizada importancia del ámbito empresarial, se ha completado con las últimas reformas introducidas por la Ley 1/2014, de 28 de febrero⁸³. En concreto, respecto de las empresas que cuenten con varios centros de trabajo, para llevar a cabo el período de consultas, eliminó la posibilidad de que se celebrasen con las comisiones de los distintos centros de trabajo, limitándolo a una comisión representativa, de trece miembros como máximo, en proporción al número de trabajadores que representen. También se introducen reglas concretas sobre su funcionamiento.

Esta reforma va en la línea de las anteriores, de simplificar las fases de consultas y reforzar las estructuras representativas no sindicales ni permanentes, quedando la empresa como ámbito de legitimación de ciertas decisiones empresariales⁸⁴. Es de destacar que la jurisprudencia haya transgredido sobre los defectos de composición del banco social, reconociendo la posibilidad de que intervengan los trabajadores directamente⁸⁵ o integrando “comisiones híbridas”⁸⁶ —representantes legales de unos centros y e integrantes de comisiones *ad hoc* de otro—. Aunque esta permisividad sobre la identidad del sujeto representativo de los trabajadores se ha considerado “como mínimo peligrosa”⁸⁷.

⁷⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Los márgenes dejados por la Ley a la negociación colectiva en materia de expedientes de regulación de empleo” en AA. VV., *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, MESS, Madrid, 2012, pp. 28 y ss.

⁷⁹ CABEZA PEREIRO, J. “La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012...”, *op. cit.*, pp. 338-342. En el mismo sentido, y con referencia a normativa comparada, TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España...”, *op. cit.*, p. 16.

⁸⁰ El Capítulo IV señalaba “En ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, se entenderá atribuida a los sindicatos más representativos en el sector que estuvieran legitimados para formar parte de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de aplicación a la misma, salvo que los trabajadores atribuyan su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET”.

⁸¹ Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017. (BOE 20 de junio de 2015). Un análisis de éste y de los anteriores Acuerdos, VALDÉS DAL-RÉ, F., “El III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º. 4, 2015, pp. 349-359.

⁸² SUÁREZ CORUJO, B., “La ultraactividad del convenio en el nuevo sistema de negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social* n.º. 71, pp. 27-31; relaciona la “descentralización” de la negociación colectiva y su relación con la limitación de la ultraactividad del convenio como causas de la “regresión” del sistema de negociación colectiva.

⁸³ Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. (BOE 1 de marzo de 2014).

⁸⁴ CABEZA PEREIRO, J., “La representación de los trabajadores en la empresa. ...”, *op. cit.*, p. 60.

⁸⁵ SSTs de 1 de abril de 2014 (Rec. 95/2013); de 23 de marzo de 2015 (Rec. 287/2014)..

⁸⁶ STS de 16 de julio de 2015 (Recud. 180/2014); más reciente, STS de 17 de marzo de 2016 (Rec. 226/2015), se reafirma en esta doctrina judicial.

⁸⁷ CABEZA PEREIRO, J., “La representación de los trabajadores en la empresa...”, *op. cit.*, p. 62.

Además, a tenor de la previsión del art. 82.3, *in fine*, ET, la existencia de un acuerdo sobre la concurrencia de causas que justifican el “descuelgue”, hace que legalmente se presuma la existencia de esas causas, sin que sea posible su impugnación salvo fraude, dolo u otros vicios en su conclusión. Es decir, por esta vía se validan las causas, pero no los cambios adoptados sobre los que debe ser posible la impugnación⁸⁸. No obstante, hay doctrina que defiende que el juez nacional pueda entrar a declarar la nulidad por fraude de este acuerdo de inaplicación adoptado por organizaciones no sindicales⁸⁹.

Si bien la representación unitaria se ha visto postergada en relación con la representación sindical, lo cierto es que continúan siendo los delegados de personal y los comités de empresa los que encabezan la mayoría de las negociaciones colectivas y los procedimientos de consulta, en el ámbito de la empresa. De manera que, a pesar de la preferencia legal, es habitual que el sindicato canalice su actuación a través de estos representantes no sindicales. Esta circunstancia conlleva mayor desprotección jurídica en el ejercicio de los derechos colectivos porque el derecho de libertad sindical no se extiende para estos órganos representativos, con independencia de que ese derecho fundamental se estime para sus componentes, en la vertiente individual⁹⁰.

La interpretación restrictiva de los tribunales⁹¹ sobre las posibilidades de desarrollo de las estructuras unitarias de representación ha repercutido muy negativamente en sus funciones⁹². El hecho de estimar improcedente la agrupación de dos o más centros de trabajo con menos de diez trabajadores, de la misma provincia o en municipios limítrofes, supone la inaplicación de las normas que regulan la elección de delegados de personal (arts. 62 y 63 ET). Esta consideración sobre la ilegalidad del “delegado de personal conjunto” implica la imposibilidad de celebrar elecciones en los centros de trabajos más pequeños, que son precisamente los más indefensos en cuanto al ejercicio de los derechos colectivos.

Es cierto que las nuevas estructuras organizativas de las unidades productivas basadas especialmente en la descentralización dificultan la existencia de empresas con mucha mano de obra, por lo que incentivan este tipo de representación. No obstante, el propio legislador parece haber promovido un proceso de fragmentación de las unidades de contratación y, de esa forma, de disminuir la fuerza sindical, restringida para las pocas medianas y grandes empresas, mientras que en la mayoría –pequeñas empresas y “pymes”– se posibilita la inaplicación del convenio sectorial⁹³.

Otro órgano de representación unitaria que ha sido objeto de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales ha sido el comité intercentros al que los convenios colectivos, en ocasiones le han reconocido legitimación que, a su vez ha sido corroborada por la interpretación de los tribunales⁹⁴. A pesar de la importancia constatada de estos comités en procesos de reestructura-

⁸⁸ En este sentido, STS de 26 de junio de 2014 (Rec. n.º. 110/2014).

⁸⁹ Defienden este razonamiento, en consonancia con la aplicación de la normativa de la OIT, LÓPEZ LÓPEZ, J., “La construcción de los derechos sociales: judicialización y aplicación de los Convenios de la OIT”, en AA. VV., *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Bomarzo, 2011, pp. 15 y ss. También, TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España...”, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

⁹⁰ LAHERA FORTEZA, J., “Crisis de la representatividad sindical: propuestas de reforma”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º. 1, 2016, p. 58.

⁹¹ SSTS de 31 de enero de 2001 (Recud. n.º. 1959/2000); de 20 de febrero de 2008 (Rec. n.º. 77/2007); de 14 de julio de 2011 (Rec. n.º. 140/2010); de 11 de febrero de 2015 (Recud. n.º. 2872/2013). Los dos últimos pronunciamientos sobre centros con menos de seis trabajadores.

⁹² CABEZA PEREIRO, J., *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 21 y ss.

⁹³ BAYLOS GRAU, A., “¿Qué ha sido de la negociación colectiva tras las reformas laborales?”, *Revista de Derecho Social Estudios y Cultura*, Fundación 1º de mayo, n.º. 76, 2016, p. 16.

⁹⁴ SSTS de 23 de junio de 2015; (Rec. n.º. 315/2013); de 22 de septiembre de 2014 (Rec. n.º. 305/2013); de 15 de abril de 2014 (Rec. n.º. 188/2013).

ción empresarial, la Ley 1/2014, al referirse a la órganos de representación para procedimientos que afecten a más de un centro de trabajo, de nuevo ofrece una solución análoga a la prevista para un centro de trabajo, es decir, se inclina por las comisiones específicas, en vez de optar por las sindicales⁹⁵.

Por su parte, la regulación de la sección sindical es más flexible y permite su constitución a iniciativa de los trabajadores afiliados, con libertad, a priori, de su ámbito de aplicación –centro de trabajo o toda la empresa–. En esta línea se ha manifestado recientemente la jurisprudencia. El Tribunal estima que la determinación del ámbito de la sección sindical –empresa o centro de trabajo– forma parte de la libertad de organización del sindicato. Por lo tanto, si el ámbito de sección sindical es la empresa en su conjunto, el reconocimiento a los delegados sindicales de las garantías previstas en el art. 10.3 LOLS, se condiciona al cumplimiento de los requisitos del art. 10.1 LOLS, en la totalidad de la empresa, sin que sea exigible que alguno de los centros alcance los 250 trabajadores de plantilla⁹⁶. Esto repercute en una amplia legitimación y, por tanto, capacidad para negociar y alcanzar acuerdos en los diferentes ámbitos, sin la rigidez de las normas aplicables a los órganos unitarios de representación⁹⁷.

Finalmente hay que recordar el nuevo e importante papel de los mecanismos de mediación y arbitraje en los procesos de negociación colectiva, que tendrá un efecto directo en aquellas empresas sin representación legal de los trabajadores, por la remisión del art. 82.3 ET al art. 41.4 ET.

Pues bien, con la finalidad de “facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial”, la norma del 2012 establece la obligatoriedad de que las partes se sometan a un arbitraje obligatorio, canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –u órgano equivalente en la Comunidad Autónoma–, cuando no hayan sido capaces de alcanzar una solución autónomamente. Entre otras cuestiones, resulta criticable que se trata de una verdadera imposición del arbitraje⁹⁸, cuando nuestro sistema de relaciones laborales, en atención al art. 37 CE, se caracteriza por la voluntariedad para la resolución extrajudicial. Además, en tanto que las causas justificativas del “descuelgue” han adquirido un cariz “legitimador” y se encuentran tasadas y explicitadas por el legislador, el árbitro que entre a conocer del conflicto, solo podrá corroborar o no que se cumplen estos condicionantes⁹⁹. No obstante, como es sabido, el Tribunal Constitucional ha avalado la reforma legal¹⁰⁰.

Puede afirmarse que el legislador ha optado por una “desregularización” de la negociación colectiva, centralizando el ámbito de referencia en la empresa. Esto supone una degradación

⁹⁵ Destacan esta opción del legislador, CABEZA PEREIRO, J., “La representación de los trabajadores en la empresa...”, *op. cit.*, p. 61; y TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España...”, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁶ STS de 18 de julio de 2014 (Rec. 91/2013). Sobre este pronunciamiento, MERINO SEGOVIA, A., “La acción sindical en la empresa. Nuevas orientaciones en la doctrina judicial a propósito del crédito horario del delegado sindical”, *Revista de Derecho Social* n.º. 70, 2015, pp. 173 y ss.

⁹⁷ GÁRATE CASTRO, J., “La nueva regulación de la legitimación (inicial y plena) para negociar convenios colectivos estatutarios”, en AA.VV., *La Reforma Laboral 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 122-127.

⁹⁸ Por todos, CASAS BAAMONDE, M^a. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Las reformas de la reforma laboral de 2012”, *op. cit.*

⁹⁹ Muy crítico, CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *op. cit.*, p. 239-241. Profundizando, con un análisis del V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC), CRUZ VILLALÓN, J., “El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva”, en AA. VV., *La Reforma Laboral 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 473 y ss.

¹⁰⁰ STC 119/2014, de 16 de julio. Destaca, en este sentido crítico, el Voto Particular formulado por el Magistrado D. VALDÉS DAL-RÉ.

de las representaciones sindicales, cuyo ámbito de legitimación es más amplio. De este modo y con la creación de las comisiones específicas “asindicales”, la potestad negociadora de los trabajadores se resiente sensiblemente. La empresa debe ser el centro neurálgico de referencia en la negociación colectiva¹⁰¹, pero con las necesarias garantías que se reconocen por las instituciones y normas europeas e internacionales, que forman parte de nuestro ordenamiento una vez han entrado en vigor¹⁰². Es conveniente que el legislador reflexione sobre estas cuestiones e incorpore el propio razonamiento de la jurisprudencia más reciente que al integrar los derechos reconocidos en los Convenios n.º. 87, n.º. 98 y n.º. 135 OIT, declara nula la decisión empresarial adoptada a espaldas de la comisión negociadora, amparándose en su falta de legitimación¹⁰³.

En definitiva, sería necesaria una nueva reformulación del derecho de negociación colectiva que asegurase su desarrollo en todas –o la mayoría- de las unidades productivas, paralelo a un cambio sustancial en el modelo de representatividad para que los sindicatos, como organizaciones representativas de los trabajadores¹⁰⁴, recuperasen realmente su importante papel como contrapoder al fortalecido poder unilateral del empresario, tan acrecentado en las empresas de escasas dimensiones.

4. DIFERENTES CENTROS DE TRABAJO Y SU IMPLANTACIÓN

El despido colectivo ha sido una de las instituciones que más se ha modificado tras la Reforma de 2012, en gran medida, fruto del intenso control de legalidad desarrollado por la doctrina judicial, no exenta de polémica¹⁰⁵.

Efectivamente, la eliminación de la autorización administrativa previa, supuso que el despido colectivo se incorporase al elenco de las medidas flexibilizadoras en manos del poder unilateral del empresario. El único límite de esta decisión extintiva colectiva es que deberá adoptarse, en todo caso, tras un periodo de consultas y negociación con los representantes de los trabajadores, encaminado a mitigar el impacto adverso sobre los expulsados del mercado laboral. Este control procedimental de la decisión empresarial, constituye, en realidad, la garantía fundamental de los derechos e intereses de los trabajadores afectados¹⁰⁶.

Con la desaparición de la autorización administrativa, característica en nuestro sistema de relaciones laborales, cuya eficiencia ya se había cuestionado por parte de la doctrina¹⁰⁷, la normativa sobre despidos colectivos se equiparó con la de los demás Estados miembro, en los que rige la Directiva 98/59/CE¹⁰⁸. De esa normativa hay que destacar dos aspectos. Por una

¹⁰¹ NIETO ROJAS, P., *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*, Lex Nova, Pamplona, 2015, p. 31.

¹⁰² TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España...”, op. cit., p. 20 y ss. Analiza la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (BOE de 28 de noviembre de 2014), a la luz de los Convenios de la OIT y la propia CE.

¹⁰³ STS de 15 de abril de 2014 (Rec. 127/2013).

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “Naturaleza jurídica del sindicato como asociación” REDT, n.º. 11, 1982, p. 410.

¹⁰⁵ Un estudio detallado al respecto, MARTÍNEZ MORENO, C., “Balance de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de despidos colectivos”, en *O mercado de trabalho nunha época de transición*, Xornada Consello Galego de Relacións Laborais, celebrada en Vigo, el 26 de noviembre de 2015. Ejemplar multifotocopiado. Según destaca, desde marzo de 2013, que se dictó la primera sentencia que aplica la reforma, hasta finales de 2014, se han dictado 79 sentencias en pleno que afectan a un total de 11.900 trabajadores; se declaran ajustados a derecho 31; 9 no ajustados a derecho y 18 nulos.

¹⁰⁶ SÁENZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despido colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 20.

¹⁰⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Las propuestas de reforma del despido económico en el contexto de la crisis económica: una aproximación crítica”, en AA. VV., *Despidos y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: un análisis desde el Derecho y la Economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 65-80.

¹⁰⁸ Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. DO L 225/16.

lado, la protección de los trabajadores que, como se ha afirmado se articula a través de su participación en el proceso previo, es fundamental que tenga como finalidad buscar medidas alternativas al despido y, en caso de que no sea posible, ayudas para la readaptación en el mercado laboral. Por otro lado, la Directiva ha establecido un verdadero proceso de negociación colectiva a través del procedimiento de consultas, ya que de no considerarlo así, decaerían las garantías y eficacia de los acuerdos resultantes¹⁰⁹.

Además, hay que tener en cuenta que se prevé la obligación de acordar un plan de recolocación externa (PRE), pero sólo cuando el despido afecte a más de 50 trabajadores (art. 50.10 ET y 3.2. RD 1483/2012¹¹⁰), mientras que con Ley 35/2010 se refería a que las empresas afectadas contasen con una plantilla de 50 o más trabajadores. De esta manera, se reduce sensiblemente la aplicación práctica de la medida, debido a las pequeñas dimensiones del tejido productivo¹¹¹.

No obstante, la regulación actual no parece haber satisfecho a ninguna de las partes de la relación laboral. Y el motivo es que la ley, al eliminar esa garantía que suponía la intervención pública, ha trasladado a la esfera de la autonomía de las negociaciones el correcto ejercicio de ese instrumento legal. Sobre todo, el debate se ha producido en torno a la virtualidad de la fase de consultas y a la exigencia procedimental del despido colectivo¹¹².

Si bien, la doctrina científica advirtió de la minoración del control judicial sobre la decisión empresarial de despido¹¹³, la ley estableció las causas que legitiman una medida tan drástica para los trabajadores¹¹⁴. En este sentido, ha crecido la importancia del procedimiento previo de información y consulta de los trabajadores, a pesar de que el legislador del 2012 se refiere a esta institución como “exigencia comunitaria”¹¹⁵ y los tribunales han adquirido protagonismo, convirtiéndose en los garantes de que se cumpla el procedimiento legal, declarando, en caso contrario, la nulidad de lo actuado¹¹⁶. No pueden olvidarse las premisas de la Directiva 98/59/CE,

¹⁰⁹ Así lo ha manifestado el propio TJUE en Sentencia de 27 de enero de 2005, C-2005/31, asunto “Junk”. Sobre la Directiva 98/59/CE, SÁENZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despido colectivos*, op. cit., pp. 32-35.

¹¹⁰ Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Modificado por la DF 4ª de la Ley 1/2014, de 28 de febrero. BOE de 1 de marzo de 2014.

¹¹¹ TERRADILLOS ORMAETXEA, E., “Las medidas de acompañamiento social y los planes de recolocación externa en los despidos colectivos tras la Reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social* n.º. 64, p. 66.

¹¹² Muy crítico con esa regulación, CABEZA PEREIRO, J., “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, *Revista de Derecho Social* n.º. 57, p. 197. Por motivos opuestos, pero tampoco considera que la norma haya respondido a las exigencias del derecho europeo, DURÁN LÓPEZ, F., en “Prologo” de SAENZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despido colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 13.

¹¹³ Por todos, BLASCO PELLICER, A., “La extinción del contrato de trabajo en el RD Ley 3/2012”, en AA. VV., *La Reforma Laboral en el Real Decreto 3/2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 165; MONEREO PÉREZ, J.L., “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la Reforma de 2012”, *Temas Laborales*, n.º. 115, 2012, p. 321.

¹¹⁴ Sobre las causas que ha establecido la norma, análisis de APARICIO TOVAR, J., “Las causas de despido basadas en necesidades de funcionamiento de la empresa”, en *Revista de Derecho Social* n.º. 57, pp. 146-165. También, GIL PLANA, J., “Despido colectivo: aspectos sustantivos”, en AA. VV., *Comentarios a la Reforma Laboral de 2012*, Civitas, Pamplona, 2012, pp. 262-266.

¹¹⁵ CABEZA PEREIRO, J., “La supresión de la autorización administrativa en los despidos colectivos”, op. cit., p. 191.

¹¹⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La reforma del mercado de trabajo y el RD Ley 10/2010”, *Diario La Ley*, n.º. 7441, 2010, p. 9; versión digital: www.laley.es. Resulta muy ilustrativo el trabajo de ROJO TORRECILLA, E., quién, en su Blog, ha dado cuenta puntualmente de las sentencias más relevantes sobre despidos colectivos, concluyendo que la tónica general es que los tribunales están ejerciendo de manera seria y rigurosa el control de legalidad encomendado, lo que conlleva importantes y trascendentes declaraciones de nulidad. Vide <http://www.eduardorjotorrecilla.es>.

sobre la protección de los trabajadores afectados por el despido colectivo y la necesidad de negociar, durante el periodo de consultas, para paliar esos efectos adversos. Ambas deben respetarse por nuestros tribunales a la hora de enjuiciar un despido colectivo, más aun teniendo en cuenta las nefastas repercusiones de la falta de intervención de la autoridad administrativa, respecto de los derechos de representación de los trabajadores. Es por esto que debe defenderse la capacidad de los jueces de entrar a valorar y controlar el despido colectivo y no restringirse a una mera comprobación del cumplimiento de los requisitos formales. Esta es una de las cuestiones más controvertidas en la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo¹¹⁷.

El diferente tamaño de la empresa resulta muy importante en el procedimiento de despido colectivo. A parte de la distinta duración del periodo de consultas, según el mandato legal¹¹⁸, la atribución de la decisión extintiva a la empresa ha dado lugar a una rica jurisprudencia sobre la determinación del empresario que debe intervenir en esas en proceso de consultas, especialmente, en supuestos de sociedades que forman parte de fenómenos complejos de interrelación empresarial¹¹⁹. En este sentido, el art. 124 LJS establece que los “representantes legales” son los sujetos legitimados para impugnar la decisión empresarial¹²⁰. No cabe duda que esta referencia genérica abarca a representantes unitarios y sindicales. Ahora bien, sobre los integrantes de las comisiones *ad hoc*, los tribunales han admitido su legitimidad para actuar en el periodo de consultas, así como su legitimación individual para recurrir el despido colectivo¹²¹.

Por lo que se refiere al ámbito representativo, como se ha señalado respecto de las modificaciones de las condiciones sustanciales de trabajo, el centro de trabajo se fija normalmente como unidad representativa, lo que conlleva ciertas dificultades cuando el despido abarca a más de uno. Además, esta disociación se acrecienta si tenemos en cuenta éste ámbito y órganos representativos –comité de empresa y delegados de personal– en relación con la unidad de cómputo de estas decisiones empresariales, es decir, la empresa, en su conjunto. Esta ampliación de la normativa española respecto de la Directiva 98/59/CE¹²² debe interpretarse en el sentido de que el umbral para el cómputo, en nuestro país, es la empresa y no exclusivamente el centro de trabajo.

En los últimos años, el TJUE ha entrado a resolver sendos asuntos en los que se aclaran ciertos aspectos referidos, precisamente, a esta mejora de la normativa interna respecto del ámbito de aplicación en el caso del despido colectivo¹²³.

¹¹⁷ En este sentido, entre otras, STS de 20 de enero de 2015 (Recud. 401/2014); en contra STS de 24 de noviembre de 2015 (Recud. 1681/2014), con sendos votos particulares. La más reciente STS de 15 de marzo de 2016 (Recud. 2507/2014), con voto particular. Como se ha expuesto, se comparte el criterio defendido en los Votos particulares referenciados, a favor de un verdadero control de legalidad por el juez.

¹¹⁸ Art. 51.2 ET: 15 días naturales, en empresas de menos de 50 trabajadores y 30, en empresas de cincuenta o más.

¹¹⁹ Se pone de manifiesto lo controvertido de esta cuestión en la STS de 20 de octubre de 2015 (Recud. 172/2014), con un interesante Voto particular que va en la línea de la doctrina recogida en la STS de 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014). Se volverá sobre este tema inmediatamente, al tratar los grupos de empresa.

¹²⁰ SSAN de 16 de mayo de 2014 y de 12 de junio de 2014 coinciden en aclarar que la impugnación se dirige contra la decisión empresarial, una vez ejecutada y no contra el acuerdo alcanzado en fase de consultas.

¹²¹ SAN de 13 de mayo de 2013 (Proc. 89/2013). Según este tribunal negar esa capacidad de negociación a estos representantes implicaría vaciar de contenido el derecho de estos trabajadores a la tutela judicial efectiva y desvirtuar el proceso de consultas en el que participen. Asimismo ha admitido la legitimación para impugnar el despido colectivo de la denominada “comisión híbrida”, STS de 17 de marzo de 2016 (Rec. 226/2015), que recoge la doctrina judicial de SSTS de 21 de abril de 2015 (Rec. 311/2015) y de 18 de marzo de 2014 (Rec.114/2013).

¹²² Su art. 1 se refiere al “centro de trabajo” como unidad de cómputo.

¹²³ Sobre estos pronunciamientos, CABEZA PEREIRO, J., “La representación de los trabajadores en la empresa...”, op. cit., pp. 62-63.

En concreto, el asunto “Rabal Cañas” se inserta dentro de la reciente “trilogía” de sentencias que interpretan el art. 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE, y el significado en su regulación del concepto centro de trabajo¹²⁴. La Sentencia “Rabal Cañas” declara que, si bien el derecho español no es contrario a la Directiva, por el hecho de calcular el umbral de trabajadores afectados por un despido colectivo a partir de la empresa, sí declara que esa amplitud en el ámbito de referencia prevista en el art. 51.1, apartados primero y quinto, del ET, puede obstaculizar la consideración de colectivo para despidos que, en atención a los umbrales de la Directiva y su marco referencial —el centro de trabajo—, tendrían esa calificación, de lo que dependería que se aplicasen o no las garantías de información y consulta previstas en la normativa europea para los despidos colectivos.

Pues bien, el Tribunal, en “Rabal Cañas”, aboga por retomar el criterio interpretativo de sus primeros pronunciamientos sobre esta cuestión¹²⁵. En ese sentido, reconoce que la normativa interna mejora —en la mayoría de las ocasiones— la Directiva. No obstante, esto no supone que pueda considerarse correcto el menoscabo que se produce, por ejemplo, en el asunto planteado. Por eso, en atención a la finalidad de la Directiva de reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, la ley española tendrá que respetar la norma europea y declarar colectivos los despidos que tengan esa calificación según esa Directiva, lo que ya deberá aplicarse por los tribunales internos¹²⁶.

Esta doctrina se contradice con la recogida en pronunciamientos muy próximos en el tiempo, sobre la normativa del Reino Unido. En los asuntos “USDAW”¹²⁷ y “Lyttle”¹²⁸ el Tribunal rechazó categóricamente la posibilidad de equiparar los conceptos “empresa” y “centro de trabajo”, y puso de manifiesto cómo la Directiva había optado por el segundo. Además señalan que la Directiva 98/59/CEE también tiene como finalidad armonizar los costes que esa protección mínima causa a las empresas, que puede tener una incidencia directa en el funcionamiento del mercado interior. Desde luego, sorprende el cambio de preferencia del Tribunal a favor del “desarrollo económico”, y en menoscabo de los derechos laborales, sobre todo en pronunciamientos coetáneos. Debe de compartirse, por tanto, la acertada crítica doctrinal sobre ese pretendido carácter armonizador y el cambio de preferencia de la finalidad de la Directiva¹²⁹.

Ahora bien, aun manteniendo que el criterio de la empresa, como ámbito de cómputo del umbral de trabajadores para el cómputo en el despido colectivo, es favorable mayoritariamente para los intereses de los trabajadores, se plantea la duda sobre la coherencia de mantener ese ámbito de referencia, mientras que para promover elecciones a comités de empresa y delegados de personal, los umbrales exigidos suponen restricciones en cuanto a la unidad representativa. Con el objetivo de contrarrestar ese efecto negativo, se ha propuesto que, con independencia del tamaño de la unidad productiva, puedan organizarse representaciones unitarias, incluso en

¹²⁴ Sentencia de 13 de mayo de 2015, C-392/13, asunto “Rabal Cañas y Nexea”; también del 13 de mayo de 2015, C-182/13, asunto “Lyttle y otros”; y de 30 de abril de 2015, C-80/14, asunto “Usdaw y Wilson”. Sobre estas sentencias, un comentario muy importante en CASAS BAAMONDE, M^a.E., *Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores*, Derecho de las relaciones Laborales, n^o 4, 2015, pp. 373 ss.

¹²⁵ SSTJUE de 7 de diciembre de 1995, C-449/93, asunto “Rockfon”; y de 17 de febrero de 2007, C-270/05, asunto “Athinaïki Chartopoiïa”.

¹²⁶ Por ahora, STSJ de País Vaco de 21 de mayo de 2015, autos 5/2015 y SJS n^o. 2 de Las Palmas de Gran Canaria (Comunidad Autónoma de las Islas Canarias), (Proced. 394/2015). Sobre la aplicación inmediata por los tribunales internos, CASAS BAAMONDE, M^a.E., *Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo...*, op. cit., p. 380.

¹²⁷ Asunto C-80/14, sentencia de 30 abril 2015.

¹²⁸ Asunto C-182/13, sentencia de 13 mayo 2015.

¹²⁹ CASAS BAAMONDE, M^a.E., *Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo...*, op. cit., p. 178. Como recuerda, las Directivas únicamente suponen una mera aproximación de las legislaciones nacionales.

aquellas de pequeñas dimensiones –por debajo de 20, umbral al que se refiere la propia Directiva–. Efectivamente, se trataría de unidades representativas verdaderamente elegidas por los trabajadores directamente, incluso trascendiendo el ámbito territorial –provincial o de municipios limítrofes–¹³⁰.

Junto con la interpretación de “centro de trabajo”, otro aspecto controvertido, en relación con el despido colectivo, ha sido determinar los trabajadores computables a efectos del umbral del número de despidos para resultado de aplicación de la Directiva 98/59/CE, según establece su propio art. 1.1. Pues bien, el concepto de “trabajador” al que se refiere esta norma ha sido objeto de análisis recientemente por el TJUE¹³¹. Según estos pronunciamientos se trata de una noción que debe definirse de manera uniforme y autónoma en el ordenamiento jurídico de la Unión, con criterios objetivo típicos de las relaciones laborales. Como característica esencial se encuentra realizar, durante cierto tiempo, un trabajo en favor y bajo las órdenes de otra persona, a cambio de una retribución¹³².

En relación con el art. 51 ET, resulta muy reveladora la sentencia “Pujante”, que se refiere a la impugnación de un despido objetivo tramitado conforme a la normativa española, sin tener en cuenta las garantías de un despido colectivo, por no computar las extinciones de trabajadores temporales, lo que impedía alcanzar el umbral legal. El Tribunal considera incluidos a estos dentro del concepto de “trabajadores habitualmente empleados” (art. 1.1 Directiva 98/59/CE), salvo que las extinciones de esos contratos se deban a la llegada de su término resolutorio. En todo caso, explica que, según la Directiva, se considerará que se alcanza el umbral del despido colectivo “siempre y cuando los despidos sean al menos cinco”, condición de la que excluye a las extinciones contractuales asimiladas al despido. Es decir, para la aplicación de las garantías de la Directiva, será requisito imprescindible que se hayan producido cinco “despidos en sentido estricto”, a partir de los que computarán otras extinciones distintas “a iniciativa del empresario”, fundadas en motivos no inherentes o imputables al trabajador. En el supuesto de hecho de origen, con esta interpretación, es posible computar la extinción contractual derivada de un proceso de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (arts. 41.3 ET).

En resumen, de esta doctrina jurisprudencial se deduce que para el cómputo del umbral de trabajadores, a partir del que son aplicables las garantías del despido colectivo, se tendrá en cuenta el personal directivo, en prácticas y en formación, temporal, y las extinciones de los contratos de trabajo derivadas de modificaciones sustanciales unilaterales e, incluso, dimisiones o extinciones indirectas (art. 50 ET)¹³³.

Por último, la dimensión organizativa empresarial afecta de manera muy especial a los derechos de los trabajadores en los grupos de empresa. Sobre todo, tras la reforma de 2012, en la que se vieron afectados derechos laborales tan sensibles como la legitimidad para negociar

¹³⁰ En este sentido, propone modificar el Título II del ET, CABEZA PEREIRO, J., “La representación de los trabajadores en la empresa...”, *op. cit.*, pp. 62. Sobre esta cuestión, con un estudio comparado sobre los ordenamientos en Francia e Italia, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Otras formas de acreditar la mayor representatividad: la dificultad de encontrar un criterio alternativo al de la audiencia electoral”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº. 1, 2016, pp. 45-65.

¹³¹ SSTJUE de 9 de julio de 2015, C-229/14, asunto “Balkaya”; y de 11 de noviembre de 2015, C-422/14, asunto “Pujante Rivera”.

¹³² Esta definición ya se había establecido en la STJUE de 11 de noviembre de 2002, C-232/09, asunto “Danosa”. A lo largo de la sentencia “Balkaya” en la que se repite varias veces, el Tribunal, amparándose en la finalidad protectora de la Directiva respecto de los trabajadores afectados por un despido colectivo, considera que no cabe una interpretación restrictiva. Así, incluye en el ámbito de aplicación de la Directiva (art. 1.1) a un trabajador en prácticas y un administrador de la sociedad.

¹³³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 98/59”. Editorial. *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº. 1, 2016, pp. 1-8.

convenios colectivos estatutarios –art. 87.1, párrafo tercero, ET– o las obligaciones documentales en los procesos de despido, suspensión de contrato o reducción de jornada¹³⁴. Además, destacan las consecuencias procesales de los despidos colectivos, como constata la intensa actividad de nuestros tribunales y la abundante doctrina científica¹³⁵.

De hecho, la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre despidos colectivos, tras la reforma de 2012, entra a conocer un asunto sobre la nulidad de un despido colectivo realizado por una empresa que forma parte de un grupo, pero que no se tramitó conforme a las exigencias documentales exigibles durante el período de consultas¹³⁶. El Tribunal estimó las alegaciones de los recurrentes y confirmó la nulidad de la decisión extintiva. Es más, el Alto Tribunal, en esa sentencia, dictada en Sala General, analiza el concepto de grupo laboral de empresas dictando una importante doctrina que se ha mantenido y completado con los pronunciamientos posteriores¹³⁷.

Esta jurisprudencia se centró en la diferencia entre “grupo mercantil” y “grupo patológico”. Respecto del primero, las consecuencias derivadas del pronunciamiento sobre el despido enjuiciado alcanzan exclusivamente a la empleadora, que ni siquiera forman parte del proceso de negociación que concluye con el acuerdo alcanzado con la comisión negociadora o con la decisión unilateral del empleador. Por el contrario, cuando las sociedades integran un grupo patológico o laboral, es necesario que el despido se promueva por todas ellas o, al menos, la empleadora formal debe poner de manifiesto en el período de consultas la realidad societaria, comunicando a la representación de los trabajadores la existencia del grupo laboral, al tiempo que la exigencia documental y la acreditación de las causas invocadas debe atender también a esa realidad en la que aparece un fenómeno de unidad o confusión empresarial. Así mismo, el Tribunal destaca que el concepto de “grupo de empresas” debe ser el mismo en las distintas ramas del Ordenamiento jurídico, pero pueden producirse consecuencias distintas en cada una,

¹³⁴ Art. 4.5 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Modificado por la DF 4ª de la Ley 1/2014, de 28 de febrero. BOE de 1 de marzo de 2014.

¹³⁵ Por todos, dos estudios muy recientes en el tiempo, RAMOS QUINTANA, M. I., *La responsabilidad laboral de los grupos de empresa*, Bomarzo, Albacete, 2015; GACIÁ QUIÑONES, J.C., “El impacto laboral de los grupos de empresa: una asignatura pendiente en el Derecho del Trabajo español”, *Revista de Derecho SocialInternacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, ADAP, vol. n.º. 1, enero-marzo, 2016 (Ejemplar multifotocopiado).

¹³⁶ STS de 20 de marzo de 2013 (Rec. 81/2012), contra la STSJ de Madrid, de 30 de mayo de 2012 (Proced. n.º. 17/2012). En concreto no se entregó a los representantes de los trabajadores las cuentas anuales de los dos ejercicios económicos anteriores, así como diversa documentación económica, pero llama la atención que ni siquiera se produjese la comunicación del despido colectivo, sino que la empresa procedió a la entrega de cartas individuales. La representación de los trabajadores demandó por incumplimiento de defectos formales en la tramitación del expediente de regulación, alegado infracción de lo establecido en el RD 801/2011, del propio a art. 51 ET, de la Directiva 98/59 y del Convenio 158 OIT; la infracción de buena fe y el abuso de derecho y el comportamiento fraudulento por la existencia de un grupo de empresas a efectos mercantiles y laborales.

¹³⁷ Por todas, STS de 21 de mayo de 2015 (Rec. 231/2014). Este pronunciamiento debe responder a qué sucede cuando una mercantil integrante de un grupo de empresas multinacional promueve un despido colectivo careciendo de verdadera dirección. Para dar respuesta a la cuestión litigiosa trae a colación el alcance de los conceptos de “grupo laboral de empresas”, fraude de ley y levantamiento del velo. La sentencia recurrida declaró la nulidad del despido por ausencia de un verdadero proceso de negociación entre los sujetos legitimados para ello. Como dato esencial declara que la empresa promotora del despido carecía de dirección propia. El Alto Tribunal valida la decisión de la Sentencia recurrida, al tiempo que afirma que “la supresión artificiosa de la dirección de Servicontrol la vacía de contenido como empresa diferenciada dentro del grupo”, y se produce su “jibarización empresarial”. Se trata de “un ejercicio abusivo de la dirección unitaria, así como de la personalidad jurídica, puesto que el mantenimiento de una empresa sin dirección propia dentro del grupo constituye, por artificioso, un ejercicio anormal del poder de dirección y causa perjuicio a los trabajadores”.

debido a su especialización –laboral, fiscal, mercantil–. En el Derecho del Trabajo, responsabilidad solidaria de las empresas integrantes del “grupo” existirá cuando en el mismo concurren factores adicionales que determina esta jurisprudencia¹³⁸.

Finalmente, existen asuntos trascendentales, tanto por el número tan elevado de trabajadores afectados, como por la importante doctrina establecida. Uno de los más importantes ha sido el llamado “caso Coca Cola”¹³⁹.

Muy resumidamente, el Tribunal resolvió un recurso presentado por los trabajadores contra un despido colectivo por causas organizativas, fruto de las reestructuraciones empresariales que dieron lugar al grupo de empresas, cuestión que no fue comunicada a los representantes de los trabajadores en tiempo y forma. Además, se estima la vulneración del derecho fundamental de huelga, en concreto por “esquirolaje” empresarial, porque la dirección, en el contexto de conflictividad surgido, y ante la convocatoria de una huelga de carácter indefinido, decidió que los trabajadores de un centro no huelguista abastezcan de suministros a otro en el que la huelga tenía un importante seguimiento. A la vez, el Tribunal analiza el concepto de grupos de empresa a efectos laborales. En definitiva se declara la nulidad del despido colectivo recurrido y el derecho de los trabajadores afectados a la reincorporación a su puesto de trabajo, condenando solidariamente a las empresas demandadas a la inmediata readmisión de sus respectivos trabajadores despedidos, con el abono de los salarios dejados de percibir¹⁴⁰.

En la calificación de la nulidad del despido colectivo confluyen dos cuestiones íntimamente relacionadas y consecuentes, como es el incumplimiento de las obligaciones de información y consulta a los representantes de los trabajadores en la fase de la reestructuración societaria, y el proceso de concentración de las empresas que conduce a la consideración de la mala fe en

¹³⁸ Por todas, STS de 27 de mayo de 2013 (Rec. 78/2012). El FJ 9º sostiene que “para lograr aquel efecto de responsabilidad solidaria, hace falta un componente adicional que esta Sala ha residenciado tradicionalmente -nos remitimos a las sentencias previas a la unificación de doctrina que en aquéllas se citan- en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo; c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección”. Para un análisis detallado, SAENZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, op. cit., pp. 99- 113; también, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Doctrina del Tribunal Supremo sobre los grupos de empresa, el período de consultas y la aportación documental en los despidos colectivos tras la reforma laboral de 2012”, *Revista de Derecho Social de Aranzadi Doctrinal*, n.º. 9/2014, BIB 2013\2700. (Ejemplar multifotocopiado). Una vertiente muy práctica, FALGUERA BARÓ, M., “El despido colectivo e individual por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas: jurisprudencia interna y comunitaria tras la reforma laboral del 2012”, *ACTUM Social*, n.º. 107, monográfico 2016, pp. 37-58.

¹³⁹ STS de 20 de abril de 2015, en Pleno, (Rec. 354/2014) resuelve el recurso de casación planteado frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional n.º. 0108/2014, de 12 de junio de 2014. Se impone el recurso de casación, aunque el fallo cuenta con el voto particular de dos magistrados (D. José Manuel López García de la Serrana y D. José Luis Gilolmo López), al que se han adherido dos magistrados más (Dña. Milagros Calvo Ibarcucea y D. Jesús Souto Prieto). Existen varios e importantes análisis sobre este asunto, destacan LILLO PÉREZ, E., “Sobre el ERE de Coca Cola. Causalidad del despido, defensa del puesto de trabajo y defensa del derecho fundamental de huelga”, en *Revista de Derecho Social* n.º. 71, pp. 177-187. También, GONZÁLEZ- POSADA MARTÍNEZ, E., “Despido colectivo en el grupo Coca Cola. Grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga durante el período de consultas”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º. 4, 2015, pp. 412-420.

¹⁴⁰ Existen varios e importantes análisis sobre este asunto, destacan LILLO PÉREZ, E., “Sobre el ERE de Coca Cola. Causalidad del despido, defensa del puesto de trabajo y defensa del derecho fundamental de huelga”, en *Revista de Derecho Social* n.º. 71, pp. 177-187. También, GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “Despido colectivo en el grupo Coca Cola. Grupo de empresas y vulneración del derecho de huelga durante el período de consultas”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º. 4, 2015, pp. 412-420.

el proceso de integración iniciado. La otra cuestión es la referida a la consideración de grupo de empresa a efectos laborales, con la condición de empresario solidario de los trabajadores del conjunto del mismo, junto a sus empresas auxiliares¹⁴¹.

En definitiva, se consideró que al haber procedido la empresa a realizar un despido colectivo en un grupo laboral de empresas, sin haber informado incluso ocultado- a los representantes de los trabajadores de este cambio o reestructuración, existió una vulneración de la exigencia de buena fe en la negociación colectiva, además del incumplimiento directo y evidente de la Directiva europea durante el periodo de consultas, basado en la buena fe y la información previa¹⁴².

Y, sobre los documentos acreditativos que debe aportar el empresario, si bien el art. 2.2 y 2.3 de la Directiva 98/59, así como el art. 5 del Real Decreto 1483/2012, no se establecen una lista cerrada, sí se desprende que lo que se pretende es que la documentación proporcione unas mínimas garantías de información a los representantes legales de los trabajadores. Existe, por tanto, una causa de nulidad evidente, al haberse constituido la empresa como un grupo laboral, constituyendo un ámbito ilícito para el despido, sin haber informado a los representantes legales de esa reestructuración. El empresario ha vulnerado la exigencia de buena fe en la negociación al incumplirse el deber de información.

Los efectos de esta declaración de nulidad –con violación de un derecho fundamental–, han implicado la ejecución provisional de la sentencia y consignación de aval o importe de condena¹⁴³. Esto supuso la readmisión en el centro de trabajo concreto de los trabajadores despedidos que hayan optado por esta posibilidad¹⁴⁴.

En contraste con esta jurisprudencia, como ejemplo, cabe mencionar el “caso TRAGSA”¹⁴⁵. El Tribunal falla a favor de la empresa recurrente y no estima la nulidad del proceso de despido colectivo, ni la responsabilidad solidaria de las empresas. El razonamiento del Tribunal se basa, en primer lugar, en que no concurren en el grupo datos cualificadores que hagan extensiva esa

¹⁴¹ Según desmenuzan los F.J. 14º y 15ª, concurren indicios o hechos configuradores del grupo laboral de empresas, entre los cuales se cita el funcionamiento unitario, la confusión patrimonial, la unidad de caja, la utilización fraudulenta de personalidad, y la confusión de plantilla, y se puede apreciar fraude de ley en la apreciación de estos hechos, es por lo que se admite la existencia en este caso de grupo laboral de empresas, siguiendo la doctrina jurisprudencial del TS en Sentencias de 23 de mayo de 2013, Rec. 78/2012; 25 de septiembre de 2013, Rec. 3/2013; de 19 de diciembre de 2013, Rec. 37/2013; seguida de otras posteriores como las de 28 de enero de 2014, Rec. 46/2013; 19 de febrero de 2014, Rec. 45/2013.

¹⁴² La empresa incumplió la obligación de los arts. 64 y 44.6 ET de informar a la representación legal de los trabajadores cuando el acuerdo de fusión se sometió a la autorización de la Comisión Nacional de la Competencia. También, el mandato del art. 7 de la Directiva 2001/23/CE, sobre la obligación de informar sobre el cambio de titularidad. De hecho, no se entregó ni la documentación e información imprescindible para la realización del periodo de consultas, como exige el art. 124. 11, párrafo 3, LRJS.

¹⁴³ Arts. 124.11 y 247.2 LRJS.

¹⁴⁴ Art. 282 LRJS. Efectivamente se produjo la ejecución de la Sentencia, lo que no ha estado exento de problemas jurídicos, por ejemplo sobre la compatibilidad de la prestación de desempleo con esta situación en la que la relación laboral ha “revivido”, LILLO PÉREZ, E., “Sobre el ERE de Coca Cola. Causalidad del despido, defensa del puesto de trabajo y defensa del derecho fundamental de huelga”, op. cit., p. 187. El 7 de septiembre de 2015 se ha reabierto la empresa de Fuenlabrada, sin embargo, el proceso de readmisión aún no ha terminado. De hecho el cierre es el objetivo en cubierto que denunció CCOO como sindicato recurrente. En total las medidas afectaron a 1.190 trabajadores, ahora bien la Sentencia sólo afecta a los trabajadores que han conferido autorización respectiva a CCOO y UGT, al ser los sindicatos parte.

¹⁴⁵ STS de 20 de octubre de 2015, en Pleno, (Rec. 172/2014): Resuelve el recurso de casación planteado frente a la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 28 de marzo de 2014 [demandas acumuladas 499/2013, 509/2013, 511/2013 y 512/2013]. Voto particular formulado por la magistrada Dña. Mª. Lourdes Arastey Sahún, y Voto particular concordante formulado por el magistrado D. Fernando Salinas Molina, al que se adhieren los magistrados Dña. Mª. Luisa Segoviano Astaguruaga, Dña. Rosa María Virolés Piñol y D.Jordi Agustí Juliá.

responsabilidad solidaria. En segundo lugar, considera que la documentación justificativa de la decisión extintiva es suficiente, más teniendo en cuenta que la Inspección de Trabajo se ha manifestado en ese sentido y se ha reducido el número de trabajadores a los que alcanzará la decisión empresarial. Así mismo, considera suficientes los criterios de selección expresados de forma genérica. No puede sino discreparse con esta doctrina jurisprudencial, pues como bien señalan los Votos discrepantes “esta Sala de casación reformulando, otra vez y de nuevo, su doctrina sobre el grupo de empresas como empleador y pareciendo rechazar que se hable a efectos laborales de ‘grupo patológico de empresas’, resulta que, sin embargo (...) para la exigencia de responsabilidad solidaria pone esencialmente el acento en la ocultación, en la finalidad defraudatoria y el abuso”¹⁴⁶.

Sin duda, el despido colectivo y la determinación de sus ámbitos, objetivo y subjetivo, resulta una materia muy casuística, lo que implica importantes “bandazos” jurisprudenciales. Esta falta de criterios uniformes incrementa la inseguridad jurídica que conlleva esta medida empresarial, mucho más desde la eliminación de la autorización administrativa.

Sería necesario, por tanto, que el juzgador español tuviese en cuenta esos efectos adversos, especialmente por los trabajadores cuya relación laboral se extingue, y se fijase en el mandato de la Directiva 98/59/CE, en concreto, en el mandato sobre la protección de los derechos laborales de los afectados por el despido colectivo. Partiendo de esta premisa, el fraude o la ocultación del empresario real, debe implicar la nulidad de la medida, en tanto que se produce una verdadera indefensión del trabajador, pues no sabrá contra quién reclamar.

Además, la empresa debe de respetarse escrupulosamente el derecho de información y consulta, justamente para que se puedan alcanzar acuerdos que minoren las repercusiones negativas del despido sobre los trabajadores y, de la misma manera, para que puedan defenderse y reclamar lo que consideren. Es decir, ese proceso supone una garantía para los derechos laborales de los trabajadores, de manera que su incumplimiento, debería ser causa de nulidad del despido colectivo.

5. CONSECUENCIAS DE LA DESCENTRALIZACIÓN: EL DEBILITAMIENTO DE LOS DERECHOS LABORALES

A parte de las reflexiones plasmadas en las páginas precedentes, para terminar, como primera y genérica conclusión, puede afirmarse que la dimensión de la unidad productiva va a condicionar, en muchos casos, la mayor o menor protección de los derechos laborales de los trabajadores.

Se ha constatado que el incremento de la flexibilidad interna, tras las últimas reformas laborales, se ha traducido en una ampliación del poder unilateral del empresario para llevar a cabo importantes modificaciones en las condiciones laborales. En concreto, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, la inaplicación convencional y la “desincalización” de la negociación. Es decir, se ha reforzado el poder de dirección empresarial, mientras que las medidas flexibilizadoras fruto de la autonomía colectiva han perdido mucha relevancia, por la propia configuración por la que ha apostado el legislador, sobre todo, desde 2012.

Un paradigma de la flexibilidad interna lo constituye el fenómeno de descentralización de las empresas (outsourcing y otras formas de subcontratación de la propia actividad¹⁴⁷). A través

¹⁴⁶ FJ 3º, Voto particular concordante formulado por el magistrado D. Fernando Salinas Molina, al que se adhieren los magistrados Dña. M^a. Luisa Segoviano Astaguruaga, Dña. Rosa María Violes Piñol y D. Jordi Agustí Juliá.

¹⁴⁷ Sobre estos diferentes modelos productivos, un enfoque comparado, GAETA LORENZO, L. y GALLARDO MOLLA, R. (Dir.), en AA.VV., Los empresarios complejos: *un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010.

de la “deslocalización” del tejido productivo, como instrumento utilizado por el empleador para debilitar los derechos laborales de los trabajadores, se pretende aumentar la competitividad empresarial como vector principal de la viabilidad de la empresa¹⁴⁸.

Esta globalización empresarial conlleva importantes dificultades para identificar al empresario real. El Derecho transnacional del Trabajo se mueve en una triple dimensión: gobernanza multinivel y multilateral, diálogo social internacional, el derecho transnacional, en particular, en nuestro país, el Derecho europeo. Al mismo tiempo la globalización conlleva un reforzamiento del poder de las grandes empresas, actores principales de la gobernanza globalizada. Esto ha implicado un debilitamiento de los poderes estatales, y también un debilitamiento de las formas tradicionales del contrapoder sindical¹⁴⁹. Esta falta de armonización de los derechos laborales en las empresas transnacionales se plasma en pronunciamientos muy restrictivos con los derechos de los trabajadores, como son los asuntos “Laval, Viking, Ruffert y Comisión Luxemburgo”¹⁵⁰.

El mismo problema se puede intuir en las llamadas “empresas de multiservicios” que se caracterizan, porque aglutinan, en una misma unidad productiva, un número amplio y diverso de actividades que conforman el objeto social de la empresa. Precisamente se ha apuntado que su proliferación en los últimos años, se debe al intento de evitar la aplicación de la normativa protectora de las ETT¹⁵¹. No obstante, la mayoría de los convenios colectivos de estas empresas han sido impugnados por incumplir las reglas de legitimación estatutarias¹⁵².

Desde la reforma de 2012, la problemática sobre la determinación del convenio colectivo aplicable, cuando no exista convenio colectivo en una empresa con diversidad de actividades económicas, ha adquirido un nuevo enfoque. La solución pasaba por aplicar el convenio sectorial o bien, diversos convenios sectoriales en función de cada una de las actividades que prestaba la empresa. Pues bien, es conocido que la Ley 3/2012 da preferencia al convenio de empresa frente al de sector, en determinadas materias (art. 84. 2ET). No obstante, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos ha mantenido el criterio de la especialidad o lo que es lo mismo, la convivencia de diferentes normas de sector al quedar las distintas actividades que realiza la empresa bajo el ámbito de aplicación de distintos convenios y en caso de concurrir en un trabajador varias tareas, estará a la principal¹⁵³. En la misma línea, la jurisprudencia¹⁵⁴, mantiene la aplicación del convenio sectorial, en defecto de uno específico de empresa. Esto, en realidad, deja poca virtualidad al convenio de sector, normalmente más garantista con los derechos laborales.

En efecto, la unidad productiva, en muchos casos, presentará una estructura compleja, pero con los suficientes requisitos identificativos para que los tribunales hayan estimado que todos

¹⁴⁶ FJ 3º, Voto particular concordante formulado por el magistrado D. Fernando Salinas Molina, al que se adhieren los magistrados Dña. Mª. Luisa Segoviano Astaguruaga, Dña. Rosa María Vicolés Piñol y D.Jordi Agustí Juliá.

¹⁴⁷ Sobre estos diferentes modelos productivos, un enfoque comparado, GAETA LORENZO, L. y GALLARDO MOLLA, R. (Dir.), en AA.VV., Los empresarios complejos: *un reto para el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2010.

¹⁴⁸ LANDA ZAPIRAIN, J. P., “Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo”, *op. cit.*, pp. 53 y ss.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ TERRADILLOS ORTMAEXEA, E., “Comentario. Los derechos sociales en el contexto supranacional: especial referencia a la jurisprudencia reciente del TJE y del TEDH”, *Revista de Derecho Social* n.º. 50, pp. 151 y ss.

¹⁵¹ MUÑOZ RUIZ, A. B., “Estrategias de negociación y empresas multiservicios: la problemática del convenio colectivo aplicable como telón de fondo” *Revista de Derecho Socialde Información Laboral*, n.º. 7/2014 (BIB 2014/3235). (Ejemplar multifotocopiado).

¹⁵² Por ejemplo, SSAN de 11 de septiembre de 2013 (Proced. n.º. 219/2013); de 5 de febrero de 2014 (Proced. n.º. 447/2013); de 17 de febrero de 2014 (Proced. n.º. 470/2013).

¹⁵³ Expediente la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos 070/2013, de 18 de diciembre de 2013.

¹⁵⁴ STSJ Andalucía, Sevilla, de 21 de junio de 2012 (Rec. Supl. 3025/2010); STSJ Islas Canarias, Las palmas, de 29 de abril de 2015 (Rec. Supl. 1197/2014).

sus componentes responden solidariamente de las responsabilidades laborales. No obstante, la jurisprudencia es ambivalente, lo que incrementa la inseguridad jurídica de las relaciones laborales que se produzcan en su ámbito. A la vez, esto conlleva un debilitamiento en la protección de los derechos de representación, especialmente, los de información y consulta porque se supeditan a que esas organizaciones cuenten con una legitimación cualificada que no es sencilla de alcanzar en las unidades productivas más pequeñas.

La prevalencia del convenio de empresa, unido a la supresión de la autorización laboral, incide en la renovada importancia que debería tener el proceso de información y consultas. Pero, la prevalencia para llevar a cabo la negociación se otorga a las secciones sindicales, con las dificultades que ello conlleva en las empresas de reducidas dimensiones.

Este debilitamiento de la capacidad negociadora de los órganos unitarios de representación se culmina con la creación de comisiones negociadoras “artificiales”, cuya finalidad principal es fingir un proceso de información y consultas, en otras palabras, disimular el verdadero cumplimiento de la Directiva europea, en cuanto a garantizar que los representantes de los trabajadores son conocedores de los datos relevantes, a la vez, que se buscan soluciones menos traumáticas para los afectados por la medida empresarial. Por lo tanto, urge reformular los derechos de participación y representación de los trabajadores, en especial en las pequeñas y medianas empresas, para recuperar, al menos, una legitimación representativa real.

En fin, no debe olvidarse el verdadero origen del Derecho del Trabajo, que no por repetido ha de perder virtualidad: el carácter tuitivo de la parte más débil de la relación laboral. Esta diferencia respecto de otros ámbitos del Derecho debe ser ahora recordada, pues de lo contrario, las relaciones laborales prescindirán de su objetivo principal y se pondrán, únicamente, en manos de las variables económicas del mercado.