



10000351886
Dret

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA FACULTAT DE DRET BIBLIOTECA
Nº Registre <u>111.710</u>
DATA <u>5-5-95</u>
SIGNATURA <u>BID. T 296</u>
Nº LIBIS: <u>351886-</u>

LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA

ANTE

EL ORDENAMIENTO JURIDICO-LABORAL



TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR: FERNANDO FITA ORTEGA

DIRIGIDA POR: TOMAS SALA FRANCO

UMI Number: U602859

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U602859

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

INDICE DE ABREVIATURAS MAS UTILIZADAS

Ar.:	Aranzadi.
As.:	Aranzadi Social.
B.O.E.:	Boletín Oficial del Estado.
C.E.:	Constitución Española.
D.:	Decreto.
D.O.:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
E.T.:	Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.
L.I.S.O.S.:	Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
L.O.L.S.:	Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.
L.C.T.:	Ley de Contrato de Trabajo de 1944.
L.P.L.:	Ley de Procedimiento Laboral. Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 591/1990, de 27 de abril.
L.R.L.:	Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.
O.M.:	Orden Ministerial.
R.D.:	Real Decreto.
R.D.L.:	Real Decreto Ley.
R.D.L.R.T.:	Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977.
S.A.N.:	Sentencia de la Audiencia Nacional.
S.J.S.:	Sentencia del Juzgado de lo Social.
S.M.T.:	Sentencia de la Magistratura de Trabajo.
S.T.Co.:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
S.T.C.T.:	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo.
S.T.S.:	Sentencia del Tribunal Supremo.
S.T.S.J.:	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

INDICE

I.- INTRODUCCION	Pág. 1
1.- Concepto de PYME.	Pág. 11
A) <i>Crterios definitorios de las PYMEs.</i>	Pág. 12
B) <i>La pequeña y mediana empresa en la normativa comunitaria.</i> . . .	Pág. 21
C) <i>El concepto de PYME en la legislación laboral española.</i>	Pág. 28
a) <u>Los principales umbrales existentes en la normativa laboral.</u>	Pág. 40
b) <u>¿Qué trabajadores deben ser considerados en la determinación del volumen de empleo a estos efectos?.</u>	Pág. 52
a'.- La normativa sobre representación de los trabajadores en la empresa.	Pág. 60
a".- <i>La representación unitaria.</i>	Pág. 60
b".- <i>La representación sindical.</i>	Pág. 68
b'.- La normativa sobre servicios asistenciales y seguridad e higiene en el trabajo.	Pág. 69
c'.- La normativa relativa a la contratación y extinción del contrato de trabajo.	Pág. 70
c) <u>Otras dificultades que suscita el criterio del número de trabajadores como factor modalizador de la normativa laboral.</u>	Pág. 78
a'.- Ambito espacial al que debe referirse el cómputo: ¿la empresa o el centro de trabajo?. Especial atención a la problemática que presentan los grupos de empresas.	Pág. 78
a".- <i>El concepto de empresa.</i>	Pág. 84
b".- <i>La noción de centro de trabajo.</i>	Pág. 96
c".- <i>La importancia del factor geográfico.</i>	Pág. 106
b'.- Momento en que debe realizarse el cómputo de trabajadores.	Pág. 108
c'.- Variaciones en el número de trabajadores.	Pág. 124
d) <u>Reflexiones en torno al concepto de pequeña y mediana empresa.</u>	Pág. 139
2.- Características de las pequeñas y medianas empresas.	Pág. 148
A) <i>El origen de las PYMEs.</i>	Pág. 154
B) <i>Las PYMEs como fuente de creación de empleo.</i>	Pág. 160
C) <i>La estructura de la mano de obra en las PYMEs.</i>	Pág. 164

LAS RELACIONES LABORALES EN LAS PYMES.	Pág. 171
--	----------

1.- Las relaciones laborales individuales.	Pág. 174
--	----------

A) <i>Generalidades</i>	Pág. 174
-----------------------------------	----------

B) <i>La contratación laboral en las PYMEs</i>	Pág. 188
--	----------

a) <u>Disposiciones que afectan a la libertad de contratación empresarial</u>	Pág. 190
---	----------

b) <u>Disposiciones que no afectan a la libertad de contratación</u>	Pág. 204
--	----------

c) <u>Algunas consideraciones acerca de la contratación en las PYMEs</u>	Pág. 212
--	----------

C) <i>Las condiciones de trabajo en las PYMEs</i>	Pág. 213
---	----------

a) <u>Los salarios</u>	Pág. 222
----------------------------------	----------

b) <u>La jornada</u>	Pág. 226
--------------------------------	----------

c) <u>La seguridad e higiene</u>	Pág. 228
--	----------

a'.- La normativa internacional.	Pág. 231
--	----------

b'.- La normativa comunitaria.	Pág. 237
--	----------

c'.- La normativa interna.	Pág. 249
------------------------------------	----------

d) <u>Los derechos asistenciales</u>	Pág. 259
--	----------

D) <i>La movilidad geográfica y funcional</i>	Pág. 266
---	----------

E) <i>Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo</i>	Pág. 273
---	----------

F) <i>La extinción del contrato de trabajo en las pequeñas y medianas empresas</i>	Pág. 276
--	----------

a) <u>La normativa internacional y comunitaria. El Convenio 158 de la O.I.T. y la Directiva 127/75 de la C.E.E.</u>	Pág. 293
---	----------

b) <u>La normativa española</u>	Pág. 300
---	----------

a'.- El despido disciplinario.	Pág. 302
--	----------

a".- <i>Faltas de asistencia</i>	Pág. 303
--	----------

b".- <i>Ofensas al empresario</i>	Pág. 304
---	----------

c".- <i>El despido improcedente</i>	Pág. 308
---	----------

d".- <i>El despido nulo</i>	Pág. 326
---------------------------------------	----------

b'.- El despido por causas objetivas.	Pág. 327
---	----------

c'.- Los despidos colectivos.	Pág. 336
---------------------------------------	----------

a".- <i>Concepto de^adespido colectivo</i>	Pág. 336
--	----------

b".- <i>El procedimiento para la extinción del contrato de trabajo por despidos colectivos</i>	Pág. 343
--	----------

1º.- Especialidades derivadas de la voluntad del legislador.	Pág. 345
--	----------

2º.- Peculiaridades derivadas de las propias características de las PYMEs.	Pág. 362
--	----------

c".- <i>La indemnización para el trabajador afectado por la extinción de su contrato de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.</i>	Pág. 369
d'.- La extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación o incapacidad del empresario.	Pág. 378
a".- <i>Las ventajas procedimentales.</i>	Pág. 379
b".- <i>Las ventajas de tipo patrimonial.</i>	Pág. 381
2.- Las relaciones colectivas.	Pág. 391
A) Los actores sociales.	Pág. 391
a) <u>Los representantes de los trabajadores.</u>	Pág. 391
b) <u>Las asociaciones empresariales.</u>	Pág. 394
c) <u>El Estado.</u>	Pág. 397
B) La representación de los trabajadores en las PYMEs.	Pág. 398
a) <u>La representación unitaria.</u>	Pág. 401
a'.- El criterio de referencia: ¿la empresa o el centro de trabajo?.	Pág. 404
b'.- Las funciones de los Delegados de Personal y de los miembros del Comité de Empresa.	Pág. 412
c'.- Garantías y facilidades reconocidas a los órganos de representación unitaria.	Pág. 417
d'.- Diferencias en el procedimiento de elección de ambos órganos de representación unitaria.	Pág. 429
e'.- La problemática que plantea la representación unitaria en las PYMEs.	Pág. 443
a".- <i>La excesiva sindicalización del proceso electoral.</i>	Pág. 443
b".- <i>La poca presencia de estructuras de representación de los trabajadores en las PYMEs.</i>	Pág. 445
b) <u>La representación sindical.</u>	Pág. 460
a'.- El derecho a local.	Pág. 471
b'.- El derecho a contar con Delegados Sindicales.	Pág. 475
C) La negociación colectiva.	Pág. 484

III.- CONSIDERACIONES FINALES: ¿ES NECESARIO UN DERECHO DEL TRABAJO DIFERENCIADO PARA LAS PYMES?	Pág. 504
1.- Sobre la necesidad de un Derecho del Trabajo diferenciado.	Pág. 506
2.- Los límites que debe respetar la diversificación normativa.	Pág. 514
3.- Algunas reflexiones acerca del posible conflicto entre un Derecho del Trabajo diversificado según la dimensión de la empresa y el principio de igualdad.	Pág. 518
4.- Valoración global de la posición de la normativa española ante el fenómeno PYME.	Pág. 521
IV.- BIBLIOGRAFIA	Pág. 530

I.- INTRODUCCION.

1.- Desde hace unas décadas la pequeña y mediana empresa ha venido siendo, con interés cada vez mayor, objeto de la atención de políticos e investigadores. Concretamente, la creciente aproximación al fenómeno PYME se inició a partir de la crisis económica producida a mediados de los años setenta como consecuencia del alza de los precios del petróleo.

Hasta ese momento el modelo de desarrollo económico de los países occidentales se había basado en la consecución de un sistema productivo dominado por unidades empresariales de gran dimensión que abarcasen todas las fases de la elaboración del producto, favoreciéndose para ello políticas de agrupación y concentración de empresas. Este estado de cosas no era sino la consecuencia lógica de las ventajas que se atribuían a este tipo de empresa (tales como las de gozar de una alta competitividad internacional; el dominio sobre el mercado de productos, así como el control sobre los proveedores de las materias primas), frente a la conceptualización de la pequeña empresa como empresa marginal.

Pero con la crisis acaecida en la década de los setenta el modelo de organización de la actividad productiva basado en la gran empresa fue dejando paso a otro en el que la pequeña y mediana empresa se vislumbra como alternativa, siendo el motivo que impulsó este cambio de orientación, la constatación de los mejores resultados de estas empresas en la coyuntura económica de aquellos años, frente a las de grandes dimensiones, que perdían terreno en términos de mercado y de mano de obra ocupada.

De esta forma las PYMEs dejaron de ser consideradas, en el análisis de la estructura empresarial, como factor de atraso, destinadas a desaparecer engullidas progresivamente por las grandes empresas, y comenzaron a destacarse aspectos positivos de las mismas: su mejor adaptación a los cambios del mercado; la menor inversión necesaria por puesto de trabajo; su notable influencia en la creación de empleo y por tanto en la lucha contra el paro; la importante función desempeñada respecto a la formación profesional; etc. En definitiva, a partir de ese momento se empezó a valorar muy positivamente el papel que juegan las PYMEs en el crecimiento económico, llegándolas a considerar como el motor fundamental del desarrollo económico y social.

Con este cambio en la conceptualización de las

pequeñas y medianas empresas, resaltando sus valores y cualidades frente a las grandes, se dio paso a la filosofía de "lo pequeño es hermoso", que encontró su máxima expresión en los países anglosajones¹.

2.- La señalada evolución en la percepción de la PYME como instrumento potenciador de la economía ha sido similar en todas las economías de los países occidentales, y el interés que ha suscitado la participación de estas empresas en el desarrollo económico ha quedado puesto de relieve en las numerosas investigaciones llevadas a cabo en la materia².

En este sentido, también en el seno de la Comunidad Económica Europea (actualmente Unión Europea) se ha justificado la necesidad de conceder una mayor atención a estas empresas en base a la importancia de las PYMEs en la

¹ Es de destacar, en este sentido, la obra de SCHUMACHER, E.F., *Small is Beautiful. A Study of Economics as if People Mattered*. Londres, 1973. En esta obra, el citado autor llega a afirmar que es incompatible con la dignidad humana, así como con una genuina eficiencia, el hecho de que la empresa exceda de una determinada dimensión.

² Entre ellas cabe citar la llevada a cabo en Gran Bretaña por el "Committee of Inquiry on Small Firms", bajo la presidencia de J.E. BOLTON en 1971; la realizada en Estados Unidos por BIRCH en 1979 (BIRCH, D.L. *The job generation process. Final Report to Economic Development Administration*); o la desarrollada en Italia, por Bagnasco, en 1977 (BAGNASCO, A. *Tre Italie. La problematica dello sviluppo italiano.*).

economía, considerándose que juegan un papel fundamental en la creación de empleo, sirviendo de "colchón" contra eventuales pérdidas de empleo en empresas mayores³.

Muestra del interés despertado por estas empresas en la esfera comunitaria es toda la actividad que se ha desarrollado acerca de las mismas, siendo objeto tanto de disposiciones comunitarias de distinto rango, como de conferencias y debates. Así, el Parlamento Europeo ya dedicó el año 1983, en virtud de una Resolución adoptada en febrero de 1982, a las Pequeñas y Medianas Empresas y a la Pequeña Industria.

Posteriormente se ha puesto de manifiesto, en reiteradas ocasiones, la importancia de ayudar a la pequeña empresa, siendo objeto de especial consideración en Informes de la Comisión, y de Recomendaciones y Decisiones del Consejo. Así cabe citar, entre otras, las Resoluciones del Consejo de 3 de noviembre de 1986 y de 27 de mayo de 1991 sobre el Programa de Acción para las PYMES; la

³ En este sentido se manifestaba FRANÇOIS CEYRAC en el discurso de acogida de la conferencia de apertura del Año Europeo de las PYMES, celebrada los días 20 y 21 de enero de 1983 en la sede del Comité Económico y Social de la Unión Europea en Bruselas, donde señalaba que la dedicación del año 1983 a la pequeña y mediana empresa se debía al reconocimiento de su importancia en la vida económica, cultural y política, así como su papel motor del relanzamiento económico y de la mejora de las condiciones de vida.

Decisión del Consejo de 7 de marzo de 1989 relativa a la mejora del entorno empresarial y al fomento del desarrollo de las empresas, en especial de las pequeñas y medianas empresas, de la Comunidad; la Recomendación del Consejo de 28 de junio de 1989, relativa a la aplicación de una política de simplificación administrativa en favor de las pequeñas y medianas empresas en los Estados miembros; o el Informe de la Comisión de 15 de mayo de 1990 sobre la repercusión de la legislación comunitaria en las empresas, en particular las PYMEs.

Semejantes disposiciones no son más que el reflejo de la política de empresa seguida por la Unión Europea, en la que, considerando que las PYMEs integran "la célula operativa básica de la Comunidad"⁴, se les presta una especial atención cuando se fijan como objetivos principales: la remoción de los obstáculos administrativos, financieros y legales que impidan la creación y desarrollo de empresas; el proporcionar información y asistencia a las empresas respecto de la política seguida por la Comunidad,

⁴ Así se señala en la comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo de 18 de diciembre de 1990 "Política empresarial: una nueva dimensión para las pequeñas y medianas empresas", -COM(90) 528 final, pág. 2-, donde se le concede semejante relevancia "tanto por su importancia respecto a la actividad económica general y al desarrollo de las regiones, como por su aportación en dinamismo, productividad, adaptabilidad e innovación".

y de las regulaciones y actividades de cada uno de los Estados miembros que pudieran afectarles; y, por último, el favorecimiento de la cooperación entre empresas de diferentes países de la Unión Europea⁵.

3.- Así pues, constituida en pilar básico del sistema productivo, la pequeña y mediana empresa ha sido, cada vez con mayor frecuencia, el objetivo de intervenciones legislativas tendentes a su protección, variando la anterior política económica basada en la potenciación de unidades productivas de gran dimensión⁶.

Esta legislación de promoción de las PYMES se ha fundamentado, en buena medida, en la apreciación de su menor capacidad económica, lo que se ha traducido en una mayor actuación en el ámbito financiero, facilitándose el acceso a las distintas medidas de financiación y reduciendo

⁵ En este sentido, "*Política empresarial: una nueva dimensión...*", cit.

⁶ Esta legislación de apoyo a las pequeñas y medianas empresas ha producido algunos efectos distorsionadores. Así, como se señala en el informe de la Comisión de las Comunidades Europeas, *Labour Law and Industrial Relations in Small and Medium-Sized Enterprises in the EEC Countries*, (Luxemburgo, 1988), mientras las dificultades crónicas y las crisis financieras que padece la PYME han forzado a muchas de ellas a cerrar, la legislación de promoción a estas empresas ha producido, por el contrario, su proliferación.

las cargas económicas que sobre ellas pudieran recaer⁷.

Pero el intervencionismo legislativo en favor de estas empresas ha incidido, asimismo, en otras áreas además de la estrictamente financiera. De este modo resulta que la apreciación de la mayor debilidad económica de las empresas de pequeñas dimensiones ha influido notablemente también en la esfera de lo laboral, de forma que muchas de las disposiciones laborales que modulan sus efectos en atención al tamaño de la empresa no tienen otra justificación que la presunta menor potencialidad económica de las empresas de tamaño más reducido.

4.- Ahora bien, en el análisis que se pretende efectuar acerca de las diferenciaciones normativas según el número de efectivos de la empresa hay que tener presente que, si bien los argumentos de apoyo a las PYMEs que se

⁷ Un reciente ejemplo del especial apoyo financiero que se concede a las PYMEs lo constituyen el Real Decreto-Ley 3/1993 de 26 de febrero (convalidado por la Resolución de 11 de marzo de 1993, B.O.E. de 13 de marzo), que contempla medidas para facilitar a las PYMEs el acceso a la financiación, así como la Ley 22/1993 de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, que crea, en el Impuesto de Sociedades, un régimen especial, bonificado, de protección a las pequeñas y medianas empresas tendente a proporcionar estímulos a la creación de nuevas PYMEs. (Sobre el particular: PALOMEQUE LOPEZ, M.C., y CABERO MORAN, E., *Todo sobre las primeras normas de reforma del mercado de trabajo*, Barcelona, 1994, págs. 101 y ss.).

acaban de exponer han servido de fundamento para la introducción de diferenciaciones en la legislación laboral según la dimensión de la empresa, siempre ha existido, desde los mismos orígenes del Derecho del Trabajo, diversificaciones normativas formuladas en atención al volumen de empleo de las empresas, y ello con objeto de establecer un equilibrio entre las distintas instituciones reguladas por el derecho laboral y el colectivo al que iban destinadas las mismas.

5.- El objeto del presente estudio es, tal y como se sugiere en el título dado al mismo, realizar un análisis de los distintos aspectos de las relaciones laborales en que pueda incidir la dimensión de la empresa, elaborando una investigación, tanto de la dimensión individual del Derecho del Trabajo como de la colectiva, desde la perspectiva de la PYME.

En concreto, esta investigación tiene por finalidad identificar y analizar las diversas disposiciones que se modulan según el volumen de efectivos de la empresa, indagando acerca de los motivos a los que atienden para ello, así como sobre la oportunidad de los criterios utilizados en tal diferenciación, de manera que, al final de la misma, se hayan reunido la mayor cantidad de datos posible a fin de efectuar una valoración global acerca de

la actuación del legislador.

6.- Para el adecuado desarrollo de esta labor ha sido necesaria una primera tarea de acercamiento, a través de diversos estudios sociológicos, a la realidad que constituyen las pequeñas y medianas empresas, examinando las características de las relaciones laborales en estas empresas así como abordando el todavía pendiente tema de su definición.

7.- Diversas han sido las dificultades encontradas en la elaboración de este trabajo. De entre ellas cabe destacar la inexistencia de un concepto genérico de PYME y el hecho de que el ordenamiento jurídico español no contenga un código de normas referidas exclusivamente a ella, lo que ha significado, por un lado, la imposibilidad de delimitar inequívocamente el objeto del estudio y, por otro, la necesidad de revisar los distintos cuerpos legales para tener constancia de las diferenciaciones que se realizan entre empresas según su tamaño.

No obstante, a pesar del obstáculo que supone no ser posible hallar una definición precisa de pequeña y mediana empresa, la importancia que tiene este fenómeno (por lo que se refiere tanto al número de empresas como al de trabajadores que implica) cualquiera que sea la definición

que se adopte, justifica un estudio acerca del mismo.

Así, para confirmar tanto la gran cantidad existente de este tipo de empresas como el importante número de trabajadores en ellas empleados, basta fijarnos en las estadísticas ofrecidas por la Comisión de las Comunidades Europeas⁸, donde se señala, en datos referidos a 1988, que el 92% de las empresas de la, entonces, Comunidad Económica Europea tenían menos de 10 trabajadores, ocupando al 29,4% de la población activa, mientras que el 7,4% de las empresas contaban entre 10 y 99 empleados, suponiendo el 25,4% del volumen total de empleo.

Por lo que se refiere al caso español, en el citado informe se apunta que el 99% de las empresas eran de menos de 100 trabajadores, las cuales daban empleo al 60% del total de trabajadores en activo, resultando de interés el predominio numérico, dentro de esta categoría, de las "micro-empresas" (empresas de menos de 10 trabajadores), que suponían por sí solas el 85,1% del total de empresas, alcanzando su participación en el empleo el 24%.

⁸ Comisión de las Comunidades Europeas, *Enterprises in Europe. Second report*, Luxemburgo, 1992.

1.- CONCEPTO DE PYME.

8.- Un estudio que tiene por objeto el examen de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales en la pequeña y mediana empresa debe partir, necesariamente, de un concepto de la misma, con el fin de poder delimitar la realidad a la que se pretende analizar. Pero la dificultad de encontrar una noción amplia y válida es, como ya se ha adelantado, grande, dado que, como señala FRANCO CARINCI⁹, la pequeña empresa "es una 'cosa' que no existe *in rerum natura*, con una acabada identidad".

En efecto, el concepto PYME es un concepto relativo, que puede variar en función del sector de actividad, del hecho de estar radicada en un país u otro, así como de la unidad que se utilice en cada caso para medir la dimensión de la empresa. Es por ello por lo que resulta difícil encontrar una definición común y general, que sirva de filtro indiscutible para separar las pequeñas y medianas empresas de las grandes. Por consiguiente, resulta innegable que la búsqueda de definiciones perfectas supondría, dada la diversidad que presenta el fenómeno PYME, una pérdida de

⁹ "Statuto dei lavoratori e piccola impresa", en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, nº 47, 1990, pág. 486.

tiempo.

A) CRITERIOS DEFINITORIOS DE LAS PYMES.

9.- Diversos han sido los criterios propuestos para delimitar aquello a lo que hemos venido a llamar pequeña y mediana empresa, pudiéndose distinguir los *criterios cualitativos* de los *criterios cuantitativos*. Entre los primeros se encuentran el grado de identificación o independencia entre propietarios y gestores, el trabajo directo del empleador y su vínculo personal con los obreros, la dirección del proceso productivo directamente por el propietario, el predominio del elemento fiduciario, el vínculo con las grandes empresas o el nivel de independencia financiera. Entre los segundos cabe citar, entre otros, el número de empleados, el volumen de negocios, el valor añadido, capital invertido, energía consumida o número de clientes.

Según se atiende a uno u otro de los criterios anteriormente expuestos, o bien considerando varios de ellos en su conjunto¹⁰, nos encontramos con gran variedad

¹⁰ Tal y como hace la Central de Balances del Banco de España, que considera una empresa *pequeña* cuando el número de trabajadores empleado en ella sea igual o inferior a 50, su activo neto sea igual o inferior a 200 millones de pesetas y su volumen de ventas no exceda de 850 millones de pesetas; y

de nociones de pequeña y mediana empresa. En realidad estas distintas nociones no son más que la consecuencia lógica del objetivo concreto perseguido por las medidas que las contienen, las cuales adoptan los índices que se estiman como más adecuados en cada caso para discriminar a unas empresas frente a otras, consiguiendo con ello que la medida prevista se aplique, con la máxima precisión posible, solamente en aquellos supuestos en que los se pretendía la intervención. De este modo cabe afirmar que el fin que se pretenda alcanzar es el que determinará, en cada caso, la definición de PYME, dependiendo por lo tanto de aquella finalidad el criterio a utilizar para medir el

mediana siempre que la plantilla exceda de los 50 trabajadores pero sea inferior a los 250, que el activo neto sea mayor a 200 millones de pesetas pero inferior a 450, y que su volumen de ventas, sobrepasando los 850 millones de pesetas, no supere los 1.750.

También el B.E.I. (Banco Europeo de Inversiones) utiliza un concepto que combina tres criterios: se considera PYME toda empresa cuya plantilla no supere los 500 trabajadores, cuyo inmovilizado neto sea inferior a 75 millones de ECUs, y en cuyo capital no haya una participación superior a un tercio de una empresa de mayores dimensiones.

Respecto de la utilización conjunta de criterios, entiende BIAGI que, si bien la definición que de PYME se obtenga en base a este método permitiría una mayor aproximación a la verdadera dimensión de la empresa, esta opción no parece la adecuada para su utilización por los textos normativos debido a su escaso carácter práctico. (BIAGI, M., *La dimensione dell'impresa nel Diritto del Lavoro*, Milán, 1978, págs. 27 y 28).

tamaño de la empresa¹¹.

10.- Tradicionalmente se ha prescindido, en todos los ámbitos, de los criterios cualitativos a la hora de proporcionar una definición de PYME puesto que, si bien tienen el mérito de indicar las características principales y usuales de las PYMEs, son poco operativos. De esta forma las definiciones de pequeña empresa se han centrado exclusivamente en los criterios cuantitativos, que han sido utilizados a modo de presunciones sobre las diferencias cualitativas que pudieran existir entre las empresas¹².

Pero ninguno de los criterios cuantitativos propuestos carece de posibles objeciones, y ello porque, como venimos insistiendo, las pequeñas y medianas empresas no constituyen una realidad homogénea. Así, por ejemplo, el número de empleados tiende a discriminar contra las empresas que utilizan técnicas muy intensivas en el factor capital, frente a las empresas intensivas en mano de obra. Además, este factor no tiene en cuenta la diferente productividad de la mano de obra.

¹¹ En este sentido se manifiesta el informe de la Caja de Ahorros de Valencia: *Una aproximación al conocimiento de la pequeña empresa* (PREVASA. Informes 75. Caja de Ahorros de Valencia. Valencia, 1976).

¹² En este sentido, BIAGI, M., *La dimensione dell'impresa...*, cit., págs. 11 y ss.

Por su parte, el criterio de los *recursos propios*, debido a las diversas técnicas contables empleadas por las empresas, al efecto de la inflación y a las políticas seguidas de ampliación de capital, tienden a desvirtuar el poder de este indicador, sucediendo algo parecido con el criterio del *valor añadido*, que también suele ser menos fiable al incorporar la subjetividad de la valoración contable.

Por último, en cuanto al *volumen de ventas*, su uso puede acarrear distorsiones en análisis globales, por cuanto las variaciones en los precios no tienen por qué coincidir en cada industria.

11.- En todo caso, lo cierto es que de todas las variables vistas, aquélla a la que se acude con más frecuencia para delimitar a las PYMES es la de la dimensión de la plantilla: la dimensión de la empresa se hace depender exclusivamente del número de trabajadores empleados en ella, sin que se tengan en cuenta otros factores que pueden tener una notoria influencia en la apreciación de su verdadera dimensión.

Muchas son las razones esgrimidas en defensa de esta decisión. Así, por ejemplo, se dice que si bien es cierto que los datos normalmente señalados como caracterizadores

de las PYMEs no son exclusivos de éstas, es verdad que se dan en mayor intensidad y de modo más generalizado en las empresas que cuentan con un reducido número de trabajadores. También se defiende esta postura alegando que se trata de uno de los pocos criterios utilizables al poder disponer de datos estadísticos con alguna generalidad siendo, asimismo, de fácil determinación; que es la variable usada en la mayoría de estudios realizados sobre las PYMEs; y, fundamentalmente, porque ha sido el parámetro adoptado por las normas de Derecho del Trabajo cuando pretenden modular su propia eficacia en función de la dimensión de la empresa.

Pero el acogimiento de la dimensión de la plantilla como único dato identificador de la PYME también ha sido criticado¹³, entendiéndose que no es la dimensión en

¹³ Así, por ejemplo, GHEZZI ha señalado que la valoración que hace el Derecho del Trabajo de la dimensión de la empresa sobre la base solamente del número de empleados se ha quedado anticuada en comparación con otras ramas del ordenamiento jurídico que utilizan criterios más generales (potencialidad económica, capital invertido, etc), viendo en la objetiva dificultad existente en la búsqueda de un indicador diverso y alternativo, la única razón que explica la continua referencia al número de trabajadores -si bien denuncia los escasos intentos serios de encontrar otros criterios-. (GHEZZI, G. "La necessità di una nuova legislazione più adeguata alle realtà economiche". *Società e Lavoro*. Simposi Interdisciplinari, 4. Bolonia, 1990, pág. 90; y "Un disegno di legge per la riforma della disciplina dei licenziamenti", *Lavoro e Diritto*, nº.2, 1987). Un intento de encontrar otros criterios lo realizó este

términos de personal ocupado el factor determinante de las características de estas empresas, sino que lo verdaderamente importante es el contexto institucional en el que la empresa se encuentra enclavada, resultando, de este modo, que el número de trabajadores no aparece siempre revelador de las diferencias que respecto de la capacidad económica entre distintas empresas puedan existir.

Y es que, como hemos visto, otros factores aparte del puramente ocupacional inciden en la configuración de las PYMES, siendo de destacar su entorno, esto es, el sector económico al que pertenece la empresa, su posición en el proceso productivo y en el mercado, así como su posición geográfica y social, que determinará el mayor o menor grado de accesibilidad a conocimientos y cualificaciones disponibles, al asesoramiento técnico y de financiación, etc.¹⁴, todo lo cual tendrá un claro reflejo en las

autor en la propuesta legislativa que presentó para modificar la regulación que el *Statuto dei Lavoratori* italiano hacía de los despidos individuales, sugiriendo la posibilidad de diversificar la normativa laboral en este punto atendiendo al volumen de negocios de la empresa y al valor de los bienes instrumentales de la empresa. Tal sugerencia no fue recogida en la Ley por la que se verificó dicha modificación normativa (Ley 108/1990 de 11 de mayo).

¹⁴ Así se señala en el prólogo al informe que lleva por título: *Las condiciones de trabajo y las pequeñas y medianas empresas. (España)*, de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo. Dublin, 1988.

relaciones laborales existentes en las mismas¹⁵.

12.- Ciertamente, parece lógico y necesario distinguir, cuanto menos, según el sector de actividad de que se trate, ya que, por ejemplo, mientras en el caso del sector industrial la línea divisoria entre las PYMEs y las grandes empresas se viene a situar en los 500 trabajadores, cuando se trata del sector servicios dicho límite viene rebajado hasta los 20 empleados. De este modo sucede que los datos dimensionales referidos a empresas del sector industrial no podrán ser comparados -por no reflejar una realidad similar- a aquellos otros en que los mismos se refieran a empresas de servicios o dedicadas a la explotación agrícola¹⁶.

¹⁵ En este sentido, AL RAINNIE, *Industrial relations in small firms. Small isn't beautiful.*, Londres, 1989, donde este dato queda puesto de manifiesto a través del análisis de la situación de pequeñas empresas textiles y de la industria de la imprenta (págs. 87 y ss.).

¹⁶ De la necesidad de distinguir según la actividad a que se dedique la empresa han sido conscientes la CEOE y la CEPYME en su Conferencia Empresarial de 1992, al distinguir según la actividad a la que se dedique la empresa en su proposición del plan de medidas de adecuación legislativa a la PYME. De esta manera se proponía que tales medidas se aplicasen a los empresarios individuales y a las empresas societarias cuyos socios personas físicas fuesen titulares de, al menos, el 80% de su capital y no superasen los 250 trabajadores, en caso de tratarse de empresas pertenecientes al sector industrial, o de 100 si fuesen empresas comerciales o de servicios.

Este hecho lo ha tenido presente, de alguna forma, el legislador italiano, quien ha fijado un número mínimo de trabajadores diverso, según la actividad empresarial, como límite a partir del cual garantizar una tutela real a los supuestos de despido sin justa causa o justificado motivo. Así, el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* establece que dicha garantía se aplicará cuando el empresario tenga a su servicio más de 15 trabajadores, reduciéndose dicha cifra a más de 5 en el caso de que se trate de empresas agrícolas¹⁷.

13.- Sin embargo no es la anterior la única cuestión que plantea la definición de las PYMES. Ahora, una vez se ha optado por los criterios cuantitativos (y dentro de ellos por el del volumen de trabajadores empleados en la empresa)

¹⁷ Sobre el establecimiento de umbrales distintos se pronunció la *Corte Costituzionale* en la sentencia nº. 152 de 19 de junio de 1975 (*Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, Parte II, 1975, págs. 321 y ss.). En esta sentencia el Alto Tribunal italiano consideró infundada la cuestión de ilegitimidad constitucional del establecimiento de un número de trabajadores distinto a los fines de la aplicación de las disposiciones contenidas en el art. 18 del *Statuto dei Lavoratori*, razonando que el motivo del diverso límite numérico radica en las diferencias organizativas y estructurales del sector agrícola, en el que, como señalan CARINCI y otros (*Diritto del Lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*. UTET, 1993, pág. 417), la relación fuerza de trabajo/capital invertido es, en general, bien distinta respecto de la que caracteriza a las empresas industriales y comerciales, pudiendo imaginarse que una empresa agrícola de discretas dimensiones emplee un número muy reducido de trabajadores.

frente a los cualitativos, el problema reside en determinar el número de trabajadores que marque la línea divisoria entre pequeña y mediana empresa, y entre esta última y la grande. Indudablemente es esta una cuestión que se puede suscitar respecto de todos y cada uno de los criterios cuantitativos, pudiéndose siempre calificar de arbitraria la elección de un umbral en lugar de otro.

Por lo que se refiere al criterio del número de trabajadores, cabe señalar que los umbrales que determinan el paso de un tipo de empresa a otro no están reconocidos de modo unánime. Así, mientras que para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (O.C.D.E.) la pequeña empresa es la que emplea menos de 20 trabajadores, y la mediana aquella que emplea entre 20 y 100, en Grecia se considera que una empresa es PYME cuando no excede de 50 trabajadores. En Francia se estima pequeña la empresa que cuenta con menos de 100 empleados y mediana aquella que tiene entre 100 y 500. En Japón las empresas son pequeñas cuando cuentan entre 1 y 99 asalariados, y medianas siempre que no alcancen los 300. Por lo que se refiere a España, se viene admitiendo que una pequeña empresa es la que cuenta con un número inferior a los 50 empleados, y que una empresa es mediana siempre y cuando no exceda de 500, si bien en esta última cifra no hay total unanimidad, rebajándose por algunos este último umbral a los 250

trabajadores.

**B) LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA EN LA NORMATIVA
COMUNITARIA.**

14.- La política empresarial seguida por la Unión Europea, en conformidad con su línea general de protección a la pequeña y mediana empresa, ha tenido muy en cuenta las diversas dificultades con que podrían encontrarse tales empresas en la creación del Mercado Unico, por lo que, con el objetivo de reducir al máximo estas dificultades, la Unión ha ido adoptando una serie de disposiciones que tratan de favorecer a las pequeñas empresas. En el desarrollo de esta política, los distintos órganos de la Unión Europea se han encontrado con el problema de la definición de las PYMEs.

La necesidad de dar una respuesta satisfactoria a esta cuestión ha motivado que, tanto la Comisión como el Consejo de la Unión Europea, hayan manifestado en repetidas ocasiones su deseo de discutirla. Como consecuencia de este interés sobre el concepto de PYME, la Comisión emitió, el 29 de abril de 1992, un informe dirigido al Consejo relativo a las definiciones de las pequeñas y medianas empresas que son empleadas en el marco de las acciones comunitarias. En dicho informe la Comisión enfatizó, entre

otras cosas, la necesidad de una aproximación flexible a la tarea de la definición de las PYMEs, de manera que no se busque una definición única, sino que se establezcan diferentes nociones según el objetivo que se pretenda, ya que una definición de PYME sólo tiene sentido, según la Comisión, en el contexto de una medida específica para la cual se considera necesario separar una categoría de empresas de otras por razón de sus tamaños¹⁸.

15.- En el tema de la definición de las pequeñas y medianas empresas, la cuestión de la selección de los concretos criterios en base a los cuales deberán formularse las múltiples definiciones de pequeña y mediana empresa, es de una importancia evidente, siendo necesaria una meditada selección, a fin de que se acojan criterios que permitan actuar allí donde la dimensión de la empresa constituya una variable discriminatoria importante, de modo que se opte por aquél o aquellos que permitan ajustarse al máximo a la verdadera dimensión de la empresa.

Sobre este punto la Comisión ha señalado, en el mencionado informe, la necesidad de que a la hora de

¹⁸ Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo "On the definitions of small and medium-sized enterprises (SMEs) used in the context of Community activities". Bruselas, 29 de abril de 1992, pág. 2. Comisión de las Comunidades Europeas, SEC(92) 351 final.

formular las distintas definiciones se atiende, en la medida de lo posible, a una noción que juegue con una combinación de criterios, puesto que con ello se logra una aproximación a los diferentes aspectos de la empresa que de otro modo, -utilizando un único criterio-, no se lograría, en vista de las carencias que presenta cada uno de tales criterios por separado. En concreto recomienda que la elaboración del concepto de PYME se haga a partir del número de personas empleadas, volumen de negocios, balance, e independencia de la empresa.

A la anterior recomendación responde la definición que hizo la propia Comisión en el informe, de 20 de mayo de 1992¹⁹, acerca de las líneas a seguir en las ayudas a las PYMES, en el que se dice que son pequeñas y medianas empresas aquellas que, siendo independientes, tienen menos de 250 empleados y cuentan, o bien con un volumen de negocios que no supere los 20 millones de ECUs, o bien con un balance total que no supere los 10 millones de ECUs, considerándose que las empresas son independientes siempre que estén controladas en menos de un 25% por empresas que no satisfagan las referidas condiciones. Para el caso de las pequeñas empresas los umbrales que se señalan son: un volumen de empleo de hasta 50 trabajadores, un volumen de

¹⁹ SEC(92) 993.

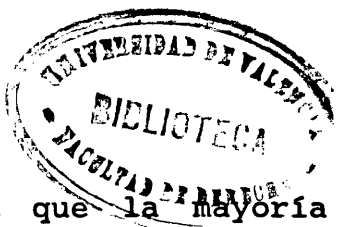
negocios de menos de 5 millones de ECUs, y un balance total de menos de 2 millones de ECUs.

Pero la referida definición no es más que una de las muchas que cabe encontrar en las normas de la Unión Europea. Y es que, en definitiva, la legislación comunitaria, al igual que los ordenamientos internos de los distintos países miembros, contempla una amplia gama de nociones de PYME, basadas en unos criterios u otros según la finalidad perseguida en cada ocasión.

16.- Es de destacar, sin embargo, que a nivel comunitario la elección del parámetro que permita aplicar una normativa diferenciada según la dimensión de la empresa resulta más complicada, puesto que a la propia heterogeneidad de las PYMEs dentro de cada país debe añadirse la enorme diferencia existente entre los distintos Estados miembros derivada del carácter poco uniforme que presentan sus tejidos industriales.

Resulta así que, para la consecución de un mismo objetivo, una definición podría ser válida para unos países pudiendo no serlo para otros²⁰. Este hecho puede ser

²⁰ Baste recordar, para ratificar este hecho, la gran diferencia en la fijación de los umbrales que sirven para delimitar a las PYMEs en los distintos países comunitarios, diferencia que encuentra su explicación en el dispar contexto



considerado como el motivo de que la mayoría de los umbrales señalados en las disposiciones comunitarias han de tenerse como umbrales "máximos", pudiendo ser rebajados por los distintos países al objeto de que la medida en cuestión alcance plenamente su objetivo sin sobrepasarlo.

Por esta misma causa la Unión Europea se ha encontrado, además, con la necesidad de recabar el mayor número de datos estadísticos posible, a fin de aproximarse a la situación de la estructura socioeconómica de los distintos Estados que la integran. Sobre este tema se ha hecho hincapié en reiteradas ocasiones, encargándose diversos estudios al respecto en los que se ha venido tomando información de las distintas empresas en base, principalmente, al número de trabajadores empleado en ellas, si bien tampoco son escasas las estadísticas que han seguido criterios económicos para la recogida de información²¹.

industrial de cada país.

²¹ Como ejemplo de la creciente preocupación por atender a otros criterios aparte del típico de volumen de empleo, puede citarse el segundo informe de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el tamaño de las empresas de la Unión Europea (*Enterprises in Europe. Second report, cit.*), donde, junto al criterio del número de trabajadores, se utilizan los de volumen de negocios y de valor añadido, en contraste con el primer informe al respecto (*Enterprises in the European Community, Luxemburgo, 1990*), en el que se contiene una detallada información sobre la dimensión de las empresas basada en el

17.- En lo relativo a la legislación laboral no son muchas las normas que modalizan sus efectos en atención a la dimensión de la empresa. No obstante, y frente a la opinión de la Comisión de que ninguna Directiva adoptada en el terreno de lo social utiliza criterios de dimensión para excluir a las empresas más pequeñas de sus objetivos²², cabría señalar algún ejemplo, como el que constituye la Directiva 129/75 sobre armonización de las legislaciones en materia de despidos colectivos²³, que excluye de su ámbito de aplicación a las empresas de menos de 20 trabajadores²⁴.

número de trabajadores por ellas empleados.

²² Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo "On the definitions of small and medium-sized enterprises ...", cit., pág. 21.

²³ Vid. *infra* apartado dedicado a la Directiva 129/75.

²⁴ Junto a este ejemplo puede hacerse mención de todas aquellas disposiciones comunitarias en las que se reconoce la posibilidad de que los Estados miembros limiten la aplicación de las mismas respecto de aquellas empresas que no cuenten con un relevante número de trabajadores, como es el caso del artículo 6.4 de la Directiva de 14 de febrero de 1977, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, que permite que los distintos Estados limiten la aplicación de las obligaciones contempladas en los tres primeros apartados de este precepto (obligaciones de información y consulta), a aquellas "empresas o centros de actividad que cumplan, en lo que respecta al número de trabajadores empleados, las condiciones para la elección o la designación de un órgano colegial que represente a los trabajadores", con lo que se materializa un régimen distinto para las empresas según su dimensión.

Sobre el particular es de interés resaltar que la normativa laboral comunitaria, cuando debe discriminar según el tamaño de empresas, sólo toma en cuenta el número de trabajadores empleado, habiéndose considerado, en términos generales, que el umbral máximo para separar a las PYMEs de las grandes es el de 500 trabajadores²⁵, ya que dicho umbral, si bien no es excesivamente selectivo²⁶, se justifica, según señala la Comisión, en el contexto de ciertos instrumentos comunitarios por la naturaleza de las medidas o sectores afectados²⁷, estimándose que las empresas con un volumen de empleo superior a dicho umbral tienen unas características relativamente homogéneas en términos de gestión empresarial, capacidad financiera, recursos humanos, técnicos a su disposición, etc.

²⁵ Conviene recordar que, al tener el umbral de los 500 trabajadores carácter de máximo, resulta posible que en las concretas disposiciones que tengan por objetivo a las PYMEs se señale un número de trabajadores inferior, no pudiéndose fijar en ningún caso un número superior.

²⁶ El 99,9% de las empresas de la Unión Europea emplean a menos de 500 trabajadores, según se desprende del informe de la Comisión "*Enterprises in Europe. Second report*", cit.

²⁷ Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo "*On the definitions of small and medium-sized enterprises ...*", cit., pág. 12.

C) EL CONCEPTO DE PYME EN LA LEGISLACIÓN LABORAL ESPAÑOLA.

18.- En la normativa laboral española no se encuentra definición alguna de pequeña y mediana empresa²⁸, lo que es comprensible puesto que no existe un derecho laboral específico de las pequeñas y medianas empresas. Lo que hace el legislador es tomar en consideración el número de trabajadores de la empresa cuando se trata de regular ciertos derechos y obligaciones, excluyendo o limitando la aplicación de algunas normas según el tamaño de la empresa a la que se deban aplicar.

Es, por lo tanto, de este modo, como el ordenamiento laboral reconoce la existencia de realidades diferenciadas, tomando en cuenta el factor ocupacional para diversificar

²⁸ No es este un dato que se produzca en la normativa española con carácter exclusivo sino que, como pone de relieve el informe de la Comisión de las Comunidades Europeas, *Labour Law and Industrial Relations in Small and Medium-Sized Enterprises in the ECC Countries*, cit., (pág. 6), si bien todos los países de la Unión Europea poseen un concepto empírico de PYMES, ninguno tiene un concepto legal a efectos del derecho laboral.

No obstante, el *Codice Civile* italiano sí que contiene una referencia a lo que son pequeños empresarios. Dentro del Libro V de este cuerpo legal ("Del trabajo"), el art. 2083 identifica a éstos con aquellos sujetos que desarrollan determinadas actividades, de entre las que destaca, por su posterior definición por la Ley nº. 443 de 8 de agosto de 1985, las empresas artesanales.

su régimen jurídico, lo que constituye un claro ejemplo de la desmedida tendencia del legislador a simplificar, aun a costa de falsificar²⁹.

Así pues, y a pesar de todos los inconvenientes señalados, la normativa española tiene en cuenta el factor de la dimensión de la plantilla, casi con carácter exclusivo³⁰, para delimitar el ámbito de aplicación de ciertas normas y atemperar la aplicación de otras.

19.- Una cuestión respecto de la cual es interesante ahora detenerse, aunque sea brevemente, es la de las motivaciones a las que obedece esta diversificación de la legislación aplicable en virtud de la dimensión de la

²⁹ Así lo denuncia ROMAGNOLI, U., "Due leggi, due commenti. Piccole imprese e grandi traumi", *Lavoro e Diritto*, nº.4, 1990, pág. 523.

³⁰ Solamente de forma muy puntual es posible encontrar, en las distintas disposiciones, referencias a otros criterios que impliquen más directamente la situación económica de la empresa. Sucede así, por ejemplo, en los artículos 36 de la L.I.S.O.S. y en el ya derogado -por la ley 11/1994 de 19 de mayo-, 282 de la L.P.L. Mientras que en el primero de ellos se hace referencia, como factor a tener en cuenta a la hora de graduar las sanciones, a la cifra de negocios de la empresa; en el segundo se aludía, junto a la dimensión de la empresa, a la situación económica de la misma como una más de las circunstancias a las que debía atender el juez a la hora de imponer la sanción económica al empresario prevista, en este precepto, para los supuestos en que, ante un despido nulo, no se hiciese efectiva la readmisión del trabajador.

empresa, así como sobre la idoneidad y adecuación a las mismas por parte del criterio escogido por el operador normativo para llevar a término dicha modalización.

En este sentido es de señalar que las justificaciones a las que responde la opción del legislador son, fundamentalmente, de dos órdenes: una de carácter económico, y otra que podríamos calificar como de carácter jurídico³¹.

Respecto de la primera de ellas, cabe apuntar que el legislador ha diversificado la regulación de determinadas materias según el tamaño de la empresa, al presumirse una menor capacidad económica cuanto menor sea la dimensión de la empresa en términos de volumen de empleo. Así resulta que cuestiones como, por ejemplo, el pago a cargo del Fondo de Garantía Salarial del 40% de la indemnización que legalmente corresponda a los trabajadores que hayan visto extinguido su contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas, queda limitado a las empresas de menos de 25 trabajadores, por entender el legislador que estas empresas requieren una especial tutela para no ver excesivamente perjudicada su viabilidad al hacer frente a determinadas

³¹ En este sentido, SACHS, C. "Les seuils d'effectifs: une problématique en évolution?", *Droit Social*, nº. 7/8, 1983, págs. 473 y ss.

obligaciones económicas de cierta consideración, como es el caso de la que aquí se hace mención.

Frente a estos supuestos, -en los que el legislador ha pretendido, como fin último, tutelar el interés público al mantenimiento del empleo, a costa de reducir aquellos gravámenes que pudieran poner en peligro la continuidad de la organización productiva-, se encuentran aquellos en los que el objetivo perseguido no ha sido otro que el de la lógica adecuación de determinadas instituciones a la dimensión de la empresa. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando el número de representantes de los trabajadores se hace depender de las dimensiones del ámbito dentro del que éstos deben realizar sus funciones.

Es en este segundo sentido cuando se puede hablar del carácter jurídico que reviste la motivación del sometimiento de las empresas a un régimen diferente en función de su tamaño.

20.- Estas dos motivaciones pueden ser valoradas de forma diversa. Así, de una parte, por lo que se refiere a la justificación de orden económico, cabe formular una serie de críticas derivadas, en primer término, de la inadecuación del Derecho del Trabajo como instrumento

económico³², al desvirtuarse con ello su genuina finalidad, esto es, la tutela de la parte contractual más débil; y, en segundo, consecuencia de la relativa incoherencia de la utilización del criterio del número de trabajadores de la empresa como exponente de su capacidad económica³³.

Y es que, frente al punto de partida consistente en la correspondencia que se ha venido atribuyendo entre el número de trabajadores empleados por la empresa y su potencia o debilidad económica, se han alzado voces en contra que critican la identificación entre ambos factores.

Quienes así opinan, consideran que en un contexto tecnológico como el actualmente existente (que ha permitido a las empresas reducir la intensidad de mano de obra ocupada manteniendo, e incluso mejorando, los niveles

³² Quienes así lo entienden, como C. SACHS (*op. cit.*), afirman que las cargas de carácter económico que la legislación laboral puede hacer recaer sobre las empresas deben quedar cubiertas a través de otras vías -financiación estatal a las empresas que acrediten no poder soportar semejantes obligaciones; financiación a través de un fondo interempresarial, etc.-, sin que la menor potencialidad económica de la empresa justifique una aminoración en el nivel de derechos de los trabajadores.

³³ En este sentido, LOPEZ GANDIA, J., "La dimensión de la empresa y el Derecho del Trabajo. (Notas para un estudio)". *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho*. Tomo I. Universidad de Valencia. 1984. Pág. 521.

económicos de la empresa), y en un momento donde priman las tendencias descentralizadoras de las grandes empresas, que motivan la aparición de fenómenos como el de los llamados grupos de empresa (en cuya virtud, a pesar de que varias empresas se presentan como realidades distintas e independientes, conforman una misma unidad económica), no es posible seguir manteniendo la equiparación entre el volumen de empleo de la empresa y su potencialidad económica³⁴.

Desde estos sectores se reprocha que la legislación no tome en cuenta otros factores además del puramente dimensional en términos de volumen de empleo, puesto que ello impide un acercamiento preciso a la realidad de la empresa.

21.- Por otra parte, respecto a la justificación de carácter jurídico, no parece que ésta deba ser objeto de crítica en tanto en cuanto mantenga una equivalencia entre los derechos de los trabajadores empleados en colectivos de

³⁴ En este sentido, GAROFALO, M.G., "La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni", en *Rivista Giuridica del Lavoro*, nº. 3/4, 1990, pág. 182. Según este autor, y aun en el supuesto de admitir que las diferencias de capacidad económica puedan justificar diferentes grados de tutela contra los despidos, el número de trabajadores es un índice que proporciona una visión falsa de la realidad, especialmente tras las innovaciones tecnológicas del último decenio.

dimensión diferente, de manera que, en su virtud, lo único que se haga sea adecuar los distintos derechos a los diversos niveles de ocupación, sin que se llegue a la eliminación completa de tales derechos en algunas empresas, puesto que ello avocaría a una discriminación entre los trabajadores según el tamaño de la empresa para la que trabajasen.

22.- No obstante, la valoración de las distintas disposiciones que consideran el volumen de trabajadores ocupados no es siempre tarea sencilla. Se debe ello a que, a pesar de la clara diferencia que se puede establecer entre los motivos que han llevado al legislador a diferenciar el régimen jurídico aplicable en virtud del parámetro del número de trabajadores, esta doble motivación puede aparecer, conjuntamente, en un mismo instituto.

Resulta así que, siguiendo el ejemplo de los órganos de representación de personal, si bien es cierto que, como se ha señalado, el número de representantes de trabajadores se hace depender del número de efectivos a los que tienen que representar para mantener una proporcionalidad entre estos dos parámetros, no hay que olvidár⁴ que también existe en este supuesto, al igual que en otros, una clara motivación de índole económica, que en el caso concreto a que aquí se hace referencia no es otra que la consistente en evitar las

cargas económicas que se derivan de los derechos reconocidos a tales representantes (fundamentalmente, el crédito de horas para el ejercicio de su función).

23.- En último término, sobre esta cuestión habría que añadir que, junto a las señaladas, cabría identificar otras razones a las que obedece una especial atención del legislador a las empresas de pequeñas dimensiones, como, por ejemplo, los menores recursos administrativos con que pueden llegar a contar estas empresas, (lo cual justificaba la simplificación, existente hasta la reforma introducida por la ley 11/1994, respecto de los documentos exigidos en la tramitación del expediente de regulación de empleo regulado en el art. 51 del E.T.); o la necesidad de conservar un buen clima de trabajo en estas empresas, en las que el contacto entre los agentes sociales es más estrecho y, por consiguiente, donde las relaciones personales entre trabajador y empresario constituyen un elemento fundamental para el buen funcionamiento de la empresa.

En este último sentido es posible referirse a la opción, acogida por algunos ordenamientos, de matizar el derecho de los trabajadores despedidos a recuperar su puesto de trabajo en aquellos supuestos en que se vean implicadas pequeñas empresas. Así sucede en el Reino Unido, donde los

tribunales han considerado oportuno condenar al empresario a la readmisión obligatoria de un trabajador improcedentemente despedido, únicamente cuando esta medida no vaya a ocasionar conflictos sociales en el seno de la empresa (lo cual es más fácil que ocurra en las de pequeñas dimensiones), sustituyendo esta medida por una indemnización en el resto de los casos³⁵.

Algo similar ocurre en Italia, donde el ámbito de aplicación del artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori* (que contempla una tutela real al despido del trabajador sin justa causa o justificado motivo), queda limitado a aquellas unidades productivas (sede, establecimiento, filial, oficina) de empresas que ocupen más de 15 empleados (más de 5 para el caso de empresas agrícolas)³⁶, siendo la razón de ser de esta medida, no ya la apreciación de la menor potencialidad económica de la empresa (que quedaría

³⁵ En esta línea cabe citar las sentencias *Enessy Co. S.A. T/A The Tulchan Estate v. Minoprio and Minoprio*, y también *Bateman v. British Leyland UK Ltd.*, (ambas en *Industrial Relations Labour Reports*, -1978, pág. 489, y 1974, pág. 101, respectivamente-).

³⁶ Asimismo tales disposiciones se aplican a aquellos empresarios que ocupen, en el mismo municipio, más de 15 trabajadores (5 en el caso de empresas agrícolas) aunque en cada una de las unidades productivas no se alcance dicho límite. También se aplican, tras la modificación que ha sufrido este precepto en virtud a la Ley 108/1990, en los casos en que el empresario ocupe más de 60 trabajadores.

desnaturalizada por esa visión fraccionada de la misma), sino la preocupación del legislador de no imponer al empresario la obligación de restituir al trabajador en su puesto de trabajo allí donde exista un estrecho contacto entre éste y el empresario o su representante, por lo que una medida de este tipo podría ser origen de tensiones y conflictos³⁷.

Por lo demás, y en relación a nuestro propio

³⁷ En este sentido, CARINCI y otros, *Diritto del Lavoro*, cit., pág. 414, quienes, al considerar que la referencia a la unidad productiva que realiza el art. 18 está inspirada en la necesidad de evitar situaciones de tensión entre el trabajador y el empresario o su representante, estiman necesario que en ese ámbito exista un sujeto que represente los intereses del empresario, con poderes jerárquicos y de gestión del personal (op. cit., págs. 417 y 418).

También la Corte Costituzionale había mantenido, con anterioridad a la modificación que de este precepto se ha efectuado con la ley 108/1990, que la necesidad de evitar situaciones de tensión era el principal argumento para justificar la diferencia de tratamiento que de las reglas del art. 18 pudieran derivarse para los trabajadores, (así, entre otras, en las sentencias nº. 55 de 6 de marzo de 1974, en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1974, Parte II, págs. 22 y ss.; nº. 152 de 19 de junio de 1975 (cit.); y la nº. 2 de 14 de enero de 1986, en *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1986, Parte I, págs. 230 y ss.). Sin embargo parte de la doctrina italiana, ante las innovaciones introducidas en 1990, ha considerado que semejante justificación ya no es válida por cuanto ahora la tutela real se aplica igualmente, aun cuando la unidad productiva no alcance los 16 empleados, siempre que la empresa tenga más de 60 trabajadores (en este sentido, GAROFALO, M.G., "La nuova disciplina...", cit., págs. 182 y 183). Algunas consideraciones sobre el particular las realiza ROMEI, R., *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, nº. 1/2, 1991, págs. 139 y ss.

ordenamiento, ésta parece haber sido la justificación para introducir, en la reciente reforma de ciertos preceptos del Estatuto, una modificación del artículo 14 del E.T. relativo al período de prueba, en la que se establece un período de prueba máximo de tres meses para los trabajadores de empresas de menos de 25 trabajadores que no sean técnicos titulados (frente a los dos meses previsto con carácter general para este tipo de personal)³⁸.

24.- En todo caso, este último argumento en favor de una legislación diferenciada según la dimensión de la empresa no siempre es válido.

Así lo entendió el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su decisión de 8 de noviembre de 1983³⁹, en la que se sometía al juicio del Alto Tribunal la adecuación o no de la normativa británica a la Directiva 76/207 de 9 de febrero de 1976⁴⁰ relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo concerniente al empleo, a la formación y promoción

³⁸ A esta conclusión cabe llegar en base a lo expuesto en la *Memoria del Anteproyecto de Ley por el que se Modifican Determinados Artículos del Estatuto de los Trabajadores*, pág. 9.

³⁹ Caso 165/82, "La Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte".

⁴⁰ D.O. L. 39/40 de 14 de febrero de 1976.

profesionales y a las condiciones de trabajo.

El problema lo planteaba la *Sex Discrimination Act* de 1975 al excluir de la protección contra la discriminación por razón de sexo a aquellas empresas que no ocuparan más de 5 trabajadores⁴¹.

Las razones alegadas por el representante del Reino Unido para mantener la exclusión de la normativa relativa a la no discriminación por razón de sexo en estas empresas versaban, precisamente, sobre las relaciones personales estrechas que a menudo existen en las mismas entre trabajador y empresario, en cuya virtud éstos últimos podrían preferir contratar trabajadores del mismo sexo (como, por ejemplo, podría ser el caso de propietarios o encargados de negocios de edad avanzada). Por lo demás, defendía la adecuación de esta previsión normativa a lo establecido en la Directiva 76/207 en razón de la previsión que ésta contiene en su art. 2.2, en cuya virtud se permite a los Estados miembros excluir su aplicación en base a dos motivos independientes: la naturaleza de las actividades y el contexto en el que las mismas se desempeñan.

⁴¹ Si bien no era este el único motivo por el que se denunciaba al Reino Unido, es el único que aquí interesa analizar.

De forma distinta lo entendía la Comisión, quien consideraba que lo que el art. 2.2 de la citada Directiva permite es la exclusión de determinadas actividades (aquellas en virtud de cuya naturaleza o de las condiciones de su ejercicio, el sexo del trabajador constituye un factor determinante), sin que quepan excepciones generales.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió la cuestión dando la razón a la Comisión al estimar que no se había logrado demostrar que, en todas las empresas de menos de 5 trabajadores, el sexo del trabajador pudiera constituir un factor determinante por razón de la naturaleza de sus actividades o de las condiciones en que éstas se ejecutan, entendiendo que la excepción prevista en la *Sex Discrimination Act* iba más allá, por razón de su generalidad, del objetivo perseguido por lo dispuesto en el art. 2.2 de la Directiva⁴².

a) LOS PRINCIPALES UMBRALES EXISTENTES EN LA NORMATIVA LABORAL.

25.- En nuestro derecho positivo podemos encontrar, por

⁴² A consecuencia de esta condena, el Reino Unido derogó el artículo 6.3 de la *Sex Discrimination Act* con efectos desde el 7 de febrero de 1987.

tanto, diversos umbrales⁴³, determinados por el número de trabajadores empleados, que van a suponer un cambio en el régimen jurídico aplicable⁴⁴. En líneas generales, podemos señalar los siguientes umbrales:

1º).- *Empresas con plantillas inferiores a 6 trabajadores.* En ellas no cabe la representación unitaria de los trabajadores, limitándose la representación de los intereses de éstos a la presencia de los sindicatos en la empresa, lo cual, dado el escaso índice de sindicación, supone que en un gran número de empresas no exista ningún órgano de defensa de los derechos de los trabajadores.

De este modo en semejantes empresas no existe un mínimo control por parte de los representantes de los trabajadores de la posible arbitrariedad o injustificación de las decisiones adoptadas por el empresario.

⁴³ Estos son definidos por CORINNE SACHS ("Les seuils d'effectifs...", *cit.*, pág. 473), como aquella condición numérica, superior a uno, relativa a los trabajadores o a una categoría de trabajadores que pertenezcan a una colectividad profesional, de la cual depende la modificación, inmediata o diferida, del derecho aplicable.

⁴⁴ Al respecto, conviene advertir de la importante repercusión que la Ley 11/1994 ha tenido sobre tales umbrales, introduciendo algunos nuevos, y alterando la trascendencia de otros.

Por lo demás, estas empresas no tendrán en ningún caso que seguir, tras la reforma introducida por la Ley 11/1994, el procedimiento previsto en el art. 51 del E.T. para realizar despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; ni se verán obligadas a mantener consultas con los trabajadores previamente a la adopción de la decisión de traslado (art. 40.2 E.T.).

2º).- *Empresas de menos de 10 trabajadores.* En ellas, y siempre que cuenten con un volumen de efectivos mínimo de 6 empleados, los trabajadores tienen reconocido el derecho a contar con representantes, si bien para ello es necesario que así lo decidan por mayoría⁴⁵.

Además, dados los umbrales acogidos por el legislador en la reciente reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, las empresas con un volumen de empleo inferior a los diez trabajadores no se verán condicionadas por la necesidad de abrir un período de

⁴⁵ En este sentido cabe recordar que el artículo 62 del E.T., si bien limita la obligación de que la empresa cuente con Delegados de Personal a aquellas que tengan menos de 50 y más de 10 trabajadores, posibilita la existencia de los mismos en aquellas empresas o centros que agrupen, como mínimo, a seis trabajadores, siempre que así lo decidan éstos por mayoría.

consultas con los representantes de los trabajadores para efectuar modificaciones funcionales y de horario de trabajo, traslados, o despidos colectivos (en los dos últimos casos, salvo si la medida afecta a la totalidad de los efectivos de la empresa, y ésta ocupa a más de 5 trabajadores).

3º).- *Empresas de menos de 25 trabajadores.* Para ellas el Estatuto de los Trabajadores prevé, en su artículo 33.8, un abaratamiento de los costes de una eventual reestructuración de la empresa, al disponer que el Fondo de Garantía Salarial abone, cuando la empresa reúna este requisito, el 40% de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación se haya extinguido como consecuencia de un expediente de regulación de empleo.

Con esta medida se permite, pues, que el empresario adapte su explotación a las exigencias tecnológicas y de mercado con un coste menor.

4º).- *Empresas de menos de 50 trabajadores.* Hasta la Ley 11/1994, estas empresas gozaban de una mayor flexibilidad a la hora de extinguir la relación laboral, al contemplarse, en el Estatuto de los

Trabajadores, una modalidad de extinción del contrato de trabajo exclusiva para las empresas que no superasen esta dimensión de plantilla (la extinción del contrato por causas objetivas cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado, regulada en el art. 52.c) del E.T.), así como la menor exigencia de requisitos exigidos (no era necesario el informe del censor jurado de cuentas a presentar ante la Autoridad laboral, a los efectos de obtener su autorización, en el supuesto de que en las consultas con los representantes de los trabajadores no se hubiera logrado un acuerdo), y una reducción de los plazos y de la documentación justificativa, en el procedimiento a seguir para las extinciones por causas económicas, tecnológicas y fuerza mayor (si bien de esta última ventaja se beneficiaban también las empresas con un volumen de empleo de 50 trabajadores), -apartados 5º y 13º del artículo 51 del E.T.-.

Con el actual régimen de los despidos colectivos, también son estas empresas las que se benefician de ciertas facilidades en la tramitación del expediente de regulación de empleo que va a dar lugar a la extinción de los contratos por las causas previstas en el art. 51.

Resulta de este modo que, en las empresas de menos de 50 trabajadores, el período de consultas con los representantes de los trabajadores queda reducido a 15 días. Además, en estas empresas, el empresario no se ve obligado a presentar, junto con la documentación iniciadora del expediente, un plan en el que se prevean medidas para atenuar las consecuencias negativas que puedan resultar para los trabajadores.

Por otra parte, y por lo que se refiere a la representación unitaria de los trabajadores, las empresas de menos de 50 trabajadores sólo pueden contar con Delegados de Personal (1 en las empresas de hasta 30 trabajadores, tres en aquellas de 31 a 49), quedando reservada la posibilidad de constituir Comités de Empresa a aquéllas de plantilla superior a los 50 empleados.

5º).- *Empresas de 50 o más trabajadores.* El límite de 50 empleados ha sido señalado con carácter general como el diferenciador entre lo que constituye pequeña y mediana empresa, pudiendo decirse que también éste ha sido el criterio seguido por el legislador laboral, puesto que, superado este umbral, el empresario no sólo pierde las ventajas que en materia de extinción se acaban de señalar, sino que,

además, las cargas que debe soportar son mayores⁴⁶.

Resulta de este modo que tales empresas vienen obligadas a contar con ciertas instalaciones de carácter asistencial para los trabajadores⁴⁷, así como a contratar a un determinado número de trabajadores minusválidos⁴⁸, limitándose con ello la libertad empresarial de contratación.

6º).- *Empresas de más de 100 trabajadores.* Estas empresas soportan algunas obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo, como son las de constituir Comités de Seguridad e Higiene y la de establecer Servicios Médicos de Empresa de modo

⁴⁶ Ciertamente esta afirmación ha quedado un tanto desvirtuada con la aparición de la Ley 11/1994, al suprimirse con ella la causa de extinción de los contratos de carácter exclusivo para las empresas de menos de 50 trabajadores, esto es, la prevista anteriormente en el art. 52.c) del E.T.

⁴⁷ En este sentido, el Decreto de 8 de junio de 1938 (B.O.E. de 11 de junio), obliga a las empresas de 50 o más trabajadores a dotar a sus trabajadores de comedores, a fin de que puedan realizar sus comidas en común, beneficiándose de la economía que para ellos supone contar con este tipo de instalaciones.

⁴⁸ Es el art. 38.1 de la Ley 7 de abril de 1982 (B.O.E. de 30 de abril), el que establece, para todas aquellas empresas que cuenten con más de 50 trabajadores fijos, la obligación de contratar un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2% de la plantilla.

mancomunado⁴⁹ con otras empresas que estuvieran en análogas condiciones⁵⁰.

7º).- *Empresas con un número de trabajadores superior a 250.* El umbral de los 250 trabajadores es otro de los que marcan diferencias notables en cuanto al nivel de exigencias que recaen sobre el empresario, de modo que si se ha dicho que el de 50 trabajadores puede considerarse como la frontera entre la pequeña y la mediana empresa en el ámbito laboral, podría mantenerse que el de los 250 supone el paso de la mediana a la grande.

Entre otras, cabe citar las siguientes cargas

⁴⁹ Sólo cuando la empresa reúna a más de 1.000 trabajadores, la constitución de dichos Servicios deberá hacerse por una sola empresa, sin posibilidad de compartirlos con otras (art. 2 del D. 1036/59 de 10 de junio).

⁵⁰ En este apartado hay que recordar que también puede resultar obligatoria la constitución de estos Servicios Médicos y la de los Comités de Seguridad e Higiene, si bien de modo excepcional, para las empresas de menos de 100 trabajadores, cuando así lo imponga el Ministerio de Trabajo atendiendo a que su actividad pueda motivar riesgo específico grande para los trabajadores debido a la toxicidad o peligrosidad de los trabajos o productos que se utilicen. (Todo ello se deriva de la regulación que sobre los Servicios Médicos de Empresa contienen el Decreto 1036/1959 de 10 de junio -B.O.E. del 22-, y la O.M. de 21 de noviembre de 1959 -B.O.E. del 27- y, en relación al Comité de Seguridad e Higiene, el D. 423/1971 de 11 de marzo, -B.O.E. del 16 del mismo mes-).

empresariales: en las empresas o centros de trabajo de más de 250 empleados, las Secciones Sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los Comités de Empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas o cuenten con Delegados de Personal, tendrán derecho a la utilización de un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades (art. 8.2.c) de la L.O.L.S.).

Además, en los supuestos en que la empresa ocupe más de 250 empleados, independientemente de la clase de su contrato, las Secciones Sindicales con presencia en los Comités de Empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones Públicas, estarán representadas por Delegados Sindicales, lo que, dadas sus competencias y derechos, supone, de un lado, un mayor control en el cumplimiento de la legislación laboral (con la correspondiente contrapartida de menor libertad de actuación empresarial), y, de otro lado, un mayor coste económico para el empresario que, entre otras cosas, vendrá obligado, en virtud de lo establecido en el artículo 10.3 de la L.O.L.S., a concederles un crédito de horas retribuidas para el ejercicio de la

actividad sindical⁵¹.

8º).- *Empresas con plantilla superior a 500 trabajadores.* En ellas los empresarios soportan ciertas obligaciones de contenido asistencial en beneficio de sus trabajadores. Entre otras cabe citar la obligación, impuesta por el art. 2 del Decreto de 21 de marzo de 1958 (B.O.E. del 15 de abril), de establecer economatos⁵².

9º).- Junto a los anteriores umbrales señalados, hay que hacer mención a la relevancia que han adquirido, con la Ley por la que se modifican

⁵¹ Sobre este derecho de los Delegados Sindicales quizá sería conveniente recordar que, a pesar de que el art. 10.3 de la L.O.L.S. señala que los Delegados Sindicales tendrán las mismas "garantías" que las establecidas para los Comités de Empresa, y si bien el derecho al crédito de horas se trata más bien de una prerrogativa que de una garantía, la doctrina ha considerado que también se les debe reconocer a los Delegados Sindicales, ya que, entre otras cosas, también el Estatuto incluye en la enumeración de tales garantías (art. 68), como una más, el crédito de horas. (En este sentido se manifiesta, entre otros, CRUZ VILLALON, J. en "El reconocimiento legal de la representación y la acción sindicales en la empresa", *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*, Técno, 1986. Págs. 279 y ss.).

⁵² Dicha obligación vino matizada en sentido restrictivo por el Decreto 762/79 de 4 de abril, según el cual la obligación de establecer un economato laboral queda solamente, por lo que se refiere a las empresas de nueva constitución, para aquellas cuyos centros de trabajo estén ubicados en términos municipales de menos de 30.000 habitantes.

determinados artículos del E.T. y de la L.P.L. (Ley 11/1994), tres nuevos umbrales utilizados sistemáticamente en temas tan trascendentes como la movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y los despidos colectivos: menos de 100 trabajadores; entre 100 y 300; y 300 o más trabajadores. Dichos límites han sido identificados por DEL REY GUANTER como "*el principal punto de referencia en nuestro Ordenamiento a efectos de la distinción entre pequeña, mediana y gran empresa*"⁵³.

26.- La existencia de estos umbrales ha sido criticada en reiteradas ocasiones por distintos motivos. Unas veces argumentando que la presencia de los mismos supone otros tantos muros que frenan la contratación de trabajadores, afirmándose que las empresas son reacias a sobrepasar el límite que supone el salto de categoría, lo que conllevará unas mayores obligaciones y la pérdida de determinados

⁵³ DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*. Ponencia presentada al V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Pamplona los días 27 y 28 de mayo de 1994 (pág. 21).

privilegios⁵⁴.

En otros casos ha sido objeto de reproche la arbitrariedad en la fijación de estos umbrales y el que en ocasiones se refieran únicamente a trabajadores fijos, con lo que se está ofreciendo la posibilidad de que se aprovechen de las medidas de apoyo a las pequeñas empresas aquellas otras que utilicen de un modo extensivo la contratación temporal, favoreciendo indirectamente la precarización del empleo.

Por último, se ha venido señalando que la fijación de estos umbrales supone dejar a los numerosos trabajadores de pequeñas empresas⁵⁵ con una escasa tutela jurídica, lo cual implica un trato inaceptablemente discriminatorio entre

⁵⁴ En este sentido, en la investigación financiada por la Comisión de las Comunidades Europeas "*Labour Law and Industrial Relations in Small and Medium-sized Enterprises in the EEC Countries*", cit., se pone de manifiesto la necesidad de encontrar una definición de PYME a los efectos del derecho laboral que evite el llamado "efecto umbral", con sus efectos negativos en el crecimiento de la empresa.

⁵⁵ Según el *Anuario de Estadísticas Laborales* del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social correspondientes al año 1992, en ese año del total de 6.414.400 trabajadores, 3.120.400 (el 48,65%) prestaban sus servicios en centros de 6 a 10 trabajadores, 1.533.100 en centros de 51 a 250 (el 23,9%), y 1.760.900 (el 27,45%) en centros de más de 250 trabajadores. Cifras que vienen a coincidir con lo que se puede apreciar en los datos estadísticos correspondientes a los años 1990 y 1991. (Op. cit., pág. 75).

trabajadores.

27.- En cualquier caso, lo que queda puesto de manifiesto con la simple observación de los distintos umbrales existentes en la normativa laboral española, es el empeño del legislador por ampliar el poder de gestión y dirección del empresario a medida que se reduce la dimensión de la empresa, con la consiguiente aminoración de los derechos y garantías de los trabajadores, habiéndose optado, por lo tanto, por una política de reducción de la ingerencia de la legislación en el desarrollo de las relaciones laborales de las pequeñas empresas (como sucede en las de menos de 5 trabajadores).

b) ¿QUÉ TRABAJADORES DEBEN SER CONSIDERADOS EN LA DETERMINACIÓN DEL VOLUMEN DE EMPLEO A ESTOS EFECTOS?.

28.- Una de las dificultades que plantea la fijación de los umbrales a que se acaba de hacer referencia es la de averiguar si, en el cómputo de trabajadores, se debe tomar como referencia a todo el personal contratado por la empresa o sólo a algún tipo de éste⁵⁶. El problema consiste, por lo tanto, en determinar si cuando estas

⁵⁶ El asunto viene complicado por las muy diversas situaciones en que se puede encontrar el personal de la empresa, hecho que es objeto de una breve referencia más adelante.

normas hablan de trabajadores se refieren a los trabajadores fijos y a tiempo completo, o a todo trabajador contratado en la empresa, cualquiera que sea el tipo de su contrato.

La trascendencia de este tema radica, como apunta JAVILLIER⁵⁷, en que el efecto jurídico de los umbrales depende de la modalidad de cálculo de los efectivos de la empresa o del establecimiento.

29.- Es esta una cuestión que se plantea sistemáticamente en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno dada la falta de precisión del legislador, y de los criterios en ocasiones contrapuestos seguidos por éste, e incluso, en ciertas oportunidades, por la propia jurisprudencia⁵⁸.

⁵⁷ JAVILLIER, J.C., *Droit du Travail*, Paris, 1992, pág. 135.

⁵⁸ Esto es lo que denuncia BIAGI, respecto de las disposiciones laborales italianas, en su artículo "Impresa minore, relazioni industriali e cultura manageriale: dall'Italia verso l'Europa del 1992" (*Relazioni industriali e ambiente di lavoro nella piccola e media impresa verso il 1993*. SINNEA. Bologna. 1991. Págs. 6 y ss.), poniendo de relieve cómo un mismo conjunto de trabajadores es unas veces tenido en cuenta y otras no, lo que genera una importante confusión a la hora de efectuar el recuento de efectivos de la empresa.

En un sentido parecido, criticando la falta de homogeneidad en los criterios del legislador, C. SACHS, "Les seuils d'effectifs...", *cit.*, pág. 484.

Así, a modo de ejemplo, por lo que se refiere al caso francés, y en lo relativo al personal a tener en cuenta a la hora de precisar el volumen de la empresa a los efectos de determinar la obligatoriedad de contar con las distintas instituciones representativas de los trabajadores, los artículos L. 412.1, L. 421.1 y L. 431.1 del *Code du Travail*, hablan todos ellos de la necesidad de que haya habitualmente ocupados, en las empresas o en los establecimientos de trabajo, un número mínimo de asalariados⁵⁹, sin que se proceda a dar definición legal alguna de lo que deba entenderse por tales.

Ante este silencio del legislador, ha sido la jurisprudencia la que ha establecido los requisitos que deben reunir los distintos trabajadores para ser incluidos entre los efectivos de la empresa o del establecimiento a estos efectos⁶⁰.

⁵⁹ Más de diez para el caso de los Delegados de Personal; más de 50 para la designación de un Comité de Empresa y de un Delegado Sindical, (salvo que exista un acuerdo entre las partes que establezca umbrales más bajos).

⁶⁰ Un acercamiento a los mismos puede encontrarse en FRANCHI-DUTARD, C., "L'effectif de l'entreprise", en *Droit Ouvrier*, 1986, págs. 197 y ss.

Sin embargo, a partir de 1982⁶¹, se introdujeron en el *Code du Travail*⁶² algunos criterios interpretativos acerca de qué trabajadores computar para determinar la constitución de las diversas instituciones de representación del personal así como del Comité de Seguridad e Higiene⁶³, sin que tales criterios, o algunos semejantes, se establecieran para precisar el número de efectivos de la empresa en el resto de casos en que para la aplicación de ciertas disposiciones se hace referencia a una condición de número mínimo de trabajadores, (como ocurre con el precepto L. 122-14-5, que excluye de los

⁶¹ Con las leyes de 28 de octubre y de 23 de diciembre de 1982, la Ley de 25 de julio de 1985, y la Orden de 11 de agosto de 1986.

⁶² En los artículos, L. 117-11-1, L. 236-1, L. 412-5, L. 421-2, y L. 431-2.

⁶³ De este modo se ha establecido que: a)- Los trabajadores contratados por tiempo indefinido, los trabajadores a domicilio y los minsválidos se tendrán en cuenta íntegramente en el cómputo. b)- Los trabajadores con contrato de duración determinada o intermitente, los puestos a disposición de la empresa por otra, así como los trabajadores temporales, se considerarán a *pro rata* de su tiempo de presencia en la empresa en los doce meses inmediatamente anteriores. c)- Los trabajadores con contrato de duración determinada quedarán excluidos del cálculo cuando remplacen a trabajadores ausentes o con contrato de trabajo suspendido. d)- Los trabajadores a tiempo parcial, (definidos en el art. L. 212.4-2 como aquellos cuya jornada esté reducida al menos en una quinta parte respecto de la jornada legal o la fijada convencionalmente), computarán en proporción a la duración de su jornada, puesta ésta en relación con la jornada legal, o la convencionalmente establecida, de ser ésta inferior.

remedios previstos para el caso de despido sin causa real y seria a los empresarios que ocupen habitualmente a menos de once trabajadores; o con el artículo L. 323-1, que limita la obligación de contratar un número de trabajadores minusválidos equivalente al 6% del efectivo total de trabajadores a los empresarios que ocupen, como mínimo, a 20 trabajadores).

Solamente para el caso de los aprendices y de los trabajadores a tiempo parcial existen reglas generales, contenidas en los artículos L. 117-11-1 y R. 212-1 del *Code du Travail*. El primero de los preceptos citados prevé, respecto de los aprendices, que no se computen en ningún caso como efectivos de la empresa, excepción hecha de aquellas disposiciones relativas a la tasación de riesgos de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales.

La segunda de las disposiciones referidas dispone que los trabajadores a tiempo parcial sean computados, para todo aquello que concierne a la aplicación de obligaciones que la legislación laboral hace depender del empleo de un número mínimo de asalariados, a *pro rata* de la relación entre los horarios inscritos en el contrato de trabajo y la duración legal del trabajo o la normal si ésta es inferior.

30.- Sobre la constitucionalidad de las disposiciones

que realizan una consideración diferenciada de determinados colectivos de trabajadores se ha pronunciado la *Corte Costituzionale italiana*⁶⁴, quien, a propósito de los aprendices, la ha retenido constitucional de forma provisional o transitoria, de modo que si bien es admisible en una situación de duradero desempleo juvenil, cabría reconsiderar esta cuestión cuando el sacrificio se prolongue excesivamente (lo que ha llevado a la doctrina italiana a considerar que no sea de extrañar un pronunciamiento de inconstitucionalidad en un futuro no demasiado lejano⁶⁵).

31.- En todo caso, tampoco se puede confiar en que una exhaustiva regulación del legislador acerca de la cuestión vaya a aclarar definitivamente el problema, y ello porque en el ámbito laboral pueden llegar a producirse situaciones de gran complejidad, que impiden que el recuento del personal de la empresa sea una tarea simple⁶⁶.

Baste pensar, a estos efectos, en situaciones como la de trabajadores de una empresa que prestan servicios en los

⁶⁴ Sentencia nº. 181 de 12 de abril de 1989.

⁶⁵ Así, BIAGI, M. "La impresa minore nel Diritto del Lavoro verso il 1992", en *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº. 8, 1990, pág. 41.

⁶⁶ En este sentido, LYON-CAEN y PÉLISSIER, (*Droit du Travail*, edición de 1990, pág. 751).

locales de otra⁶⁷; las derivadas de la movilidad geográfica decidida unilateralmente por el empresario en ejercicio de su poder de organización de la actividad productiva, en virtud de la cual éste puede variar la dimensión de sus distintos centros de trabajo; el problema que plantea el cómputo o no de los trabajadores de alta dirección, (o incluso del mismo empresario en caso de que preste servicios en su propia empresa), para decidir el número de representantes del personal, ya que si bien pueden ser

⁶⁷ Tales trabajadores no lo serán de la empresa usuaria sino de la empresa de trabajo temporal, que es con la que mantendrán un vínculo contractual, y, sin embargo, es evidente que no pueden dejar de ser considerados a los efectos de determinar el volumen de empleo de la empresa usuaria para decidir sobre la aplicación de determinados derechos y obligaciones que dependen de la dimensión de la empresa pues, en caso contrario, ésta quedaría falseada, con el consiguiente perjuicio para los derechos de sus trabajadores.

En la reciente de Ley 14/1994 de 1 de junio por la que se regulan las empresas de trabajo temporal no se prevé nada en cuanto al cómputo de estos trabajadores para la determinación del volumen de efectivos de la empresa usuaria. Únicamente se señala, a efectos de representación del personal, que los trabajadores puestos a disposición de otra empresa podrán presentar, a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria, reclamaciones individuales y colectivas en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral (art. 17). Se reconoce, por tanto, la posibilidad de canalizar las reclamaciones de estos trabajadores por vía de los representantes de la empresa usuaria, pero nada se dice acerca de si para calcular el número de dichos representantes, o para establecer qué tipo de representación unitaria es posible constituir en la empresa (Delegados de Personal o Comités de Empresa), habrá que incluir en el recuento de los efectivos de la empresa a este personal puesto a disposición por una empresa de trabajo temporal.

trabajadores por cuenta ajena, normalmente no tienen unos intereses comunes con el resto de los trabajadores, lo que permite pensar que no cabría su inclusión en el censo de trabajadores que determina un cierto número de representantes de los mismos⁶⁸; la situación de los trabajadores que queden dentro del ámbito de lo que se ha venido conociendo como economía sumergida⁶⁹; el caso de

⁶⁸ Postura que ha sido, por lo demás, la mantenida por la jurisprudencia española y francesa (CRUZ VILLALON. J, "El desarrollo del proceso electoral 'sindical' a través de las resoluciones judiciales", en *Temas Laborales*, nº. 10/11, 1987, pág. 55; FRANCHI-DUTARD, "L'effectif de l'entreprise", cit.); y que ha sido criticada por la doctrina del vecino país por cuanto que el directivo también es un asalariado, y si bien podrá ser privado de la condición de elector o elegible por representar a la dirección, no deberá ser excluido en el cómputo de efectivos de la empresa (LYON-CAEN y PÉLISSIER, *Droit du Travail*, cit., pág. 752).

También los Tribunales italianos han excluido del cómputo a este tipo de personal a la hora de exigir el cumplimiento de determinadas obligaciones legales en base, principalmente, a la singularidad del régimen jurídico de esta categoría de trabajadores. Es lo que sucedió, por ejemplo, en la sentencia de la Pretura de Roma de 24 de marzo de 1993, relativa a la obligación de contratar personal minusválido impuesta en la Ley nº. 482, de 2 de abril de 1968. (Un comentario a la misma puede encontrarse en la *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº.1, 1994, realizado por ELENA PASQUALETTO).

⁶⁹ Es, precisamente, la consideración de este tipo de situaciones, la que ha llevado a BIAGI a manifestar que el juez no deberá basarse, en la apreciación de la dimensión de la empresa, únicamente en los documentos que, por exigencia legal, debe poseer el empresario (como es el caso del Libro Matrícula), sino que deberá tratar de descubrir la real fuerza de trabajo utilizada por el empresario, dada la natural tendencia de éste a mantener artificialmente bajo el número de efectivos. (BIAGI, M., *La dimensione dell'impresa...*, cit.,

trabajadores despedidos que hayan recurrido la decisión empresarial y que se encuentren a la espera de una sentencia firme; los supuestos de trabajadores que tengan suspendido el contrato de trabajo que les vincula con la empresa o se hallen en situación de excedencia; etc⁷⁰.

32.- Ya en la esfera del ordenamiento jurídico-laboral español, es conveniente distinguir, para un ordenado análisis de la cuestión, según bloques temáticos:

a'.- LA NORMATIVA SOBRE REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA.

a".- LA REPRESENTACIÓN UNITARIA.

33.- Por lo que respecta a la representación unitaria, los artículos 62 y 63 del E.T., en su redacción originaria, se referían expresamente a los trabajadores fijos como único punto de referencia para determinar la obligación de establecer,

págs. 143 y 144).

⁷⁰ Sobre el particular, si bien únicamente centrado en el tema de la representación de los trabajadores, -en concreto sobre la inclusión o no de los trabajadores que se encuentren en estas situaciones en el censo electoral-, es de destacar la recopilación de decisiones de los tribunales españoles que efectúa CRUZ VILLALON ("El desarrollo del proceso electoral 'sindical'... cit., 1987, págs. 55 y 56).

respectivamente, Delegados de Personal o Comités de Empresa, fijándose, en el artículo 72, reglas de representación especiales para el caso de los trabajadores "eventuales o temporeros"⁷¹.

De esta manera se verificaba una representación distinta para el personal según el carácter del vínculo que le uniese con la empresa, cuya razón de ser estribaba en la consideración de que los trabajadores con contrato temporal podían no tener unos intereses comunes con el resto de los empleados⁷².

⁷¹ Este artículo disponía, en su apartado primero: "*En las empresas o centros de trabajo que ocupen un número de trabajadores eventuales o temporeros no inferior al 20 por ciento de la totalidad de trabajadores, éstos podrán elegir entre ellos un representante por cada 25 o fracción. Esta representación se entiende sin perjuicio de la normal en la empresa*". De este precepto destacaba su indeterminación conceptual acerca de las categorías de trabajadores con derecho a ostentar este tipo de representación, lo que llevó a diversas interpretaciones doctrinales al respecto. (Sobre el particular se manifestaron, entre otros, ALONSO OLEA, M., en *El Estatuto de los trabajadores. Texto y comentario breve*, Madrid, 1980; OJEDA AVILES, A., en *Derecho Sindical*, Madrid, 1980; MARTIN VALVERDE, A., "Grupos de trabajadores y representación unitaria del personal en la empresa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº.11, 1982, págs. 309 y ss.).

⁷² En este sentido, MARTIN VALVERDE, A., "Grupos de trabajadores y representación unitaria del personal en la empresa", *cit.*, pág. 323.

34.- Esta situación cambió tras la modificación de los preceptos mencionados llevada a cabo por la Ley 32/1984 de 2 de agosto, haciéndose ahora referencia en los artículos 62 y 63 a "trabajadores" sin más, por lo que hay que entender que el censo de trabajadores a tener en cuenta para determinar si se debe establecer la representación unitaria o no, está constituido por la totalidad de los trabajadores de la empresa independientemente de la duración de su contrato.

Dicha modificación, que ya había sido solicitada por el *Grupo Socialista Vasco* en los debates Parlamentarios sobre el E.T.⁷³, se produjo en un momento en que, -tras la aprobación de diversas disposiciones favorecedoras de la contratación de personal no fijo (en concreto, el R.D. 2.303/1980 de 17 de octubre, y el D. 1.445/1982 de 25 de junio, modificado posteriormente por el D. 3.887/1982 de 29 de diciembre)-, las posibilidades de las empresas para contratar a trabajadores con

⁷³ Concretamente, en las enmiendas nº. 421 y 422, donde entendía dicho grupo parlamentario que la supresión del requisito de que se tratase de trabajadores fijos venía impuesta "por la necesidad de que participen en la elección de sus representantes, todos los trabajadores, cualquiera que sea la naturaleza del contrato laboral que tengan con la empresa".

contratos temporales se habían incrementado fuertemente, propiciando una fuerte infrarepresentación de buena parte de los trabajadores⁷⁴.

35.- En todo caso, sobre la cuestión de qué trabajadores computar, alguna matización debería realizarse en virtud de la nueva redacción dada al artículo 72 del Estatuto.

Este precepto, en su apartado segundo, establece que si bien tanto los trabajadores fijos discontinuos como los vinculados por contrato de duración determinada computarán a efectos de determinar el número de representantes que corresponda a la empresa, lo harán a través de unas reglas especiales: los trabajadores fijos discontinuos y los vinculados por contrato de duración determinada superior a un año, se computarán como trabajadores fijos de plantilla; mientras que los trabajadores contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año

⁷⁴ En este sentido, PEREZ DEL RIO, T., "La reforma de la representación unitaria en la empresa", en AA.VV. *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid, 1985, pág. 177.

anterior a la convocatoria de la elección, computándose cada 200 días trabajados o fracción, como un trabajador más⁷⁵.

⁷⁵ El R.D. 1311/1986 de 13 de junio primero, y después el R.D. 1844/1994 de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, y en cuya virtud se deroga el R.D. 1311/1986, han aclarado esta regla estableciendo que "cuando el cociente que resulta de dividir por 200 el número de días trabajados, en el período de un año anterior a la iniciación del proceso electoral, sea superior al número de los trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores que presten servicio en la empresa en la fecha de iniciación del proceso electoral, a efectos de determinar el número de representantes" (art. 9.4 del R.D. 1844/1994). Con esta aclaración se evita la ilógica consecuencia de que cuando el cociente resultante de dividir el número de días trabajados por 200 fuese superior al número de trabajadores empleados en la empresa, se tuviera en cuenta un número de trabajadores superior al que efectivamente hubiese prestado sus servicios a la empresa.

Por su parte la doctrina ha resaltado, en la interpretación de este precepto, que lo que el artículo 72.2.b) implica es la suma de los días trabajados por todos los trabajadores con contrato de duración determinada inferior al año, y su división por 200, sin que se deba proceder a dividir el número de días trabajado por cada uno de estos empleados, de forma independiente, por 200; considerando, por lo demás, que el número de días a que se hace referencia no es el de aquellos efectivamente trabajados, sino el de los transcurridos desde el día en que fueron contratados -(por esta interpretación de la norma ha optado el R.D. 1844/1994, ya que en el párrafo primero del artículo 9.4 dispone que "A los efectos del cómputo de los doscientos días trabajados previstos en el artículo 72.2.b), del Estatuto de los Trabajadores, se contabilizarán tanto los días efectivamente trabajados como los días de descanso, incluyendo descanso semanal, festivos y vacaciones anuales", si bien con esta redacción pueden surgir problemas a la hora de considerar aquellos otros días que no hayan sido efectivamente trabajados por estos motivos sino por otros, como el ejercicio

De lo establecido en esta disposición podría llegar a deducirse que los trabajadores contratados por duración de hasta un año computan, para determinar si existe derecho a la representación unitaria, según el número de días trabajados en el año anterior a la convocatoria de elecciones.

Así lo ha entendido un sector de la doctrina⁷⁶, argumentando que debido a la íntima conexión existente entre la materia a que hace referencia el art. 72.2.b) y la recogida en los arts. 62 y 63 del E.T., estas mismas reglas deben observarse a efectos de determinar el tamaño de la explotación para ver si existe la obligación de contar con representantes unitarios de los trabajadores.

del derecho de huelga, enfermedad, etc.)-, y que en el caso de que el cálculo de los días trabajados no llegue a alcanzar los doscientos, deberá computarse, de todos modos, un trabajador. CRUZ VILLALON, "El desarrollo del proceso..." cit., págs. 58 y 59; y RAMIREZ MARTINEZ, J.M., y SALA FRANCO, T., "Algunas reflexiones en torno a la normativa electoral <<sindical>>", en *Actualidad Laboral*, nº. 7, 1987, págs. 341 y 342.

⁷⁶ Entre otros, ALONSO OLEA, M. *El Estatuto de los Trabajadores. Texto actualizado, jurisprudencia, comentario*. Madrid, 1987, pág. 307; CRUZ VILLALON, J., "El desarrollo del proceso electoral...", cit., pág. 57, quien apunta la existencia de alguna sentencia en este sentido; PEREZ DEL RIO, T, en "La reforma de la representación unitaria en la empresa", cit., p. 181. Asimismo, RAMIREZ MARTINEZ, J.M., y SALA FRANCO, T., "Algunas reflexiones en torno a la normativa electoral <<sindical>>", cit., pág. 341.

Pero también existe doctrina que se manifiesta en un sentido contrario. Así, por ejemplo, RODRIGUEZ SAÑUDO⁷⁷, para quien "de la redacción de este precepto parece desprenderse con claridad que esta distinción -contratados por tiempo de hasta un año y trabajadores vinculados por contrato de duración determinada superior a un año- se refiere sólo a la determinación del número de los representantes a elegir, no al cálculo del censo total de trabajadores para conocer si se debe establecer la representación y si ésta corresponde a Delegados de Personal o a Comité de Empresa"⁷⁸.

A mi juicio, mientras esta segunda lectura del precepto sería la más acorde con una interpretación de la norma en virtud del principio "*in dubio pro operario*", (puesto que de entenderlo de otro modo aumentaría el colectivo de trabajadores carentes de las estructuras de representación unitaria legalmente previstas), podría suponer, sin embargo, una excesiva carga para aquellas empresas que

⁷⁷ RODRIGUEZ SAÑUDO, F. "La reforma del Título II de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". *Documentación Laboral*, nº 14, 1984, pág. 12.

⁷⁸ En este mismo sentido se manifiesta ALBIOL MONTESINOS en *Comités de empresa y delegados de personal*, Ed. Deusto, 1992, págs. 28 y ss.

contasen con trabajadores temporales, ya que verían aumentadas sus obligaciones legales en materia de representación, con el subsiguiente coste económico que las mismas implicarían⁷⁹.

En todo caso, con la aparición del R.D. 1844/1994 de 9 de septiembre esta cuestión ha quedado clarificada por cuanto esta disposición establece expresamente, en su artículo 9.4 (párrafo segundo), que *"el cómputo de los trabajadores fijos y no fijos previsto en el artículo 72 del Estatuto de los Trabajadores se tomará igualmente en consideración a efectos de determinar la superación del mínimo de 50 trabajadores para la elección de un Comité de Empresa y de 6 trabajadores para la elección de un Delegado de Personal en los términos del artículo 62.1 del Estatuto de los Trabajadores"*.

⁷⁹ Otro orden de consideraciones es el que realiza C. SACHS, para quien lo fundamental en materia de representación de personal, al igual que en tema de seguridad e higiene, no es tanto el número de horas trabajadas en la empresa cuanto la efectiva presencia del trabajador en la misma, ya que todo trabajador, independientemente que se trate o no de un trabajador a tiempo parcial, presenta el mismo potencial para formular reivindicaciones y de sufrir riesgos laborales. (C. SACHS *"Les seuils d'effectifs..."*, cit. pág. 483).

b".- LA REPRESENTACIÓN SINDICAL.

36.- En lo relativo a la representación sindical no se suscita duda alguna. La L.O.L.S., de una parte, no limita la posibilidad de constituir Secciones Sindicales a empresas que alcancen un determinado volumen de empleo; de otra, cuando establece que las Secciones Sindicales que se puedan constituir por los afiliados a un sindicato con presencia en los Comités de Empresa o en los órganos de representación que establezcan las Administraciones Públicas estarán representadas por Delegados Sindicales en aquellas empresas o centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, señala expresamente "*cualquiera que sea la clase de su contrato*", con lo que claramente deberá computarse, a estos efectos, a todo el personal empleado en la empresa.

37.- Solamente se presenta cierta indeterminación cuando, en el artículo 8.2.c), se establece el derecho a la utilización de un local adecuado para las Secciones Sindicales "*en aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores*".

Sobre el particular CRUZ VILLALON⁸⁰ entiende que "en la determinación cuantitativa de los 250 trabajadores resulta indiferente la modalidad de los diferentes contratos de trabajo, sean éstos temporales o indefinidos", y ello por analogía a lo establecido en el artículo 10.1 del mismo texto legal, en relación a las unidades productivas donde se deben designar Delegados Sindicales.

b'.- LA NORMATIVA SOBRE SERVICIOS ASISTENCIALES Y SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.

38.- En la normativa donde se establecen determinadas obligaciones asistenciales a las empresas, no parece que haya que dejar al margen a los trabajadores no fijos. Tanto en el Decreto de 8 de junio de 1938 sobre comedores, como el Decreto de 21 de marzo de 1958 relativo a economatos, se habla de "trabajadores", sin distinguir entre trabajadores fijos o no.

39.- En tema de seguridad e higiene la normativa no precisa si hay que computar a todo el personal empleado

⁸⁰ CRUZ VILLALON, J. "El reconocimiento legal de la representación y la acción sindicales en la empresa", cit., pág. 275.

independientemente del tipo de su contrato, o si, por el contrario, sólo hay que referirse a personal fijo. La única excepción la presentan las disposiciones por las que se regulan los Servicios Médicos de Empresa (Decreto 1036/1959 y Orden de 21 de noviembre de 1959) donde, a pesar de que se empieza haciendo referencia a la "plantilla" -y por tanto a trabajadores fijos-, existen reglas específicas para el cálculo de los trabajadores eventuales⁸¹.

c'.- LA NORMATIVA RELATIVA A CONTRATACIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.

40.- Por lo que se refiere a contratación, el artículo 38.1 de la Ley 13/1982 de 7 de abril, habla expresamente de "trabajadores fijos" cuando establece la obligación de contratar a un porcentaje mínimo de minusválidos a aquellas empresas que ocupen más de 50 trabajadores.

En cuanto a la reciente normativa por la que se regulan los contratos de aprendizaje, el artículo 3.2.b) de la Ley 10/1994 de 19 de mayo (B.O.E. del 23) prevé la

⁸¹ el artículo octavo de la Orden de 21 de noviembre de 1959 dispone que los trabajadores eventuales empleados durante más de seis meses al año, aun no consecutivos, se computen en su cifra media anual.

determinación reglamentaria del número máximo de aprendices que las empresas puedan contratar en función de su *plantilla*, recogiendo, con idénticas palabras, lo dispuesto en el precedente inmediato de esta norma (el R.D.L. 18/1993 de 3 de diciembre).

Sin embargo, la doctrina ha venido entendiendo que la expresión "plantilla" no debe interpretarse en un sentido restringido, sino que debe incluirse dentro de la misma a todos los trabajadores con independencia del tipo de contrato que les vincule a la empresa, no limitándola, por lo tanto, a los trabajadores con contrato indefinido. Para ello se argumenta que el R.D. 2317/1993 de 29 de diciembre (por el que se dio desarrollo al R.D.L. 18/1993), al excluir del cómputo de trabajadores a los vinculados a la empresa mediante contrato de aprendizaje (art. 7.3, último párrafo), permite concluir a *sensu contrario*, el cómputo de cualesquiera otros trabajadores temporales⁸².

41.- Por su parte, las disposiciones sobre despido que diferencian según la dimensión de la empresa, no precisan en ningún caso si los trabajadores a que se

⁸² Así, ALBIOL MONTESINOS, I., "Consideraciones sobre la nueva regulación de los contratos en prácticas, de aprendizaje y a tiempo parcial", *Tribuna Social*, nº. 40, 1994, pág. 17.

refiere han de ser fijos o no.

De este modo, ni el artículo 33.8 del E.T., cuando establece la obligación del Fondo de Garantía Salarial de abonar el 40% de las indemnizaciones que correspondan a los trabajadores en caso de extinción como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 del E.T.; ni éste, cuando determina la reducción del plazo de consulta con los representantes de los trabajadores en la tramitación del mismo, se pronuncian sobre el carácter del número de trabajadores a que hacen referencia.

42.- Todas estas indeterminaciones legales deberán ser completadas, como señala LOPEZ GANDIA⁸³, en sentido favorable para los trabajadores, de modo que allí donde la ley no distinga entre personal fijo y no fijo, no se deberá distinguir⁸⁴. Esta interpretación es, por lo demás, coherente con la voluntad del legislador de referirse a

⁸³ LOPEZ GANDIA, J. "La dimensión de la empresa y el Derecho del Trabajo. (Notas para un estudio)", *cit.*, pág. 539.

⁸⁴ En sentido similar, referido al art. 33.8 del E.T., se manifiesta GARCIA MURCIA, quien considera que en estos supuestos deberá computarse la totalidad de las personas que presten servicios a la empresa en el momento de iniciarse el expediente de regulación de empleo. (GARCIA MURCIA, J., "La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial", en AA.VV., *Comentarios a la nueva legislación laboral, cit.*, pág. 149).

"trabajadores" en un sentido amplio, sin limitar el término a aquellos que forman parte de la plantilla.

Dicha voluntad ha sido puesta de manifiesto, cuanto menos, en dos ocasiones. En primer lugar, en los debates parlamentarios celebrados con relación a la aprobación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, resultando que en la enmienda en virtud de la cual se redujo el ámbito de aplicación de los despidos objetivos por amortización de un puesto de trabajo individualizado a las empresas de menos de 50 trabajadores⁸⁵, se hablaba de trabajadores *fijos*, lo cual no pasó al texto definitivo donde se refiere a "trabajadores" sin más, por lo que cabe pensar que fue voluntad del legislador que se computara el total de trabajadores, independientemente de la duración de su contrato, para determinar la aplicabilidad o no del precepto. En segundo lugar, como ya hemos recordado anteriormente, en la modificación de los artículos referidos a la representación unitaria de los trabajadores efectuada por la Ley 32/1984 de 2 de agosto, donde se suprimió el adjetivo de "*fijos*" a que hacía referencia el texto originario del E.T.

Por lo demás, entenderlo de este modo evita la doble

⁸⁵ Enmienda nº 54 presentada por el Grupo Socialista.

penalización que de otro modo se produciría para los trabajadores contratados bajo modalidades de empleo atípicas, consistente, la primera, en el hecho de que el trabajador queda excluido de fórmulas más estables de empleo; y la segunda, en que la consideración ficticia de la menor dimensión de la empresa que se produciría, precisamente, al no tomar en cuenta a este personal al servicio de la empresa, podría suponer la no aplicación de determinadas disposiciones dirigidas a tutelar el trabajo dependiente⁸⁶.

43.- Sin embargo, al incluir a todo tipo de personal en el cómputo de los efectivos de la empresa, habría que realizar algunas matizaciones acerca de ciertas categorías de trabajadores, con objeto de evitar que una consideración indiferenciada de los mismos pudiera ocasionar excesivos perjuicios, derivados de la apreciación de una dimensión mayor a la real, a la empresa que utilice los servicios de este personal.

Se trata de todos aquellos trabajadores contratados bajo modalidades que implican una menor jornada (ya sea en cómputo diario, semanal, mensual⁴ o anual), respecto a la trabajada por asalariados contratados mediante el contrato

⁸⁶ En este sentido, BIAGI, M., "Impresa minore, relazioni industriali e cultura manageriale,...", cit., pág. 14.

de trabajo típico, es decir, a tiempo completo y por tiempo indeterminado.

Así, por ejemplo, respecto de los contratados a tiempo parcial, es de señalar que si no se promediara su cómputo en atención a las horas trabajadas, se estaría penalizando a las empresas que cuentan con los servicios de este tipo de personal, ya que llegarían mucho antes a superar el umbral mínimo que supone la aplicación de una normativa diferente.

44.- En el ámbito del derecho comparado, el legislador se ha mostrado más sensible a esta cuestión que el legislador español, que solamente ha realizado una diferenciación de este tipo en el art. 72.2.b) del E.T. (si bien promediando en función de los días y no de las horas trabajadas). Así, tanto en Francia como en Italia se ha atendido, en ciertas ocasiones, a la necesidad de computar a estos trabajadores en función del promedio de horas trabajadas.

Por lo que se refiere al caso italiano, el artículo 18 del *Statuto dei Lavoratori*, tras su reforma por la Ley 108/1990, establece que los trabajadores contratados con contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial, se computen, a los efectos de determinar la aplicación de la

tutela real ante despidos improcedentes, por la cuota de horario efectivamente desarrollado en función del previsto en la negociación colectiva del sector⁸⁷.

En cuanto al caso francés, y como ya se ha expuesto anteriormente⁸⁸, se contemplan reglas especiales de cómputo, (establecidas en función del tiempo de presencia en la empresa o de la duración de la jornada en relación con la fijada por ley o convenio colectivo), respecto de una serie de trabajadores (los trabajadores con contrato de duración determinada o intermitente; los puestos a disposición de la empresa por otra; los trabajadores temporales, y los trabajadores con contrato a tiempo parcial), a los efectos de determinar si se alcanza el umbral necesario para contar con instituciones de representación del personal así como con un Comité de Seguridad e Higiene.

45.- No obstante, en la doctrina francesa se ha formulado alguna objeción a este orden de consideraciones,

⁸⁷ Según NAPOLI, la introducción de esta disposición acerca del cómputo de los trabajadores a tiempo parcial no era del todo necesaria, pues la misma se deducía de lo establecido en el artículo 5.12 de la Ley nº. 863 de 19 de diciembre de 1984. (NAPOLI, M., "La nueva disciplina del despido en Italia: primeras reflexiones", *Documentación Laboral*, nº. 35, 1991, pág. 185).

⁸⁸ Vid. nota nº. 63.

entendiendo que si bien es cierto que pueden ser válidas en aquellos casos en que las normas se modalizan intentando tener en cuenta los menores recursos económicos de las empresas, guiándose para ello por el número de personal contratado; no lo es menos que este tipo de soluciones puede no estar conforme con la finalidad de aquellos otros preceptos en los que lo trascendente no es tanto el número de horas trabajadas en la empresa cuanto la efectiva presencia del trabajador en la misma, tal y como sucede en temas como el de representación de personal o el de seguridad e higiene en el trabajo⁸⁹.

Por lo demás, también cabría objetar a semejante opción el que la consideración de estos operarios en función del número de horas trabajadas podría suponer un estímulo a las empresas para que abusaran de estas modalidades contractuales, supliendo el resto de horas que fueran necesarias para el normal funcionamiento de la empresa por medio de otras vías como, por ejemplo, a través del incremento de la jornada efectiva de aquellos trabajadores con contrato indefinido a tiempo completo. Con ello se estaría, pues, introduciendo factores de impulso a la precarización del empleo.

⁸⁹ En este sentido, C. SACHS "Les seuils d'effectifs...", *cit.*, pág. 483.

c) OTRAS DIFICULTADES QUE SUSCITA EL CRITERIO DEL NÚMERO DE TRABAJADORES COMO FACTOR MODALIZADOR DE LA NORMATIVA LABORAL.

46.- Además de los ya señalados acerca de qué trabajadores computar y dónde situar el límite que marque el paso de un tipo de empresa a otro, en la elección del criterio de la cantidad de trabajadores empleados se plantean otros asuntos controvertidos. Dentro de éstos, seguidamente se trata de analizar a qué espacio físico debe referirse el número de trabajadores, si a la empresa o al centro de trabajo; el momento a que debe atenderse para efectuar el cómputo de los trabajadores; y, finalmente, cómo incide la variación del número de trabajadores en la aplicación de la normativa modalizada en atención a este criterio.

a'.- AMBITO ESPACIAL AL QUE DEBE REFERIRSE EL CÓMPUTO: ¿LA EMPRESA O EL CENTRO DE TRABAJO?. ESPECIAL ATENCION A LA PROBLEMATICA QUE PRESENTAN LOS GRUPOS DE EMPRESAS.

47.- Es éste un importante dilema a dilucidar, por cuanto la selección de uno u otro criterio de referencia va a suponer ampliar o restringir el número de empresas afectadas por las modalizaciones que la legislación

contiene en atención al número de trabajadores empleados.

Como línea de principio debería mantenerse que el marco espacial al que hay que referirse para el cómputo de los trabajadores es la empresa y no el centro de trabajo, puesto que en caso contrario las medidas de apoyo dirigidas a las PYMEs en atención a sus peculiares circunstancias serían aprovechadas por empresas de mayores dimensiones, las cuales buscarían reducir el tamaño de sus centros de trabajo para beneficiarse de tales medidas, con lo que no se estaría haciendo más que impulsar la política de descentralización de las grandes empresas.

Por lo demás, éste parece el criterio oportuno cuando la razón última de la limitación de la aplicación de disposiciones a aquellas empresas que no ocupen más de un determinado número de trabajadores no sea otra que su presunta menor potencialidad económica, ya que en otro caso sólo se estaría atendiendo a las posibilidades económicas de un concreto centro de trabajo y no de la empresa en su conjunto.

En este sentido es de destacar que la legislación laboral española se haya inclinado decididamente por el

criterio de la empresa, siendo esto lo que ocurre, en líneas generales, en materia de extinción de la relación laboral; servicios asistenciales; contratación; y seguridad e higiene.

48.- Así, en cuanto a la extinción del contrato de trabajo, los artículos 33.8 y 51 del E.T. no dan opción a la confusión al referir ambos preceptos el número de trabajadores a la empresa⁹⁰, lo cual es coherente con las finalidades perseguidas por los mismos, esto es, abaratamiento y simplificación de trámites de la extinción de la relación laboral en aquellas empresas respecto de las cuales puede presumirse, precisamente por su reducida dimensión, su menor capacidad económica y de organización interna⁹¹.

49.- Por lo que se refiere a servicios asistenciales, cabe señalar que la obligación de establecer un economato laboral, cuyo sujeto eran (según

⁹⁰ En este sentido, si bien respecto del derogado artículo 56.4 del E.T., la S.T.C.T. de 25 de mayo de 1982 (Ar. 3083), en la que se entendía que la exigencia de que la empresa tuviera menos de 25 trabajadores iba referida, en el espacio, "a la totalidad del personal que presta sus servicios en la empresa, estén o no distribuidos en uno o varios centros de trabajo y cualquiera que sea el lugar en que se encuentren".

⁹¹ Lo mismo cabía afirmar de la antigua redacción del art. 52.c) del E.T.

lo dispuesto en el Decreto de 21 de marzo de 1958 por el que se regulaba inicialmente esta obligación), las empresas, vino posteriormente matizada por la Orden de 14 de mayo de 1958, que en su artículo segundo limitaba dicha obligación a las empresas que ocupasen normalmente en una misma localidad más de 500 trabajadores.

Actualmente, tras el R.D. 762/79 de 4 de abril, si bien la obligación de proporcionar economatos continúa referida a las empresas con más de 500 trabajadores, se requiere que, por cuanto se refiere a las empresas de nueva creación, sus centros de trabajo estén ubicados en términos municipales de menos de 30.000 habitantes, combinándose, por lo tanto, los criterios de "empresa" y de "centro de trabajo".

50.- En materia de contratación, tanto el artículo 38 de la Ley 13/1982 de 13 de abril, como el artículo 4 del R.D. 1451/1983 de 11 de mayo, por el que se desarrolla lo previsto en la primera, refieren el número de trabajadores a la empresa y no al centro de trabajo, para imponer la obligación de contratar a personal con minusvalías.

Por el contrario, el R.D. 2317/1993 de 29 de diciembre, al establecer el número de aprendices con que

puede contar la empresa en atención a su volumen de empleo, refiere éste al centro de trabajo y no a la empresa en su conjunto (art. 7.3).

51.- En cuanto a las disposiciones sobre seguridad e higiene, la referencia a la empresa como criterio de imputación se realiza tanto en la normativa que regula los Vigilantes de Seguridad (Orden de 9 de marzo de 1971), como en la que establece las previsiones relativas a los Servicios Médicos de Empresa (Decreto 1036/59 de 10 de junio).

Por lo que se refiere a los Comités de Seguridad e Higiene en el trabajo, si bien de la lectura del artículo primero del Decreto 432/71 de 11 de marzo podría desprenderse que el centro de imputación lo constituye tanto la empresa como el centro de trabajo, de modo que la obligación de constituir dichos comités recayese tanto sobre los centros de trabajo que individualmente considerados sumen la cifra de 100 trabajadores, como a las empresas que, contando con una pluralidad de centros, en ninguno de ellos se alcanzase dicha cifra, pero sí en su conjunto; el Tribunal Central de Trabajo, en sentencia de 11 de enero de 1989 (Ar. 1), considera que dicha obligación sólo pesa sobre aquellas empresas que reúnan en un solo centro de trabajo la

cantidad de 100 trabajadores, así como sobre aquellas otras en que, existiendo varios centros, en alguno de ellos se rebase tal número, sin que, en ningún caso, dicha obligación afecte a aquellas empresas que, contando con varios centros, en ninguno de ellos se supere semejante nivel de ocupación, aun cuando así suceda al computar la suma de los diversos centros de trabajo.

52.- La excepción más importante respecto de la selección del ámbito delimitado por la empresa como marco de referencia para el cómputo de trabajadores, la constituye las disposiciones referentes a la representación, tanto unitaria como sindical, de los trabajadores.

En efecto, tanto los artículos 62 y 63 del E.T., como el 10 de la L.O.L.S., contemplan la disyuntiva "empresa o centro de trabajo", entendiendo la doctrina que el verdadero criterio de referencia es, en ambos casos, el centro de trabajo y no la empresa⁹².

53.- Pero la problemática que suscita la

⁹² Esta cuestión viene analizada con más detalle en los apartados dedicados al estudio de los órganos de representación en la empresa, a los que me remito.

determinación del ámbito espacial al que referir el número de trabajadores no se limita exclusivamente a la elección de la empresa o el centro de trabajo como criterios de referencia, sino que se ve complicada por cuestiones tales como la propia noción de estos conceptos, así como por la presencia en el tráfico económico de estructuras organizativas complejas que, si bien agrupan a distintas sociedades jurídicamente independientes, pueden ser consideradas, a efectos laborales, como una única empresa.

a".- *EL CONCEPTO DE EMPRESA.*

54.- Por lo que se refiere al concepto de empresa, el ordenamiento laboral no contempla definición alguna del mismo⁹³, a pesar de las múltiples referencias que es posible encontrar a este concepto a lo largo de los textos legales y, en concreto, en el Estatuto de los Trabajadores, y cuya

⁹³ Una excepción se puede encontrar en la Orden de 21 de noviembre de 1959 por la que se regulan los Servicios Médicos de Empresa. En el artículo 4 de esta Orden se da una definición de empresa, -más política que jurídica-, fruto de la ideología de la época, definiéndose como "*unidad orgánica al servicio de la patria dedicada a la producción de bienes económicos en régimen de solidaridad entre los elementos que a ella concurren bajo el mando de un Jefe responsable ante el Estado, de acuerdo con la legislación laboral vigente*".

razón de ser estriba, como señala MIÑAMBRES PUIG⁹⁴, en que el legislador, cuando regula normativamente la relación jurídico-laboral, no la entiende fuera del contexto de la empresa, convirtiéndose ésta "en centro de imputación de muy numerosos preceptos jurídicos, los cuales no tendrían razón de ser fuera de ella".

55.- Precisamente a partir de las referencias que la normativa laboral realiza a la empresa, la doctrina⁹⁵ ha identificado dos significados distintos del término "empresa", uno subjetivo y otro objetivo.

Desde un punto de vista subjetivo, el vocablo "empresa" viene siendo utilizado, en el Estatuto de

⁹⁴ MIÑAMBRES PUIG, C., *El centro de Trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción*. Madrid. 1985. Pág. 55. Este autor apunta, por lo demás, tres criterios relativos a la empresa que aparecen en el E.T.: un criterio de 'actividad', que denota un contenido económico y que lleva a equiparar, en ciertas ocasiones, a la empresa con su titular; un criterio de 'organización global', en cuya virtud la empresa aparece como "un todo objetivamente organizado y globalizador de las relaciones jurídicas que tienen lugar en su seno"; y un criterio de 'continuidad', que surge cuando se trata de vincular al trabajador con la organización empresarial. (Op. cit., pág. 72).

⁹⁵ Así, AA.VV., *Derecho del Trabajo*, dirigido por SALA FRANCO, sexta edición, págs. 346 y ss. También MIÑAMBRES PUIG, C., op. cit., págs. 21 y ss.

los Trabajadores, como sinónimo de empresario, produciéndose así una identificación entre la empresa y la persona titular de la misma⁹⁶.

Desde una perspectiva objetiva, el Estatuto se refiere a la empresa como al "ámbito de organización y dirección" del que es titular el empresario, y dentro del cual los trabajadores prestan voluntariamente sus servicios retribuidos en régimen de ajenidad⁹⁷.

56.- En lo relativo a las disposiciones que se modulan según el tamaño de la empresa, se puede afirmar que los distintos preceptos que así lo hacen no se refieren a la empresa desde un punto de vista subjetivo, sino objetivo.

57.- Ahora bien, hay que tener presente que en algunas ocasiones la empresa, entendida como el ámbito de organización y dirección de que es titular

⁹⁶ Es lo que sucede, por ejemplo, en el artículo 22 del E.T. cuando establece que el sistema de clasificación profesional se establezca mediante negociación colectiva o, en su defecto, a través de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

⁹⁷ Esta es la definición objetiva que del término "empresa" cabe extraer a partir del artículo 1.1 del E.T.

el empresario, y al que se debe referir el número de trabajadores, no es un criterio claro.

La dificultad que puede acarrear la identificación de la empresa a estos efectos deriva de la existencia en la estructura productiva de los llamados "grupos de empresas", en los que a veces es verdaderamente complicado discernir si, pese a la apariencia formal de empresas jurídicamente distintas e independientes, en realidad se trata de una única empresa, perteneciendo por tanto los trabajadores a una única plantilla.

Esta dificultad ha venido agravada, por lo demás, por la falta, en el ámbito laboral, de una definición legal acerca de lo que constituye un grupo de empresas, ya que sólo la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento de empleo y protección por desempleo, define a los grupos de sociedades, y ello con objeto de excluirles de ciertos beneficios establecidos para el fomento de la contratación indefinida⁹⁸.

⁹⁸ Así, según la disposición adicional cuarta de esta norma, son grupos de sociedades a los formados por "empresas que constituyan una unidad de decisión porque cualquiera de ellas controla directa o indirectamente a las demás".

A estos efectos establece que "se entenderá que existe

Frente a esta falta de preocupación de la ley por la cuestión de los grupos de empresas, la doctrina⁹⁹ se ha mostrado sensible a los problemas que pudiera suscitar, si bien fundamentalmente desde la perspectiva de la responsabilidad empresarial (tratando de aclarar cuándo existe responsabilidad

control de una empresa dominada por otra dominante cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del artículo 42 del Código de Comercio", esto es, cuando una sociedad mercantil, "siendo socio de otra sociedad, se encuentre con relación a ésta en alguno de los casos siguientes: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores".

Para determinar la concurrencia de alguna de estas circunstancias, el mismo precepto, en su apartado segundo, dispone que "se añadirán a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por ésta, así como a otras personas que actúen en su propio nombre, pero por cuenta de alguna de ellas".

⁹⁹ Entre otros, CAMPS RUIZ, L.M. *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Estudios. Serie Relaciones Laborales. Madrid. 1986. De este mismo autor, "Tratamiento laboral de los grupos de sociedades (I) y (II)", *Actualidad Laboral*, nº.34 y 35, 1990. EMBID IRUJO, J.M. "Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en el Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, nº.5, 1985. PLA RODRIGUEZ, A. "Los grupos de empresas", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº.6, 1981. VAZQUEZ MATEO, F. "Jurisprudencia sobre los grupos de empresa", *Documentación Laboral*, nº.23, 1987.

solidaria de todas las empresas del "grupo").

Sin embargo, como ha señalado CAMPS RUIZ¹⁰⁰, la determinación del carácter unitario de la empresa conlleva también consecuencias a la hora de determinar la exigibilidad de los derechos que la legislación hace depender de la dimensión de la empresa. En estos casos se trata de decidir si en el cómputo de trabajadores debe atenderse solamente a los empleados en la empresa en cuestión, o también a los ocupados por las restantes empresas del "grupo".

Para el mencionado autor el asunto se resuelve atendiendo a las reglas del principio de unidad de empresa¹⁰¹, de modo que, si en virtud de tales

¹⁰⁰ CAMPS RUIZ, L.M. "la problemática jurídico-laboral...", cit., págs. 121 y 122.

¹⁰¹ Superado el criterio formal de la personalidad jurídica como único elemento identificador de empresas diferentes, este autor entiende que son criterios que determinan la apreciación de una única empresa: la constatación de una *plantilla única*, es decir, cuando los trabajadores "realizan su prestación de modo simultáneo e indiferenciado a varias sociedades del <<grupo>>", ("Tratamiento laboral de los grupos de sociedades (I)", cit., pág. 406); la existencia de una *caja única* (esto es, "cuando las sociedades operan con un elevado grado de comunicación entre sus patrimonios sociales, produciendo una verdadera confusión patrimonial entre ellas" -Derecho del Trabajo, dirigido por SALA FRANCO cit., pág. 354-); la situación de *empresario aparente y/o actuación unitaria del*

reglas cabe atribuir la condición de empresario al "grupo" en su conjunto, produciéndose, -en palabras de la S.T.C.T. de 25 de mayo de 1982 (Ar. 3120)-, una situación de "cotitularidad patronal" respecto de los trabajadores del grupo, habrá que considerar que todos los trabajadores del mismo pertenecen a una sola empresa y, por lo tanto, deberán ser computados a la hora de determinar la aplicación de las distintas disposiciones modalizadas en virtud del volumen de empleo de la empresa.

De este modo, CAMPS RUIZ defiende la posibilidad de que se apliquen a la empresa unitaria las reglas del art. 63.2 del E.T., relativas a la

'grupo' (es decir, "cuando las sociedades se presentan externamente como una sola empresa, creando una apariencia de unidad empresarial, que vincula frente a terceros a las sociedades que la provocan" -Derecho del Trabajo, cit., pág. 355-); y, finalmente, la presencia de una dirección centralizada y unitaria.

Pese a que normalmente estos elementos aparecerán conjuntamente, el profesor CAMPS RUIZ se ha planteado la posibilidad de decidir la existencia de la unidad de empresa en base a cada uno de ellos aisladamente considerados. En este sentido ha concluido ("Tratamiento laboral...", cit., pág. 411 y ss.) que si bien ello sería posible en el caso de los dos primeros, no se podría afirmar lo mismo respecto de los supuestos de empresario aparente y de existencia de una dirección unitaria, en cuyo caso, entiende este autor, que salvo que vayan acompañados de una confusión de plantillas o de patrimonio, no será posible el reconocimiento de la unidad de empresa, por lo que sus únicos efectos se limitarán al plano de la responsabilidad.

constitución del Comité de Empresa conjunto, en los casos en que las distintas empresas integradas en el "grupo" no sumen por separado la cifra mínima de trabajadores necesaria¹⁰².

Las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1986 (Ar. 5388) y de 13 de julio de 1990 (Ar. 6112), han venido a confirmar, de algún modo, la postura mantenida por CAMPS RUIZ. En estas sentencias, que consideran la existencia de unidad de empresa en base a, fundamentalmente, la unidad de dirección, se excluye la aplicabilidad del artículo 52.c) del E.T. (en su redacción anterior a la Ley 11/1994, esto es, cuando contemplaba la posibilidad de amortizar un puesto de trabajo individualizado en las empresas de menos de 50 trabajadores), en tanto que si bien ninguna de las empresas integrantes del "grupo" alcanza por sí sola el límite de los 50 trabajadores a partir del cual resultaba inaplicable dicha disposición, el cómputo global de los trabajadores del "grupo" sí excede de esa cifra de empleados¹⁰³.

¹⁰² *La problemática jurídico-laboral...*, cit., pág. 132.

¹⁰³ Sobre esta tendencia jurisprudencial, y en el ámbito del despido colectivo, se ha manifestado GOERLICH PESET, quien entiende que para determinar la existencia o no de un despido colectivo según los criterios del nuevo art. 51 del E.T.,

58.- Esta tendencia a tomar como ámbito del computo de efectivos a la unidad económica que puede vislumbrarse en ciertas ocasiones en los casos de los grupos de empresa, se encuentra bien afianzada en el ordenamiento jurídico-laboral francés, por lo menos en lo que se refiere a las instituciones de representación de los intereses de los trabajadores en la empresa.

En este contexto, el artículo L. 431-1 del *Code du Travail* prevé la obligatoriedad de designar un Comité de Empresa común en aquellos casos en que se reconozca, por medio de acuerdo o por decisión judicial, una unidad económica y social¹⁰⁴ que

deberá atenderse a cada una de las empresas integrantes del grupo individualmente consideradas, sin que se puedan tener en cuenta los despidos producidos en otras empresas del mismo grupo, argumentando que "al trasponer a nuestro Ordenamiento el precepto de la Directiva que regula el cumplimiento de las obligaciones de información por despido colectivo dentro del grupo de sociedades, se está partiendo del dato que el despido colectivo se produce dentro de cada una de éstas... y, por tanto, ésta -y no el grupo- constituye el marco apropiado para las operaciones de cómputo". *El Despido Económico y Tecnológico. (Causas y Procedimiento)*. Valencia, 1994, págs. 526 y 527.

¹⁰⁴ La unidad económica se concreta, según la sentencia de la Corte de Casación de 23 de julio de 1985, *Union laitière normande et autres c. Lesénéchal et Fédération générale agroalimentaire CFDT*, (*Droit Social*, nº.1, 1986, págs. 16 y ss.), en la complementariedad y la compenetración de las actividades y la imbricación de estructuras jurídicas, de lo

agrupe, por lo menos, a 50 trabajadores (puesto que éste es el umbral a partir del cual surge, en el derecho francés, la obligación de contar con este tipo de representación de personal).

Sin embargo, y si bien la ley hace referencia exclusiva a la constitución de un Comité de Empresa, tanto la doctrina¹⁰⁵ como la jurisprudencia¹⁰⁶ han concluido que, a pesar del silencio de la ley a este respecto por lo que se refiere a otras instituciones de representación de los intereses de los trabajadores, la disposición es válida asimismo en

que se deriva una concentración de los poderes de decisión, y ponen de manifiesto la comunidad de intereses existente entre esas sociedades y cooperativas. Por lo que se refiere a la unidad social, de esta misma sentencia se desprende que ésta consiste en la intercambiabilidad del personal entre las distintas sociedades y cooperativas, en la existencia de unas condiciones de trabajo y remuneración análogas para todo el personal del grupo, así como en una gestión única y centralizada del personal.

¹⁰⁵ LYON-CAEN, G., y PÉLISSIER, J., *Droit du Travail, cit.*, pág. 760. SAVATIER, J., "L'unité économique et sociale entre personnes morales juridiquement distinctes". *Droit Social*, nº.1, 1986, pág. 12.

¹⁰⁶ Entre otras, la sentencia de la Corte de Casación de 3 de julio de 1985: *G.I.E. Ducros frères et autres c. Mme. Chappe et Union CFDT*, (*Droit Social*, nº.1, 1986, pág. 18). También, para el caso de elección de Delegados de Personal, la sentencia de la Corte de Casación de 29 de abril de 1985, *Bureau Allo Courses et autres c. Gernelstein et Fédération FO des transports*, (*Droit Social*, nº.1, 1986, págs. 19 y 20).

materia de elección de Delegados Sindicales y de Delegados de Personal.

59.- En el ámbito del derecho británico, la solución adoptada por el legislador para evitar que del recurso a la desconcentración productiva resulten perjuicios en el nivel de derechos y garantías de los trabajadores, ha consistido en la inclusión, en aquellas disposiciones cuya aplicabilidad depende del número de trabajadores, de la necesidad de que se computen a estos efectos los trabajadores al servicio de cualquier "empresario asociado"¹⁰⁷.

En este sentido, y según se establece en el artículo 297 de la *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act* de 1992, se considerará que se trata de empresarios asociados si uno es una sociedad respecto de la que el otro ostenta, directa o indirectamente, el control; o bien si se trata de sociedades respecto de las que una tercera persona

¹⁰⁷ La excepción la constituye, la *Employers' Health and Safety Policy Statement (Exception) Regulations* de 1975, que no se refiere a los empresarios asociados al exceptuar de la obligación de elaborar un informe escrito relativo a la política general observada en temas de seguridad e higiene en el trabajo, a los empresarios que empleen menos de 5 trabajadores.

las controla, directa o indirectamente¹⁰⁸.

Con esta medida, el legislador británico ha pretendido que se atienda a la unidad esencial de la empresa en lugar de a las distintas sociedades, formalmente independientes, que pudieran integrarla. Sin embargo, la solución adoptada dista mucho de resolver todos los problemas que pudieran plantearse dada la definición extremadamente limitada que se realiza de "empresario asociado"¹⁰⁹.

60.- Más difícil parece la consideración

¹⁰⁸ A estos efectos debe entenderse por "control", según se desprende de la sentencia dictada en el caso *The Secretary of State for Employment v. Newbold* (*Industrial Relations Labour Reports*, 1981, pág. 305), el poder de controlar la mayoría de los votos, vinculados a las acciones, que se ejerciten en una asamblea general, sin que importe quien sea la persona concreta encargada de la dirección y gestión de la empresa.

¹⁰⁹ En este sentido, HEPPLE, B.A., "The structure and responsibility of the employer", en *Sweet and Maxwell's Encyclopedia of Employment Law*, volumen 1, Londres, 1992, pág. 1202 y ss., quien ha puesto de relieve las carencias que presenta esta definición: por un lado, los problemas derivados del control de las empresas por una pluralidad de accionistas, cada uno de los cuales sea, aisladamente considerado, accionista minoritario; y, por otro, la exigencia de que cuanto menos una de las empresas implicadas esté constituida como sociedad anónima, (siendo necesario, -como señalan SMITH, I.T., y WOOD, C.J., en *Industrial Law*, 4ª edición. Londres, 1989, págs. 20 y 21-, que ambas empresas lo sean cuando se trate del segundo supuesto de la definición, es decir, de sociedades sujetas al control de una tercera persona).

unitaria de los trabajadores de un grupo de empresas, a estos efectos, en el caso italiano, donde, como señala MATTAROLO¹¹⁰, la posibilidad de sumar a los trabajadores de varias sociedades o empresas agrupadas viene sistemáticamente negada por la jurisprudencia de Casación¹¹¹, que entiende que la agrupación de sociedades ni absorbe la personalidad jurídica de las sociedades que la constituyen, ni da lugar a un centro de imputación, por lo que las distintas sociedades no pueden ser objeto de una consideración unitaria a los efectos de determinar la aplicación de normas modalizadas según la dimensión de la empresa.

b).- LA NOCION DE CENTRO DE TRABAJO.

61.- A diferencia de lo que ocurre con el concepto de empresa, en el Estatuto de los Trabajadores sí es posible encontrar una definición de centro de trabajo. En concreto, el artículo 1.5

¹¹⁰ MATTAROLO, M.G., "Gruppi di imprese e Diritto del Lavoro", en *Rivista Giuridica del Lavoro*, nº. 6, 1990, págs. 500 y 501.

¹¹¹ Entre otras, en las sentencias nº. 2484 de 15 de junio de 1977 y nº. 3845 de 10 de junio de 1986 (*Rivista Giuridica del Lavoro*, 1977, Parte II, págs. 1033 y ss.; y 1987, Parte II, págs. 97 y 98, respectivamente).

de este cuerpo legal lo define como "la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral".

Pero la existencia de esta definición no deja resueltos, dada su falta de precisión, todos los problemas que plantea la identificación del centro de trabajo, ya que éste puede ser confundido con otras estructuras organizativas de la empresa (lugar de trabajo, unidad productiva autónoma, -respecto de la que la doctrina ha venido discutiendo si posee un significado propio frente al centro de trabajo o si, por el contrario, ambos términos se refieren a una misma realidad¹¹²-, o incluso la propia empresa).

Y es que, como señala la S.T.C.T. de 12 de noviembre de 1980 (Ar. 5754), "en el complejo mundo de las relaciones laborales, aunque los términos lugar de trabajo (taller, fábrica, almacén comercio, oficina, etc.), centro de trabajo y empresa, en el lenguaje común pueden usarse, según lo que quiera

¹¹² Así lo pone de manifiesto BLAT GIMENO, F. en *Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva*, Tesis doctoral, Valencia, 1989, págs. 362 y ss., quien además señala la falta de un criterio unívoco sobre la unidad productiva autónoma en las decisiones jurisprudenciales. También MONEREO PEREZ, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, Ministerio de Trabajo, 1987, págs. 223 y 224.

expresarse, indistinta o diferenciadamente, cuando se utilizan como conceptos jurídicos no expresan ideas coincidentes".

Ante la falta de precisión en la definición legal del centro de trabajo, la identificación del mismo y su individualización respecto de estos otros conceptos afines, dependerá del modo en que doctrina y jurisprudencia aborden el tema.

De esta forma, MONEREO PEREZ¹¹³ ha identificado dos orientaciones acerca de la noción de centro de trabajo: una que equipara sustancialmente el centro de trabajo al establecimiento en cuanto unidad técnica de producción con organización específica¹¹⁴; y otra en la que se asimila el centro de trabajo con la unidad productiva autónoma objeto de transmisión a que se refiere el artículo 44 del

¹¹³ *Las relaciones de trabajo...*, cit., pág. 222 y ss.

¹¹⁴ Orientación seguida, entre otros por SALA FRANCO, T., y MARTINEZ RAMIREZ, J.M., "El concepto de centro de trabajo. (Problemas interpretativos del artículo 1º.5 ETT)". *Actualidad Laboral*, nº. 33, 1985, pág. 1652; así como por la S.T.C.T. de 12 de noviembre de 1980 (Ar. 5754), en la que se señala que mientras el lugar de trabajo se refiere a la estructura del sitio en que se trabaja y del trabajo que en él se realiza, el centro de trabajo "denota la idea de unidad técnica de producción", y la empresa la más amplia de unidad organizativa.

E.T.¹¹⁵.

En todo caso, lo que la doctrina¹¹⁶ ha puesto de manifiesto es que la intención del legislador ha sido la de proporcionar una definición "instrumental"¹¹⁷ de centro de trabajo, amplia y flexible, que sea válida para todas y cada una de las diversas instituciones en que incide este criterio.

¹¹⁵ Así, ALONSO OLEA, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*. Madrid. 1980. Pág. 148 (criterio confirmado en *El Estatuto de los Trabajadores. Texto actualizado, jurisprudencia, comentario*. Madrid. 1987. Pág. 187). También, en este sentido, las sentencias del T.C.T. de 30 de junio de 1982 (Ar. 3953) y de 3 de noviembre de 1982 (Ar. 5956), en la que se puede leer que "la 'unidad productiva autónoma' objeto de cesión que provoca la subrogación empresarial... es el centro de trabajo, esto es, el núcleo de trabajo o establecimiento 'con organización específica' (art. 1.5 del Estatuto) y sobre el que se desarrollan los derechos de representación colectiva y de reunión regulados en el Título II del Estatuto". Si bien, como señala MONEREO PEREZ, cabe apreciar un cambio en la jurisprudencia tendente a diferenciar los conceptos de centro de trabajo y unidad productiva autónoma.

¹¹⁶ BLAT GIMENO, F. *Análisis jurídico-laboral...*, cit., pág. 366; MONEREO PEREZ, J.L., *Las relaciones de trabajo...*, cit., págs. 225 y ss.; SALA FRANCO, T., y RAMIREZ MARTINEZ, J.M. "El concepto de centro de trabajo...", cit., págs. 1654 y 1655.

¹¹⁷ MONEREO PEREZ, J.L., *Las relaciones de trabajo...*, cit., pág. 225.

Es por ello por lo que para delimitar en el caso concreto el ámbito que constituya un centro de trabajo, habrá que tener presente cual es la finalidad de la norma en cuestión, sin que se tenga que dar *"un tratamiento unitario a instituciones que responden a finalidades distintas"*¹¹⁸.

Se trata, por tanto, de una noción funcional que deberá interpretarse *"según la institución jurídica de referencia"*¹¹⁹. De este modo cabe afirmar que el concepto de centro de trabajo en el marco de la sucesión de empresa (artículo 44 del E.T.), puede no coincidir con el que se adopte para fijar el ámbito de constitución de las instituciones de representación de los trabajadores (artículos 62 y siguientes del E.T. y 10 de la L.O.L.S.).

En virtud de este criterio funcional de centro de trabajo, MONEREO PEREZ¹²⁰ ha señalado, en relación a las instituciones de representación de los trabajadores, que el centro de trabajo deberá consistir en una unidad productiva provista de una

¹¹⁸ BLAT GIMENO, F, *op. cit.*, pág. 366.

¹¹⁹ MONEREO PEREZ, J.L. *op. cit.*, pág. 226.

¹²⁰ *Op. cit.*, pág. 227.

cierta autonomía en lo que se refiere a Comités de Empresa o Delegados de Personal, y ello en razón a las funciones asignadas por el Estatuto de los Trabajadores (arts. 62.2 y 64) a estos órganos; mientras que en el caso de la representación sindical, el centro de trabajo es considerado como *"una unidad de participación y control en la que puede constituirse la Sección Sindical"*.

62.- Por lo demás, lo que la jurisprudencia¹²¹ ha dejado claro sobre la concreción de lo que constituya el centro de trabajo es, como ya había adelantado la doctrina¹²², la imposibilidad de que quede al arbitrio del empresario, así como al de los trabajadores, la decisión última acerca de reconocer la existencia de un centro de trabajo¹²³, dada la

¹²¹ Entre otras, las S.T.C.T. de 27 de febrero de 1987 (Ar. 4597) y de 9 de marzo del mismo año (Ar. 7058).

¹²² SALA FRANCO, T., y RAMIREZ MARTINEZ, J.M., "El concepto de centro de trabajo...", cit., pág. 1650, donde se señala que *"si algún sentido tiene el hecho de que la ley defina lo que deba entenderse por centro de trabajo es precisamente la voluntad de la misma de no dejar la determinación de lo que sea centro de trabajo a la libre voluntad de ninguna de las partes. Y ello por la trascendencia que el centro de trabajo posee tanto en las relaciones laborales individuales como en las colectivas"*.

¹²³ En este sentido también se manifiesta CRUZ VILLALON ("El desarrollo del proceso electoral...", cit., pág. 27), para quien la identificación de lo que constituya un centro de

finalidad interpretativa del artículo 1.5 del E.T., que pretende fijar la esencia de este concepto proporcionando una regla para la interpretación del mismo.

Es por ello por lo que la exigencia de que el centro de trabajo deba ser dado de alta como tal ante la autoridad laboral no constituye un requisito esencial, sino que se trata de un requisito formal que sirve meramente como presunción *iuris tantum* de la existencia de un centro de trabajo.

De esta forma se evita que el empresario pueda decidir, arbitraria e interesadamente, cual sea la verdadera estructura jurídica de su organización productiva, con lo que podría condicionar los derechos -fundamentalmente de representación- de sus trabajadores.

Ello es posible puesto que al ser el centro de trabajo el ámbito al cual se debe referir el cómputo del número de trabajadores que sirve para determinar la cantidad de representantes que corresponde en cada caso, los intereses entre trabajadores y

trabajo tampoco puede ser objeto de acuerdo entre los trabajadores o sus representantes y el empresario.

empresario a la hora de reconocer lo que constituya un centro de trabajo son contrapuestos, si bien hay que tener presente que, -tal y como señalan SALA FRANCO Y RAMIREZ MARTINEZ¹²⁴-, "el centro de trabajo es una realidad cuya manipulación interesada dependerá siempre de las circunstancias"¹²⁵.

Y es que si bien en unas ocasiones puede resultar más interesante para los trabajadores la apreciación de un mayor número de centros (como sería el supuesto de una empresa con 500 trabajadores, en cuyo caso, de considerar a la empresa en su conjunto como un solo centro de trabajo, correspondería la presencia de un Comité de Empresa integrado por 13 miembros, con un crédito horario total de 390 horas mensuales, mientras que si se lograra identificar, en esa misma empresa, tres centros de trabajo, uno con 110 trabajadores, otro con 300 y otro con 90, el número de representantes ascendería a 27 y el del crédito de horas a 615 -9 miembros con 20 horas en el centro de 110 trabajadores, 13 miembros con 30 horas cada uno

¹²⁴ *Op. cit.*, pág. 1650

¹²⁵ Esto mismo queda puesto de relieve por CRUZ VILLALON, J., en "El desarrollo del proceso electoral... *cit.*, págs. 26 y 27.

en el centro de 300, y 5 miembros con derecho a 15 horas cada uno en el centro de 90 trabajadores-); en otras puede suceder lo contrario (como ocurriría cuando una empresa solamente alcanzara el umbral mínimo para contar con representación de personal si se entendiera la existencia de un único centro de trabajo)¹²⁶.

63.- El acogimiento de un criterio funcional de centro de trabajo en materia de representación de los trabajadores, tiene un claro reflejo en el ordenamiento jurídico-laboral francés, donde la jurisprudencia francesa se ha venido caracterizando por la adopción de una noción relativa y pragmática de establecimiento¹²⁷, dando preeminencia a posibilitar el que tanto los representantes unitarios como sindicales puedan desarrollar efectivamente su misión.

¹²⁶ Este dato no es una característica exclusiva de nuestro ordenamiento, sino que es igualmente constatable en los de países de nuestro entorno, como es el caso del ordenamiento laboral francés (en este sentido, LYON-CAEN y PÉLISSIER, *op. cit.*, pág. 754).

¹²⁷ En este sentido, CATALA, N., "L'entreprise", en *Droit du Travail*, tomo 4. París, 1980. Pág. 99; JAVILLIER, J.C., *Droit du Travail*, *cit.*, pág. 132; LYON-CAEN, G. y PÉLISSIER, J., *op. cit.*, pág. 754; y *Liaisons Sociales*, nº. 9695 de 27 de marzo de 1986, pág. 17.

De esta manera, los tribunales han venido manteniendo que existe un establecimiento distinto siempre que ello fuera necesario para facilitar el cumplimiento de las funciones de estos representantes¹²⁸. De este modo puede ocurrir que en una misma empresa puedan existir un establecimiento, en relación a los derechos del Comité de Empresa, y varios para los Delegados de Personal o las Secciones y Delegados Sindicales¹²⁹.

Sin embargo, SAVATIER¹³⁰ ha destacado cómo, en la sentencia de 10 de octubre de 1990, los jueces han prescindido, para el caso de los Delegados de Personal, del carácter funcional del concepto, partiendo de una noción apriorística de

¹²⁸ Paradigmática en este sentido es la sentencia de 15 enero 1970, *Société Citroën c/ Syndicat Général des Métaux de Gennevilliers et autres*, (*Droit Social*, nº.5, 1970, pág. 232), donde se atribuye a un taller la condición de establecimiento distinto a los efectos de elegir Delegados Sindicales, y ello porque de otro modo, al estar separado el mismo en diez kilómetros de la dirección de la empresa, se impediría a estos representantes el ejercicio de su función de nexo entre los miembros del sindicato en la base y los representantes del empresario.

¹²⁹ En este sentido, JAVILLIER, J.C., *Droit du Travail*, cit., pág. 132; LYON-CAEN, G. Y PÉLISSIER, op. cit., pág. 755.

¹³⁰ SAVATIER, J, "La définition de l'établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel", *Droit Social*, nº. 1, 1991, págs. 40 y ss.

establecimiento distinto y ello en parte debido, como señala este autor, a que los tribunales han sido sensibles a las críticas referidas a la ausencia de método a que puede conducir el pragmatismo hasta entonces mantenido.

c).- LA IMPORTANCIA DEL FACTOR GEOGRAFICO.

64.- Una última cuestión a la que cabe hacer referencia en la delimitación del ámbito dentro del cual se debe efectuar el cómputo de trabajadores, es la importancia que, en ciertas ocasiones, reviste la distancia geográfica a estos efectos.

Es lo que sucede, por ejemplo, en materia de Servicios Médicos de Empresa y en cuanto a representación unitaria de los trabajadores¹³¹. Así, en el primero de los casos, el artículo 7 de la Orden de 21 de noviembre de 1959 por la que se establece el Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa, señala que para apreciar si una empresa cuenta con una plantilla superior a los mil trabajadores (cifra señalada en el art. 5 de esta

¹³¹ También respecto de la obligación de establecer economatos juega un importante papel este criterio. (Vid. *infra*.)

misma norma como umbral a partir del cual la empresa vendrá obligada a organizar este tipo de servicio), habrá que considerar la cifra de trabajadores empleados por la empresa en una misma localidad o población, así como el número de aquellos al servicio de centros de trabajo que no estén separados entre sí más de 100 kilómetros, considerándose empresas distintas a los efectos de la implantación de Servicios Médicos de Empresa, en caso de que los centros estuvieran separados por una distancia superior.

Se trata con ello de evitar que por culpa de la dispersión de los distintos centros de la empresa dichos servicios pierdan su efectividad, como lo demuestra, en primer término, el hecho de que no sea posible proceder a agrupar al personal de los centros distantes entre sí no más de 100 kilómetros, cuando los riesgos específicos de la actividad justifiquen el establecimiento de servicios independientes por centro, o su agrupación con otros de la misma localidad y características; y, en segundo, el que se permita á las empresas agrupar en sus Servicios propios a tales centros siempre que, a juicio de la Organización de los Servicios Médicos de Empresa, estos dispusieran de los medios

apropiados para la atención de sus trabajadores.

65.- Algo similar ocurre con la regulación de la representación unitaria de los trabajadores, respecto de la cual el E.T. contempla, en el artículo 63.2, una serie de medidas para que se puedan ampliar el número de centros de trabajo con derecho a representación unitaria, procurando, en todo caso, evitar la pérdida de contacto entre representados y representantes que podría suponer acoger criterios excesivamente amplios¹³².

b'.- MOMENTO EN QUE DEBE REALIZARSE EL CÁMPUTO DE TRABAJADORES¹³³.

66.- El volumen de empleo ocupado por las empresas no es, por lo general, un parámetro que permanezca

¹³² Un análisis más detenido al respecto se realiza en el apartado dedicado al estudio de la representación de los trabajadores en las PYMEs.

¹³³ La cuestión del momento en que debe realizarse el cómputo tiene una doble vertiente: en primer lugar se trata de decidir cuál es la fecha de referencia para realizar el cómputo (que normalmente coincidirá con la de la adopción de la medida en cuestión); en segundo, se trata de determinar el intervalo de tiempo, anterior a esa fecha, al que hay que referirse para llevar a efecto el recuento de trabajadores.

Estos dos conceptos se encuentran estrechamente vinculados, por lo que serán objeto de un tratamiento conjunto en este apartado.

constante a lo largo de la vida de las mismas, sino que habitualmente suele variar, tanto en sentido positivo (aumentando el número de trabajadores ocupados), como negativo (reduciéndose el número de efectivos de la empresa).

Es por este motivo por lo que la fijación del momento al que hay que referir el recuento del personal de la empresa para acordar la aplicación de determinadas normas puede tener gran trascendencia¹³⁴, fundamentalmente en aquellas empresas en que por la propia naturaleza de sus actividades se requiere más efectivos en determinados períodos a lo largo del año. En tales casos, de la elección de uno u otro momento puede depender la aplicabilidad o no de tales disposiciones.

67.- La cuestión del marco temporal en el que deben computarse los trabajadores para determinar la aplicación de una determinada normativa no ha sido, a pesar de su importancia, ampliamente contemplada por

¹³⁴ Más aún en los supuestos en que las normas no establecen un intervalo de tiempo al que extender el cómputo, que permita obtener la media ocupacional que la empresa ha experimentado en ese lapso de tiempo.

nuestro legislador¹³⁵.

68.- Resulta así que, en una materia tan trascendente como la de representación de los trabajadores, solamente se ha hecho referencia a este tema a efectos del cómputo de los trabajadores temporales (artículo 72.2.b) del E.T.), señalándose como momento al que atender en tales supuestos, el de la convocatoria de la elección, y como intervalo de tiempo a considerar a la hora de efectuar el recuento, el año anterior a dicho momento¹³⁶.

Al respecto, un sector de la doctrina había puntualizado lo dispuesto en este precepto, entendiendo que dicho momento debía ser el de la comunicación de la promoción de las elecciones, y no el del inicio del

¹³⁵ En este sentido cabe señalar que nuestro ordenamiento no es tan proclive a fijar con precisión este dato como sucede en otros, por ejemplo el británico, donde si bien no se sigue un criterio estable al respecto, las normas suelen contener alguna referencia al ámbito temporal al que hay que referirse para llevar a cabo el cálculo de los trabajadores, lo cual no evita que surjan complicaciones interpretativas sobre el particular (Vid. SMITH, I.T., "Employment Laws and the Small Firm", *The Industrial Law Journal*, Vol. 14. 1985. págs. 18 y ss. -20 a 23 en particular-).

¹³⁶ El precepto en cuestión dispone que "los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección".

proceso electoral, por cuanto "la comunicación de la promoción cumple la función típica de toda convocatoria de un proceso electoral"¹³⁷. Sin embargo, con el R.D. 1844/1994, parece más claro que el momento a tener en cuenta es el de la fecha de iniciación del proceso electoral, dado que es a éste al que se refiere el artículo 9.4 de la citada disposición legal, debiendo entenderse por tal fecha, la de la constitución de la mesa electoral (art. 67.1 del E.T. en su dicción tras la reforma introducida por la Ley 11/1994).

Por su parte, los tribunales se habían encargado de matizar que, en todo caso, no se trata de promediar el número de empleados que han trabajado en el año anterior a la convocatoria, de modo que únicamente habrá que incluir en el cálculo los días trabajados por aquellos operarios que tuvieran contrato en vigor en dicho instante -independientemente de que hubiesen prestado servicios a lo largo de ese período bajo un único contrato o una pluralidad de ellos-, quedando fuera los correspondientes a aquellos otros trabajadores temporales que, habiendo trabajado en dentro de ese año, no estuviesen vinculados a la empresa en el momento de

¹³⁷ Así, RAMIREZ MARTINEZ Y SALA FRANCO, "Algunas reflexiones en torno a...", cit., pág. 342.

la convocatoria¹³⁸.

Esta solución (que es la que se debe mantener actualmente en virtud de lo establecido en el R.D. 1844/1994¹³⁹) sería, en mi opinión, adecuada, si las

¹³⁸ En este sentido, la S.M.T. de Albacete 313/87 de 1 de abril (vid. CRUZ VILLALON, "El desarrollo del proceso electoral...", cit., pág 58); S.M.T. de Baleares 4/87 de 12 de enero, y S.J.S. nº. 4 de Oviedo de 5 de noviembre de 1990 (publicada en *Actualidad Laboral* nº. 1, 1991). También lo entienden así RAMIREZ MARTINEZ y SALA FRANCO, "Alguna reflexiones en torno...", cit., págs. 341 y 342). En sentido contrario, incluyendo también en el cómputo a los trabajadores que no tuviesen vínculo contractual con la empresa en el momento de la convocatoria, las SS.J.S. de Barcelona 332/1990, de 20 de abril y 253/1991, de 14 de mayo, así como la S.J.S. de Alicante 443/1990, de 25 de noviembre.

¹³⁹ Así parece desprenderse de lo señalado en el art. 9.4 de esta disposición legal cuando, en su último párrafo, dispone que *"cuando el cociente que resulta de dividir por 200 el número de días trabajados, en el período de un año anterior a la iniciación del proceso electoral, sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores que presten servicios en la empresa en la fecha de iniciación del proceso electoral, a efectos de determinar el número de representantes"*, de donde se deduce que solamente habrá que tener en cuenta a estos trabajadores, por cuanto que mantener lo contrario podría conducir al absurdo de que pudiera llegar a computarse un número menor de trabajadores en casos en que se hubiera trabajado un mayor número de días (por ejemplo: el caso de una empresa en la que presten servicios, en la fecha de iniciación del proceso electoral, dos trabajadores contratados por tiempo inferior al año, y que hubiese contado con los servicios de un tercer trabajador contratado en estas condiciones pero cuyo contrato se hubiese extinguido con anterioridad a dicho momento. En este caso, de mantener la necesidad de considerar a todos los trabajadores, podría resultar que, si la suma de

reglas contenidas en el artículo 72.2.b) del E.T. se retuvieran aplicables, exclusivamente, con respecto a la determinación del número de representantes que corresponda¹⁴⁰, y no para determinar el volumen de empleo que va a implicar la posibilidad de contar con estructuras de representación unitaria del personal (tal y como se establece en el art. 9.4 del R.D. 1844/1944, en consonancia con lo que en alguna ocasión se había hecho¹⁴¹, y buena parte de la doctrina entendía que era como debía hacerse¹⁴²), puesto que de esta forma no se atiende a la finalidad de la norma, que no es otra que contemplar de la forma más fehaciente posible las reales dimensiones de la empresa (tratando de fijar el volumen

los días trabajados por estos asalariados fuese de 700 -200 de cada uno de los dos con contrato en vigor, y 300 de aquél con contrato extinguido-, el número de trabajadores a tener en cuenta sería el de 2, al entrar en juego el límite del art. 9.4 del R.D. 1844/1944; mientras que si el total de días fuese de 600 -200 días de cada uno de los trabajadores-, no debería tenerse en cuenta dicho límite por cuanto el cociente resultante de dividir por doscientos el número de días trabajados sería igual al de los trabajadores computados).

¹⁴⁰ Con ello no se haría más que adecuar el número de Delegados de Personal o de miembros del Comité de Empresa al volumen de efectivos a que tuvieran que representar, sin que, por consiguiente, se tuviera que tener en cuenta a los trabajadores que ya no mantuvieran un vínculo contractual con la empresa.

¹⁴¹ Vid. CRUZ VILLALON, "El desarrollo del proceso electoral...", *cit.*, pág. 57.

¹⁴² Vid. nota nº. 76.

global de trabajo asalariado), para establecer los órganos de representación de los trabajadores¹⁴³.

Por todo ello, considero que habría sido lo más oportuno incluir, en el cómputo de días trabajados, los correspondientes a todo trabajador que hubiera prestado sus servicios para la empresa en el año anterior a la convocatoria de elecciones, independientemente de que en ese momento estuviese o no vigente su contrato de trabajo con la empresa¹⁴⁴.

69.- Así pues, el recuento de trabajadores para decidir, en su caso, el tipo de órgano a designar, así como el número de representantes a elegir, no tiene fijado por ley -a parte del caso referido- un momento al cual referirse dentro de los múltiples instantes del proceso electoral que pueden tomarse como punto de referencia (promoción, iniciación del proceso, presentación de candidaturas, proclamación de las mismas, etc), sin que tampoco se prevea un intervalo de tiempo para considerar el volumen de efectivos ocupados

¹⁴³ Así lo entiende CRUZ VILLALÓN, J., "El desarrollo del proceso electoral 'sindical'..." cit., pág. 58.

¹⁴⁴ En este mismo sentido se manifiesta BLASCO PELLICER, C.; "Elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa", Tesis doctoral (pendiente de lectura y defensa) Valencia, 1994, págs. 95 y ss.

en la empresa (lo que necesariamente lleva a concluir que el espacio de tiempo a tener en cuenta para el cálculo del número de trabajadores, quedará reducido al que se escoja como momento del cómputo).

CRUZ VILLALON ha estimado, por razones de seguridad jurídica, que el cálculo del número de trabajadores a estos propósitos debe ser realizado antes de la publicación del censo, inclinándose, dentro de los posibles momentos temporales anteriores a éste, por el de la convocatoria, y ello no sólo por razones de analogía con el artículo 72.2.b) del E.T., sino también porque con semejante opción se evita posibles manipulaciones del censo por parte del empresario a través de traslados, desplazamientos, extinciones de contratos, etc¹⁴⁵.

El problema, puesto de relieve por RODRIGUEZ SAÑUDO desde hace algún tiempo¹⁴⁶, puede surgir, a los efectos que aquí interesa, en el caso de que todos o algunos de los trabajadores con contratos de duración determinada extingan su contrato en el período que medie entre la iniciación del proceso electoral y la fecha de la

¹⁴⁵ CRUZ VILLALON, J., *op. cit.*, pág. 52.

¹⁴⁶ RODRIGUEZ SAÑUDO, F. "La reforma del Título II de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". *cit.*, págs. 12 y 13.

votación, de tal manera que no puedan participar en el proceso electoral¹⁴⁷.

En semejantes situaciones surge la cuestión de si tales trabajadores o, en su caso, los días por ellos trabajados, deben computarse o no a los efectos de la determinación del número de representantes, agravándose el tema en los supuestos en que el número de trabajadores se encuentre en los límites legales para el establecimiento de la representación, o en los límites que implican una representación a través de Delegados de Personal o por medio de Comités de Empresa.

Para el citado autor, la solución lógica a este dilema radica en tomar como punto de referencia el momento de la votación, de modo que el número de trabajadores a tener en cuenta a estos efectos no sea otro que el de los electores¹⁴⁸, no siendo tenidos en

¹⁴⁷ Como señala el propio RODRIGUEZ SAÑUDO en la obra citada, si bien es cierto que este problema podría plantearse igualmente por la baja de trabajadores fijos, no lo es menos que la movilidad de los trabajadores que no reúnen esta condición es mucho mayor.

¹⁴⁸ La referencia al número de electores la entiendo equivocada por cuanto los arts. 62.1, 63.1, y 66.1 se refieren claramente al número de trabajadores de la empresa (o centro de trabajo) para establecer la obligación de constituir estructuras de representación del personal así como para determinar el número de representantes que correspondan en cada

cuenta aquellos trabajadores que sean baja en la empresa por terminación de su contrato, tras el momento en que se inicia el proceso electoral, pero antes de la fecha de votación¹⁴⁹.

De otra forma lo entiende CRUZ VILLALON¹⁵⁰, para quien las posibles alteraciones en el número de efectivos que pudieran verificarse a lo largo del proceso electoral, no deben tener en ningún caso influencia alguna sobre el mismo.

Por su parte, la postura jurisprudencial ha sido la de considerar que, como señala la S.T.C.T. de 3 de octubre de 1985 (Ar. 5875), la proporción entre el número de representantes y el censo de trabajadores "no está referida a la dimensión de la plantilla en cada momento, sino a la fecha en que se inició el proceso electoral".

caso, mientras que electores no podrán serlo todos los trabajadores de la empresa (o centro en su caso), sino únicamente aquellos que reúnan los requisitos del art. 69, es decir, que sean mayores de 16 años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes. ,

¹⁴⁹ Evidentemente quedarían excluidas de esta regla todas aquellas maniobras empresariales fraudulentas que tuvieran por objeto privar a los trabajadores de su legítima representación laboral.

¹⁵⁰ Op. cit., pág. 53.

70.- En otras materias, como puede ser la reducción de la indemnización a cargo del empresario que emplee a menos de 25 trabajadores en los casos de extinción del contrato de trabajo en virtud de expediente de regulación de empleo (art. 33.8 E.T.), nada dispone la ley sobre el ámbito temporal en el que procede efectuar el recuento.

Para este caso, GARCIA MURCIA señala que el momento para realizar el cómputo será el del inicio del expediente de regulación de empleo que conduzca a la extinción de los contratos de trabajo, debiendo estar completamente delimitado el número de trabajadores de la empresa cuando la autoridad laboral resuelva el expediente¹⁵¹.

Por su parte, la jurisprudencia, para el supuesto contenido en el derogado art. 56.4 del E.T., había venido manteniendo diversas posturas. Así, por una parte, la S.T.C.T. de 25 de mayo de 1982 (Ar. 3083), señalaba que *"la exigencia de que la empresa demandada tenga menos de 25 trabajadores, ha de entenderse referida en el tiempo a la fecha en que se produjo el despido del actor"*, de donde resulta que el número de

¹⁵¹ GARCIA MURCIA, J., "La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial", cit., pág. 149.

trabajadores que habrá que considerar es el existente en el día en que se hubiera producido el despido, independientemente de las variaciones que hubiera podido sufrir el mismo en fechas recientes¹⁵². Por otra, la S.T.C.T. de 23 de julio de 1982 (Ar. 4535) hacía referencia al mes en que hubiera sido despedido el trabajador¹⁵³.

El problema que podría plantear esta última tendencia es la de cómo considerar si la empresa alcanza o no un determinado umbral, en los supuestos en que dentro de un mismo mes se produzcan variaciones en el número de efectivos: ¿Bastará con que se supere dicho umbral, incluso por un solo día, para considerar que la legislación que lo contemple ya no es aplicable a la empresa?, ¿deberá calcularse el promedio de trabajadores vinculados a la empresa en ese mes?, o ¿habrá que

¹⁵² De este modo, en el supuesto contemplado por la sentencia en cuestión se entiende que la empresa contaba con menos de 25 trabajadores, ya que si bien en un cierto momento dentro del mes en que fue despedido el trabajador aquella reunía un volumen de 25 efectivos, 10 fueron dados de baja en fecha anterior a la del despido, permaneciendo únicamente en activo 15 trabajadores en dicho momento.

¹⁵³ Esta sentencia señala que "en la prueba documental aportada por el empresario demandado, consistente en los boletines de cotización a la Seguridad Social y en partes de accidentes de trabajo, consta que en el mes de noviembre 1980 en que fue despedido el actor, la empresa tenía menos de 25 trabajadores a su servicio".

atender a lo que resulte de la mayoría de los días del mes, de manera que haya que entender que el volumen de empleo de la empresa queda por debajo de un determinado número si, durante más de la mitad de dichos días, la cantidad de ocupados en la empresa hubiese sido inferior al mismo?.

En cualquier caso, lo que la jurisprudencia viene manteniendo es la necesidad de que se acredite, a través de los medios de prueba oportunos (Libro de Matrícula del personal, boletines de afiliación y cotización a la Seguridad Social, certificación de sus Entidades Gestoras del número de trabajadores en alta, nóminas o recibos salariales, etc.), el número de trabajadores, sin que sea suficiente la mera declaración de alguna de las partes alegando una cierta dimensión de la empresa¹⁵⁴.

71.- De las opciones acogidas es de destacar que permiten, -de forma más patente aquellas que se refieren a un punto muy concreto en el tiempo-, maniobras fraudulentas por parte del empresario tendentes a

¹⁵⁴ Entre otras, las SS.T.S. de 22 de abril de 1985 (Ar. 1895), 13 de mayo de 1985 (Ar. 2698), 6 de febrero de 1986 (Ar. 714).

beneficiarse de este tipo de disposiciones¹⁵⁵, y que exigen, por tanto, una mayor atención de los tribunales para apreciar una posible actuación empresarial en fraude de ley¹⁵⁶.

Además inciden de un modo más negativo sobre aquellas empresas que utilicen trabajadores con contrato temporal, puesto que podrían verse compelidas a soportar determinadas obligaciones por el hecho de contar, aun cuando se tratase de modo muy puntual, un determinado volumen de trabajadores.

72.- La normativa sobre Servicios Médicos de Empresa contempla expresamente el supuesto de empresas que empleen un número variable de trabajadores, intentando

¹⁵⁵ Baste pensar en el supuesto de una empresa con 25 o 26 trabajadores que en un momento dado se vea en la necesidad de reducir su personal y que, para favorecerse del menor coste económico derivado de lo establecido en el art. 33.8 del E.T., decidiera reducir paulatinamente el número de trabajadores para que, a partir de un determinado momento, -cuando la empresa tuviera menos de 25 trabajadores-, la reducción de personal fuera menos onerosa, decidiendo entonces iniciar el expediente de regulación de empleo.

¹⁵⁶ Como denuncia BIAGI (*La dimensione dell'impresa...*, cit., págs. 142 y 143), si bien referir el cálculo de trabajadores al momento en que se pretenda aplicar la norma en cuestión es la vía más sencilla y práctica para realizar el cómputo, en pocas ocasiones como en esta, la sencillez coincide con una profunda injusticia, resaltando el perfil discriminatorio connatural al criterio numérico-ocupacional.

proporcionar una solución al problema relativo al ámbito temporal en el cual efectuar el cómputo de trabajadores para determinar la obligatoriedad o no del establecimiento de dichos servicios, a efectos de evitar distorsiones derivadas de variaciones en el volumen de empleo.

En efecto, es el artículo 9 de la Orden de 21 de noviembre de 1959, el que señala, en su inciso primero, que *"aquellas empresas que por el carácter de su actividad (obras públicas, construcciones, etc.) empleen un número variable de obreros fijos o eventuales en los distintos años, computarán al implantar el Servicio Médico y para establecer la plantilla del mismo la cifra media durante los últimos cuatro años"*.

73.- Por todo lo expuesto cabe concluir que son criterios de este tipo, que tienen en cuenta el volumen de empleo de la empresa a lo largo de un período determinado y no en un momento concreto, los que aparecen como más oportunos para apreciar la dimensión de las mismas, puesto que permiten tomar en consideración aquellas variaciones que experimenten las empresas en el número de trabajadores empleados, que pudieran ser significativas a la hora de apreciar el

verdadero tamaño de la empresa¹⁵⁷.

Con ello se estaría evitando, al menos en parte, los problemas ya apuntados de los criterios que actualmente se siguen (es decir, de un lado, que resulten excesivamente perjudicadas aquellas empresas que hagan, por el motivo que sea, un uso más intensivo de la contratación temporal¹⁵⁸; y, de otro, ser demasiado

¹⁵⁷ Algunos ejemplos de este tipo de criterios en derecho comparado lo constituyen, por ejemplo, los artículos L. 412-11 y L. 431-1 del *Code du Travail* francés, en los que se señala que para la designación de, respectivamente, un Delegado Sindical y un Comité de Empresa, el umbral de al menos 50 trabajadores debe haberse mantenido durante doce meses, consecutivos o no, en el curso de los tres años precedentes.

En el derecho laboral británico, cabe hacer referencia a la solución adoptada por la *Companies Act* de 1985, que limita la obligación empresarial de informar a sus trabajadores acerca de las medidas tendentes a promover el empleo de los trabajadores minusválidos, así como para potenciar la participación del personal en la empresa, a aquellas en las que la media de trabajadores empleados a lo largo del año financiero exceda de 250, siendo dicha media el cociente derivado de dividir por el número de semanas existentes en el año financiero, la suma del número de trabajadores que en cada una de esas semanas hubiera estado vinculado mediante contrato de trabajo a la empresa, con independencia de que el trabajador hubiera estado contratado durante toda la semana en cuestión o sólo durante parte de ella (arts. 9 y 11, *Schedule 7*)

¹⁵⁸ Este mayor perjuicio que pueden sufrir las empresas que se vean forzadas a la contratación de personal eventual (como, por la naturaleza de sus actividades, es el caso de las empresas agrícolas), se ve agravado en aquellos supuestos en que el cómputo de efectivos de la empresa se refiere, no ya a un momento concreto en el tiempo, sino a cualquier momento desde el nacimiento de la propia empresa, tal y como ocurre en

propicios a maniobras empresariales elusivas tendentes a librarse de ciertas cargas legales o a beneficiarse de disposiciones más favorables)¹⁵⁹.

Ahora bien, tampoco así se lograrían solucionar todos los problemas, puesto que, como señala BIAGI¹⁶⁰, con el recurso a semejantes criterios se consigue "una aproximación más realista y cercana a la realidad que, sin embargo, no consigue resolver el problema de la mecanicidad (y por tanto, al menos en parte, de la arbitrariedad), del criterio numérico-ocupacional".

c'.- VARIACIONES EN EL NÚMERO DE TRABAJADORES.

74.- Un último punto a tratar derivado de la

determinados casos en el derecho británico. (En este sentido, SMITH, I.T., "Employment Laws and the Small Firm", cit., pág. 25).

¹⁵⁹ En este sentido, BIAGI, (*La dimensione dell'impresa...*, cit., pág. 146), quien hace referencia a la necesidad de otorgar a la ley un espacio de operatividad suficiente para evitar cualquier maniobra fraudulenta del empresario (*ibidem*, pág. 143), coincidiendo con lo manifestado por I.T. SMITH en "Employment Laws and the Small Firm", cit., pág. 30, quien estima que adoptando un marco de referencia amplio en el tiempo, se evita tener que escoger una fecha determinada en la que realizar el cómputo, reduciéndose así la posibilidad de que se obtengan resultados caprichosos debidos a fluctuaciones en el número de trabajadores.

¹⁶⁰ BIAGI, M., "Impresa minore, relazioni industriali e cultura manageriale...", cit., pág. 8.



elección del número de trabajadores como criterio modalizador de la legislación laboral, es el que concierne a las posibles variaciones que pueda experimentar dicho número y su influencia en la normativa aplicable.

No se trata, como en el supuesto analizado en el apartado anterior, de observar la incidencia de las oscilaciones en el volumen de efectivos en un período de tiempo previo a la aplicación de una determinada norma, sino que lo que aquí se pretende estudiar es cómo pueden repercutir las variaciones del número de trabajadores de la empresa sobre aquellas normas que se modalicen según este parámetro, y que tengan un reflejo no en un momento concreto, sino en un período de tiempo más o menos prolongado (tal y como sucede con las disposiciones que regulan las instituciones de representación de personal, o de constitución de órganos como el Comité de Seguridad e Higiene o los Servicios Médicos de Empresa).

75.- Se trata ésta de una cuestión que no ha sido plenamente contemplada en la legislación, ya que solamente en el caso de los Servicios Médicos de Empresa y en el de la representación unitaria de los trabajadores, la normativa contiene algunas indicaciones

de cómo obrar en tales supuestos¹⁶¹.

76.- Como es evidente, una variación en el número de trabajadores de la empresa puede tener dos consecuencias: un aumento del número de trabajadores o una disminución del mismo, planteando ambas dificultades que no han sido completamente atendidas por el legislador.

77.- Por lo que se refiere a la normativa sobre representantes unitarios de los trabajadores, la reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores que se ha llevado a cabo, ha introducido alguna novedad en relación a este punto.

Así, con anterioridad a la misma, mientras que el

¹⁶¹ Cabe indicar, no obstante, que para el caso de la obligación de establecer economatos, alguna indicación acerca de la influencia de la reducción del número de trabajadores la proporciona el artículo octavo del Decreto de 21 de marzo de 1958, donde se recoge la posibilidad de disolución del economato "cuando el número de trabajadores o el de compradores efectivos, u otras razones suficientes, ..., así lo aconsejen". Sin embargo, la Orden de 14 de mayo de 1958, de desarrollo del citado Decreto, sólo recoge la reducción del número de compradores efectivos, así como "aquellas "otras razones suficientes", como causas para solicitar la disolución del economato, surgiendo la duda de si, ante una reducción del número de trabajadores, pero manteniéndose el índice de compradores efectivos, habrá lugar a la disolución del economato.

supuesto de un aumento en el volumen de efectivos de la empresa sí que había sido contemplado por la normativa laboral, el caso de la disminución no, siendo la jurisprudencia la que había venido dando solución al problema. Actualmente están previstos, en el art. 67 del E.T., y en el art. 13 del R.D. 1844/1994, de 9 de septiembre, ambos supuestos.

De esta forma, hasta la reforma del E.T., el hecho de que un centro de trabajo experimentase un aumento del número de trabajadores de manera que ello implicase la necesidad de efectuar una adecuación del número de representantes, venía siendo resuelto por el artículo 15 del derogado R.D. 1311/1986, donde se contemplaba la posibilidad de promover elecciones parciales para cubrir los puestos vacantes derivados de la nueva situación¹⁶².

En la actualidad, el art. 67 del E.T., así como el art. 13 del R.D. 1844/1994, no hacen más que recoger la solución contemplada en el Real Decreto de 1986, sin añadir nada nuevo, por lo que queda por resolver alguna

¹⁶² RAMIREZ MARTINEZ y SALA FRANCO consideraban que, en todo caso, debía tratarse de un aumento de trabajadores fijos, interpretando el término "plantilla" empleado en el Real Decreto, (y que se mantiene tanto en el art. 67.1 del E.T. como en el R.D. 18/1994), en su sentido más estricto. ("Algunas reflexiones en torno a...", *cit.*, págs. 343 y 344).

de las cuestiones pendientes a las que la doctrina ya se había referido con ocasión de lo establecido por la norma de 1986¹⁶³.

Se trata, en concreto, de que queda sin solución legal el caso en que, existiendo en la empresa Delegados de Personal, el aumento de trabajadores suponga que se alcance el umbral que legitima para la constitución de Comités de Empresa.

En estos supuestos existe una doble posibilidad consistente en, o bien considerar que con el incremento de personal los, hasta ese momento, Delegados de Personal adquieren la condición de miembros del Comité de Empresa, debiendo celebrarse elecciones parciales para cubrir el resto de vacantes; o bien celebrarse elecciones totales. Tanto ALBIOL MONTESINOS¹⁶⁴ como CUEVAS LOPEZ¹⁶⁵ entienden, por razón de la diversidad del sistema electoral en uno y otro caso, la necesidad de celebrar elecciones totales.

¹⁶³ ALBIOL MONTESINOS, I. *Comités de empresa...*, cit.; CUEVAS LOPEZ, *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*. Pamplona, 1982; SALA FRANCO y ALBIOL MONTESINOS *Derecho Sindical*. Valencia, 1992.

¹⁶⁴ *Op. cit.*, pág. 32.

¹⁶⁵ *Op. cit.*

78.- Donde sí que se ha introducido una novedad con la reforma del Estatuto es en el caso de disminución del número de trabajadores. En estas ocasiones, con anterioridad a la reforma, las dudas que suscita una disminución de efectivos venía siendo resuelta, como ya se ha dicho anteriormente, por la jurisprudencia, que venía entendiendo que las disminuciones en el número de trabajadores que se produjesen con posterioridad al momento de iniciación del proceso electoral, no debían tener repercusión alguna sobre el número de representantes de la empresa mientras durase su mandato ya que, como señalaba la S.T.C.T. de 3 de octubre de 1985 (Ar. 5875), de no ser así dejarían de tener sentido las normas que regulan la sustitución de vacantes; se desvirtuaría lo establecido en materia de duración de mandato electoral, y se establecería un sistema de revocación no previsto en el artículo 67.3.2º. del Estatuto de los Trabajadores; recordándose, por lo demás, lo ya declarado en la sentencia de 13 de junio de 1985 (Ar. 4373), en el sentido de que el artículo 68.b) del E.T. resuelve el problema al disponer la garantía de la prioridad de permanencia en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas, donde no sólo se determina el derecho a la permanencia laboral, sino también a la del cargo representativo.

Así pues, esta jurisprudencia consideraba que las reducciones de plantilla que se produjesen durante el mandato representativo no podían afectar al órgano ya elegido ni a la condición de representante de quien ya fue votado¹⁶⁶.

Esta postura mantenida por los tribunales en los casos de disminución de efectivos de la empresa resulta equiparable, en cierto sentido, a la mantenida por el legislador francés en lo que se refiere a los Delegados de Personal, dado que en tales supuestos la disminución de efectivos no surtirá efecto alguno durante el transcurso del mandato de estos representantes del personal, apreciándose los efectos de dicha disminución únicamente al finalizar el mismo¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Así lo pone de manifiesto CRUZ VILLALON, J., "El desarrollo del proceso electoral...", *cit.*, pág. 54.

¹⁶⁷ El artículo L. 421-1 del *Code du Travail* (según su redacción tras la Ley de 20 de diciembre de 1993), prevé que si el número de trabajadores ha permanecido, durante al menos doce meses, por debajo del umbral mínimo que da derecho al establecimiento de este tipo de representación (once trabajadores), no habrá lugar a la renovación del mandato de los Delegados. Cuando esto suceda, la disposición citada establece que sólo se procederá a nombrar nuevamente a los Delegados de Personal en el momento en que se acredite que el número de trabajadores se ha mantenido por encima del límite de once durante doce meses, consecutivos o no, en el curso de los tres años siguientes a la finalización del último mandato de los Delegados de Personal.

79.- Distinta ha sido, sin embargo, la opinión jurisprudencial respecto de los efectos de la variación del número de trabajadores en el caso del crédito horario reconocido a sus representantes.

Así, el Tribunal Central de Trabajo, en sentencias de 23 de noviembre de 1987 (Ar. 26772) y de 22 de marzo de 1988 (Ar. 130), ha venido manteniendo que las horas disponibles dependen del número de trabajadores de la empresa en cada momento, debiendo reducirse cuando la plantilla disminuya y aumentarse cuando ésta incremente.

En defensa de esta postura argumenta el T.C.T. que cuanto mayor sea el volumen de empleo de la empresa, mayores y más graves serán los cometidos de los órganos de representación, requiriendo, por tanto, un mayor número de horas para el desarrollo de sus funciones¹⁶⁸, planteamiento que, por lo demás, parece coherente con el hecho de que en caso de una disminución de plantilla no se reduzca, asimismo, el número de representantes: habrá el mismo número de representantes pero con menos horas mensuales para el desempeño de sus cometidos.

80.- En todo caso, con la reciente reforma operada

¹⁶⁸ En este mismo sentido, la S.T.S.J. de Castilla-La Mancha de 11 de octubre de 1991 (As. 5767).

en el Estatuto de los Trabajadores, el art. 67 de este cuerpo legal, hace referencia al supuesto de disminuciones en el volumen de empleo en la empresa.

En este precepto se posibilita que los convenios colectivos puedan prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa¹⁶⁹. A falta de referencia a esta cuestión en el

¹⁶⁹ Aunque la norma habla de "*disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa*", tales disminuciones deberán verificarse en el ámbito en el que los órganos de representación de los trabajadores estén constituidos, de forma que importantes reducciones de personal en uno o varios centros de trabajo de una misma empresa, no deberán afectar a aquellos órganos de representación de los trabajadores existentes en aquellos centros en los que no se haya experimentado cambio significativo alguno en este parámetro.

Por lo demás, entiendo que para que una reducción en el volumen de empleo sea significativa deberá reunir dos requisitos: que afecte a una cifra de trabajadores importante en proporción al volumen de empleo de la empresa (es decir, que afecte a un porcentaje relevante del personal de la empresa, sin que pueda considerarse como significativa la disminución del volumen de efectivos en uno o dos trabajadores aun cuando ésta implique un salto al nivel inferior de las escalas contempladas en los arts. 62.1 y 66.1 del E.T. -se trataría éste de un criterio análogo al adoptado Francia, donde la circular ministerial de 25 de octubre de 1983 estima "importante" una disminución del orden del 10% de los efectivos de la empresa -*Lamy social*, 1994, marginal nº. 1753-); y que tenga una cierta persistencia en el tiempo, de manera que se evite una excesiva modificación en la composición de las estructuras representativas, derivadas de una frecuente variación en el volumen de efectivos de la empresa.

convenio, el citado artículo dispone que la acomodación se realice por acuerdo entre la empresa (esto es, el empresario o sus representantes) y los representantes de los trabajadores¹⁷⁰.

Se da, por tanto, una solución similar a la prevista en el ordenamiento francés para los casos de los Delegados Sindicales y del Comité de Empresa¹⁷¹, dejándose en manos de las partes la solución a esta cuestión. Sin embargo nuestro ordenamiento no resuelve completamente el problema, pues no contempla una solución para los supuestos en que el convenio no disponga nada y no se alcance acuerdo alguno entre las partes. En tales casos, la normativa francesa permite que sea la autoridad administrativa la que tome la

¹⁷⁰ Por lo demás, el artículo 13 del reciente R.D. 1844/1994 ha completado las disposiciones relativas a la adecuación de la representatividad en caso de disminución de plantilla señalando, en su apartado segundo, la necesidad de que se guarde la debida proporcionalidad por colegios electorales y por candidaturas y candidatos electos.

¹⁷¹ Para el caso de los Delegados Sindicales y del Comité de Empresa los artículos L. 412-15 y 431-1 prevén, respectivamente para una y otra forma de representación del personal, la posibilidad de que se alcance un acuerdo, entre el empresario y las organizaciones sindicales representativas, relativo a su supresión cuando se produzca una reducción importante y duradera del número de trabajadores por debajo del umbral mínimo de 50 trabajadores.

decisión¹⁷² (si bien no viene obligada a ello¹⁷³).

Lo que tras la reforma no queda claro es si, en el caso de que el volumen de empleo caiga por debajo del umbral mínimo para contar con la representación de que se trate, los convenios colectivos podrán prever la supresión de las instituciones de representación en estos casos, o, si las partes, en defecto de referencia del convenio a esta cuestión, podrán acordarla.

81.- En cuanto a los Servicios Médicos de Empresas, el artículo noveno de la Orden de 21 de noviembre de 1959, prevé expresamente tanto el caso de aumento del número de trabajadores como el de su disminución. De este modo, mientras en el párrafo primero se establece la obligación de concertar los servicios temporales (*"por el tiempo que durase la obra u obras que hubieran*

¹⁷² Lo cual ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina francesa por cuanto se concede a la autoridad administrativa el poder de decidir la continuidad del mandato de los órganos de representación en supuestos en que la representación no está prevista por la Ley, hecho que supone, por lo demás, la atribución de competencias a la administración en una materia que aparece normalmente de competencia judicial (SAVATIER, J., "Effectifs de l'entreprise ou de l'établissement et représentation syndicale", *Droit Social*, nº. 6, 1986, pág. 473).

¹⁷³ En este sentido, LYON-CAEN y PÉLISSIER *op. cit.* págs. 752 y 753.

determinado el aumento del número de obreros") de un facultativo en los casos en que el número de trabajadores aumentara sobre la cifra inicial, de manera que hubiera más de mil por cada médico de plantilla; en el párrafo segundo se prevé que, para los supuestos de disminución, previsible y permanente, de trabajadores, así como para los casos en que la empresa fuese declarada en crisis, la empresa pueda solicitar a la Organización de los Servicios Médicos de Empresa el cese de algunos de los médicos de la plantilla.

Al igual que sucede en el supuesto de la representación unitaria de los trabajadores, lo que la normativa no resuelve es si, contraído el número de trabajadores por debajo del umbral que supone el nacimiento de la obligación de establecer estos Servicios Médicos, la empresa podrá solicitar el cese de todos los médicos de plantilla o solamente de algunos de ellos.

82.- Por lo demás, el tema, si bien no está contemplado por la L.O.L.S., también es de una notable trascendencia en cuanto a lo que se refiere a los Delegados Sindicales. El artículo 10.1 de la L.O.L.S. exige, entre otras cosas, que la empresa o, en su caso, el centro de trabajo, cuenten con más de 250

trabajadores para que las Secciones Sindicales vengán representadas por Delegados Sindicales. El problema que se plantea es, al igual que en los casos anteriores, averiguar qué ocurriría, una vez designado el Delegado Sindical, en caso de una eventual variación del número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo.

Ante el silencio legal en este punto, ALBIOL MONTESINOS¹⁷⁴ adelanta los criterios interpretativos posibles. Así, para el supuesto de un aumento en el número de trabajadores que implique un mayor número de Delegados Sindicales, este autor (para quien esta hipótesis carece de excesiva importancia dada la amplitud de los umbrales que determinan un mayor número de Delegados), opina que habría de procederse a la designación de nuevos Delegados Sindicales.

De otro lado, para los casos de una disminución del número de trabajadores que sitúe el total de los mismos por debajo del umbral de los 250, ha venido considerando (en atención a la legislación vigente hasta la reciente reforma del E.T.), que este hecho no debe tener repercusión alguna sobre la existencia del Delegado Sindical, argumentando para ello: a) que tampoco para el

¹⁷⁴ ALBIOL MONTESINOS, I. *El sindicato en la empresa*, Ed. Deusto. Madrid, 1990, págs. 144 y 145.

caso de que suceda lo mismo respecto de la representación unitaria la legislación prevé expresamente incidencia alguna sobre el número de representantes; b) que aceptar la incidencia negativa de la reducción del número de trabajadores facilitaría prácticas antisindicales del empresario; c) puesto que la existencia del Delegado Sindical se condiciona no sólo a la existencia de un número mínimo de trabajadores, sino que también a que el sindicato en cuestión tenga presencia en el Comité de Empresa, y si el número de miembros del Comité no se modifica en similares circunstancias, tampoco parece que deba suceder así cuando, permaneciendo la presencia del sindicato en el Comité, haya caído el número de trabajadores por debajo de los mínimos precisos para su constitución inicial.

Frente a los anteriores razonamientos, cabría estimar posible la incidencia negativa de las reducciones de personal en el número de Delegados Sindicales en base, no ya sólo al hecho de que actualmente sí que se contempla la posibilidad de que reducciones significativas de la plantilla tengan incidencia sobre el número de representantes unitarios, sino también por la existencia de una diferencia, fundamental en este punto, entre los representantes

unitarios y los sindicales: se trata del diferente período de tiempo para el que son designados unos y otros.

En efecto, mientras que los Delegados de Personal y los miembros del Comité de Empresa son designados para un período de 4 años, los Delegados Sindicales lo son con carácter indefinido, -siempre y cuando el sindicato al que pertenece la Sección Sindical mantenga su presencia en el Comité de Empresa-, hasta que los revoque la asamblea de afiliados de la Sección Sindical a la que representan.

Teniendo presente el carácter indefinido con que son nombrados los Delegados Sindicales, no parece lógico que no les afecte la disminución del número de trabajadores de la empresa, pues ello supondría que el empresario, solamente por el hecho de haber contado en un determinado momento con un cierto volumen de empleo, se vería avocado a "soportar" un número de Delegados Sindicales durante toda la existencia de la empresa¹⁷⁵, independientemente de las reducciones que sufriera su dimensión (con el límite que supondría el umbral mínimo

¹⁷⁵ Número que, por lo demás, sí se vería afectado por los incrementos que experimentase el volumen de empleo, de forma que aumentaría a medida que lo hiciera el número de trabajadores empleados.

señalado en la legislación necesario para contar con Comité de Empresa).

Por todo ello parece lo más sensato que se permita que las disminuciones importantes y duraderas de trabajadores lleguen a afectar al número de Delegados Sindicales a que se tenga derecho.

d) REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA.

83.- La noción de pequeña y mediana empresa en base al criterio del número de trabajadores empleado presenta, pues, numerosas dificultades e inexactitudes que hacen deseable una mayor atención del legislador sobre los criterios a seguir a la hora de modalizar la legislación con objeto de proteger a determinadas empresas o adecuar las instituciones laborales a su tamaño.

Actualmente, podría afirmarse, todos los elementos que integran las referencias al tamaño de las empresas son oscuros y ambiguos (no siendo posible ni identificar claramente el colectivo que debe ser considerado, ni delimitar inequívocamente cual es el ámbito geográfico en que el cómputo ha de ser efectuado).

En esta tarea de revisión de los criterios empleados, sería deseable que el legislador distinguiera según los fines perseguidos por las normas, de manera que, si bien se siguiera manteniendo el criterio del volumen de efectivos empleado por la empresa para los supuestos en que la modalización no pretenda otra cosa que la adecuación de determinadas instituciones al número de trabajadores sobre las que se tiene que aplicar, se buscaran otros criterios más veraces, que se ajustaran con más precisión a la situación de la empresa, en aquellos casos en que el legislador formule distinciones en la normativa con objeto de atender a las demandas de aquellas empresas con una menor capacidad económica.

Y es que, si bien el Tribunal Constitucional ha justificado, -en la sentencia 6/1984 de 24 de enero¹⁷⁶-, la elección del criterio del número de operarios empleados para establecer diferenciaciones entre empresas en base a que se trata de una cuestión de política legislativa el escoger este criterio, y no otro, como elemento diferenciador, dicho parámetro no basta por sí mismo, -como

¹⁷⁶ Sentencia en la que se debatía acerca de la constitucionalidad del derogado artículo 56.4 del E.T., que preveía una reducción en la indemnización a abonar al trabajador improcedentemente despedido en empresas de menos de 25 trabajadores.

mantenían el Magistrado ponente y el Abogado del Estado¹⁷⁷, y el propio T.Co. reconocía en la citada sentencia-, para determinar la situación económica de la empresa (motivo principal para la diferenciación entre empresas).

Por lo demás, al adoptar criterios que reflejen con mayor verosimilitud la situación económica de las empresas se evitarían alguno de los problemas que el actual parámetro utilizado plantea en determinados supuestos, como el de la necesidad de computar a los trabajadores eventuales o a tiempo parcial en función del número de horas por ellos trabajadas. Dicha necesidad surge de la utilización del parámetro "número de trabajadores" como indicio de la potencialidad económica de la empresa, y permite la posibilidad de que la empresa que haga uso de los servicios de tales trabajadores se vea perjudicada frente a aquellas que no los empleen, en el sentido de que podría suceder que una empresa en la que, en conjunto, se trabajasen menos horas que en otra (lo que, en principio, presupone una menor capacidad económica), contase con mayor cantidad de trabajadores a su servicio.

¹⁷⁷ Quienes afirmaban que dicho criterio era inconstitucional por considerar únicamente a las empresas según el número de operarios en ellas empleados, abstracción hecha de su situación económica, puesto que semejante criterio no puede tomarse como índice seguro de la misma.

84.- Pero además de la necesidad de esta diversificación de criterios según la finalidad perseguida por la norma, es imprescindible una clarificación de los conceptos empleados.

De este modo se hace indispensable determinar con mayor exactitud qué trabajadores deben ser incluidos en el cómputo, lo que indirectamente implica determinar el momento en el que efectuar el recuento así como el marco dentro del cual realizarlo.

85.- Por lo que se refiere a qué trabajadores deben ser tenidos en cuenta, si bien una completa clarificación de la cuestión por parte del legislador parece muy difícil en virtud de la cantidad de situaciones diversas que pueden encontrarse en el desarrollo de la actividad productiva, resulta innegable que en el ordenamiento jurídico-laboral español se echa en falta una referencia al respecto, ya que las normas se limitan a referirse a un número de trabajadores, sin ulteriores precisiones al respecto.

Asimismo, es esencial que el legislador realice una reflexión sobre el ámbito temporal a tener en cuenta para efectuar el cómputo, evitando en la medida de lo posible hacer referencia a momentos muy concretos por los efectos negativos que éstos entrañan.

Sobre el particular cabe resaltar que criterios, como los empleados por el legislador francés o británico¹⁷⁸, en los que se trata de calcular la media de los trabajadores empleados a lo largo del año son, -a pesar de que tienen el inconveniente de que pueden resultar de difícil apreciación dada la complejidad que, debido a la necesidad de llevar un control de las contrataciones efectuadas, pueden entrañar-, los más adecuados, pues posibilitan un mejor acercamiento a la realidad de la empresa¹⁷⁹.

¹⁷⁸ *Vid. supra.*, nota a pie de página nº. 157.

¹⁷⁹ En relación al ámbito temporal al que referir el cómputo y, por tanto, respecto a qué trabajadores tomar en consideración en dicho cómputo, es interesante la opción escogida por la jurisprudencia italiana que, en la determinación de la media ocupacional, hace referencia, de modo mayoritario, al organigrama productivo o, en su defecto, al número de trabajadores normalmente necesario para el funcionamiento de la empresa según su normal productividad, evitándose así tener que adoptar un criterio de cálculo de carácter instantáneo, que limite el recuento de trabajadores a un momento muy preciso (por todas, *Cassazione* nº. 4579 de 3 de noviembre de 1989. Véase, BIAGI, M. "L'impresa minore nel Diritto del Lavoro verso il 1992", *cit.*, pág. 43, y MARIANI, M., "Sul numero dei dipendenti dell'azienda necessario perché possa parlarsi di licenziamento collettivo", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº. 3, Parte II, 1993, págs. 603 y 604). Ello implica, según la sentencia nº. 6165 de 20 de octubre de 1983 de la *Corte di Cassazione*, el cómputo de los trabajadores ausentes por enfermedad, y la exclusión tanto de las personas que ocasionalmente prestan cualquier actividad en la empresa, como a los familiares del empresario que sean cotitulares en la dirección de la empresa o presten unos servicios a título gratuito. (Un comentario a esta sentencia puede encontrarse en la *Rivista Giuridica del Lavoro*, nº. 3/4, 1984, Parte II, págs. 98, 99 y 107 y ss.).

Entiendo, por tanto, que se trata éste del medio más correcto de considerar la dimensión de la empresa a través del parámetro del número de trabajadores ocupado, por lo que es de lamentar que nuestro ordenamiento haga escaso uso del mismo¹⁸⁰.

86.- En lo relativo al ámbito geográfico que determina qué concretos trabajadores hay que incluir en el recuento, es de destacar la complejidad que el tema presenta, no ya sólo por la falta de precisión legal a la hora de delimitar este ámbito (empresa o centro de trabajo, -sin que se llegue a dar una definición clara de estos conceptos-), sino también por las dificultades que se derivan de los procesos de descentralización que aparecen cada vez con mayor fuerza en nuestro sistema productivo, y que hacen más

¹⁸⁰ En principio la normativa española prevé este tipo de soluciones en dos casos: en el del cálculo del número de trabajadores que determine la obligación de implantar los Servicios Médicos de Empresa (artículo 8 de la Orden de 21 de noviembre de 1959); y en el del modo de cómputo de los trabajadores contratados por término de hasta un año, a efectos de determinar el volumen de efectivos que sirve de sustrato para precisar el número de representantes que corresponda en cada caso (art. 72.2.b) del E.T.). Sin embargo, como ya se ha apuntado anteriormente, ha habido jurisprudencia que ha venido a restringir el alcance de ésta última disposición legal, interpretando que solamente habrá que tener en cuenta a los trabajadores que en el momento de la convocatoria de elecciones se encuentren ligados a la empresa a través de un contrato de trabajo, opción interpretativa que ha sido acogida por el R.D. 1844/1994.

difusos los perfiles de lo que constituye una empresa.

El empresario, dentro de sus facultades relativas a la organización de su empresa, puede hacer que ésta adopte formas diversas, más o menos descentralizadas. De este modo, a la hora de decidir la explotación de una determinada actividad, puede elegir entre desarrollar plenamente todas las actividades del proceso productivo en una sola empresa, o bien optar por un modelo desconcentrado, en el que las diversas fases del proceso de elaboración del producto se desarrollen bien en centros distintos o en empresas formalmente independientes (ya sea acudiendo a la subcontratación de determinadas actividades, ya sea a través de la formación de un grupo de empresas jurídicamente distintas).

De esta opción del empresario se derivan una serie de consecuencias jurídicas que pueden resultar perjudiciales para los trabajadores al ser, tanto la empresa como el centro de trabajo, los elementos que la normativa laboral toma como referencia para efectuar el cálculo de trabajadores que permite identificar los sujetos destinatarios de aquellas normas que se modalizan en función de este factor.

Y para que ello sea así no es siquiera necesario que

exista un ánimo empresarial fraudulento, que persiga alcanzar una dimensión de la empresa que le resulte lo más beneficiosa posible en términos de menores cargas laborales.

Todo esto sucede porque en el ordenamiento laboral se entiende que los derechos del trabajador están, como señala la jurisprudencia¹⁸¹, más ligados a la empresa que a la persona del empresario. De aquí que la normativa laboral, cuando se trata de diversificar su régimen jurídico en atención a la dimensión de la empresa, no acoge un concepto subjetivo de empresa (identificando ésta con el empresario), sino que hace referencia al ámbito de organización en el que el trabajador presta sus servicios.

Sin embargo, para evitar en parte la merma de los derechos de los trabajadores, la jurisprudencia ha venido haciendo uso del principio de unidad de empresa¹⁸², de

¹⁸¹ SS.T.S. de 18 de junio de 1976 (Ar. 3561) y de 16 de julio de 1986 (Ar. 4159); y la S.T.C.T. de 9 de febrero de 1978 (Ar. 806), en las que se viene a señalar el hecho de que los derechos reconocidos al trabajador, sea por lo dispuesto en la Ley o en virtud de pacto, no tienen como sujeto pasivo a la persona titular de la empresa, sea física o jurídica, sino a la entidad de la empresa como tal.

¹⁸² Entre otras, en la S.T.C.T. de 26 de enero de 1988 (Ar. 938) para decidir acerca de la existencia de vacantes con objeto de comprobar la posibilidad de un reingreso tras una excedencia; la S.T.S. de 22 de marzo de 1991 (Ar. 1889), sobre

manera que si bien no se ha llegado a una definición subjetiva de la empresa, sí se ha procedido a una extensión en la apreciación del ámbito de dirección y organización al que los trabajadores están incorporados¹⁸³.

Lo que es necesario es, por lo tanto, no sólo que el legislador llegue a concienciarse de la necesidad de clarificar los términos empleados (empresa y centro de trabajo), sino también de la de contemplar el fenómeno de la descentralización productiva, proponiendo soluciones a los problemas que, en este y en otros temas, el mismo suscita.

la apreciación de la existencia o no de concurrencia; y las SS.T.S. de 6 de octubre de 1986 (Ar. 5388) y de 13 de julio de 1990 (Ar. 6112) para determinar el número de trabajadores y decidir si es posible la amortización individual de un puesto de trabajo del artículo 52.c) del E.T., (según su antigua redacción).

¹⁸³ No se ha llegado, sin embargo, a los límites que alcanzó alguna norma del ordenamiento británico, en el que se disponía la necesidad de tener en cuenta, a la hora de efectuar el cómputo, a los trabajadores al servicio doméstico del empresario. Se trataba, en concreto, del derogado -por el art. 17 de la *Employment Act* de 1989- artículo 104.A de la *Employment Protection (Consolidation) Act* de 1978, que establecía la devolución al empresario con menos de 10 trabajadores a su cargo, de una parte de la cantidad satisfecha a sus trabajadores en concepto de indemnización por haber procedido a extinguir su contrato por necesidades de ajustes de plantilla.

2.- CARACTERÍSTICAS DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS.

87.- Como punto de partida podemos señalar que las PYMES tienen unas características particulares que las distinguen de las grandes empresas. Ahora bien, si ello es cierto no lo es menos que es difícil generalizar y señalar determinados rasgos como caracterizadores de todas ellas.

El hecho de que no constituyan una realidad homogénea, sino que existan grandes diferencias de unas a otras dependiendo, fundamentalmente, del sector de la economía al que pertenezcan y del ámbito territorial en que se encuentren situadas, hace complicada la búsqueda de esos rasgos definitorios. Más aun cuando la realidad de la pequeña y mediana empresa sigue encerrada en "el reino del tópico pseudocientífico"¹⁸⁴, de manera que viene asimilada, con carácter general y sin que ello se deduzca de minuciosas investigaciones, a unidades productivas atrasadas, lo que conduce a que en no pocas ocasiones se formulen una serie de afirmaciones escasamente válidas por

¹⁸⁴ SANCHIS, E. "Pequeña empresa y desarrollo económico".
Revista de Treball, nº.13, 1990, pág. 92.

estar poco contrastadas¹⁸⁵.

En este sentido cabe destacar cómo determinadas características que normalmente se atribuyen a las PYMES (tales como el estar sujetas a la dirección de una sola persona, tener una organización del trabajo menos compleja y más flexible, una gestión más rígida de la mano de obra, la ausencia de estructuras jerárquicas, costes fijos y de mano de obra mayores que en las grandes empresas, nivel de inversión poco importante, procesos productivos poco intensos en capital...), pueden no encontrarse en algunos tipos de pequeñas empresas, no siendo ni tan siquiera exclusivas de éstas, puesto que pueden darse en algunas empresas de grandes dimensiones, quedando por lo tanto claro que semejantes circunstancias no pueden tenerse como definitorias de lo que sea pequeña y mediana empresa.

88.- Quien más claramente ha puesto de relieve este carácter heterogéneo de las PYMES ha sido la doctrina

¹⁸⁵ JONATHAN BOSWELL ha puesto especial énfasis en el hecho de que la gran debilidad de los estudios realizados en torno a las PYMES en el Reino Unido, radica en las generalizaciones que contienen, sin que se haya puesto atención a las múltiples diferencias que es posible encontrar dentro del propio sector de la pequeña y mediana empresa. (BOSWELL, J., *The Rise and Decline of Small Firms*, Plymouth, 1973. Pág. 23).

italiana¹⁸⁶. Como ejemplo de ello podemos citar a SEBASTIANO BRUSCO, que distingue entre cuatro modelos de pequeña empresa:

1º).- *El modelo de la empresa aislada.* Es esta la empresa del artesano tradicional, cuyas características son las de producir productos acabados, integrando todas o la mayoría de las fases de elaboración del producto, para el mercado local casi exclusivamente. Son empresas que no disfrutan de relaciones fuertes y estables de colaboración e intercambio con otras empresas. Este tipo

¹⁸⁶ Sin embargo, también la doctrina británica ha realizado distinciones dentro del fenómeno de la pequeña y mediana empresa. De este modo AL RAINNIE, distingue, desarrollando el análisis realizado con anterioridad por SCHUTT y WHITTINGTON en 1984 (*Large Firms and the Rise of Small Units*) cuatro tipos de pequeña empresa: la dependiente, que complementa y sirve a las actividades de las empresas mayores, sirviéndoles de subcontratistas, y cuyo éxito aparece vinculado a la decisiones y estrategias de las grandes empresas; el modelo de la pequeña empresa independiente competitiva, dentro del cual se distingue entre aquellas empresas que compiten con las grandes empresas por medio de una explotación intensiva de la mano de obra y equipo, y aquellas otras que no ofrecen competencia a las grandes empresas, sino que dirigen su actividad a mercados muy delimitados (locales o especializados); el tipo de la vieja independiente, constituido por pequeñas empresas que operan en sectores marginales de demanda, en los que no aparece el gran capital, y es, por tanto, difícil obtener grandes beneficios; y, por último, el modelo de la pequeña empresa nueva independiente, integrado por empresas que trabajan para mercados especializados, nuevos o en desarrollo, y que pueden llegar a ser objeto de interés de las grandes empresas. (AL RAINNIE, *Industrial relations in small firms. Small isn't beautiful. cit.,* pág. 85).

de empresa puede -aunque no necesariamente lo hace- servirse de bajos costes laborales y de escasa protección del trabajo como condiciones de competitividad. Bajo nivel de productividad y uso intensivo de mano de obra son otras características de este modelo de PYME.

2ª).- *El modelo del subcontratista dependiente*, constituido por pequeñas empresas que trabajan como subcontratistas de una o pocas empresas mayores que operan en el mercado nacional e internacional. Se trata de empresas que producen bienes intermedios -piezas y componentes- para otras empresas mayores, de modo que no participan directamente en el mercado final del producto. Frente al modelo anterior, donde la empresa sólo trabaja para el mercado local, las que se agrupan en este modelo pueden hacerlo para el nacional e internacional, si bien esta relación con el mercado es indirecta ya que se limitan a vender su producción a empresas mayores para que elaboren el producto final.

En general se trata de empresas que pagan salarios bajos, independientemente del nivel de la tecnología utilizada (algunas hacen un uso escaso de tecnología, mientras que otras poseen una tecnología y eficiencia comparables a la de las grandes empresas). Con ello

quiebra la correlación que se venía manteniendo entre nivel de salarios y nivel de tecnología empleada.

En definitiva nos encontramos ante empresas fuertemente dependientes cuyos beneficios vienen comprimidos por las empresas subcontratantes que, para mantenerse competitivas frente a otras empresas semejantes, deben asegurarse un coste de trabajo bajo acompañado de una gran flexibilidad en el despido y en la contratación.

3º).- *El sistema de redes.* Se trata éste de un sistema compuesto de pequeñas y grandes empresas en las que éstas delegan sobre las primeras algunas fases de la producción, si bien, a diferencia del caso anterior, no se trata de comitentes exclusivos, cuidándose las grandes empresas de absorber la capacidad de las empresas menores con el objeto de no involucrar enteros tejidos productivos en casos de una eventual disminución de órdenes, distribuyendo así el riesgo de una caída de los pedidos entre varias empresas. Esto supone que las pequeñas empresas no van a ser tan fuertemente dependientes como en el caso de las empresas pertenecientes al modelo anterior, ya que diversificarán su producción entre varias empresas mayores.

El objetivo perseguido con la creación de estas redes no es la de reducir el costo del trabajo sino garantizar la posibilidad de asumir y despedir fácilmente y funcionar con una alta tecnología, subcontratando tareas con empresas que gocen de tecnologías sofisticadas.

4º).- *El distrito industrial.* Los distritos industriales consisten en una pluralidad de empresas, principalmente pequeñas o medianas, que se agrupan en un determinado territorio y se ocupan de diversas fases de la elaboración de un producto homogéneo. En el distrito todas las empresas finales son pequeñas y trabajan para el mercado nacional e internacional.

Sus principales características son la facilidad para adaptarse a las demandas cambiantes de productos, y el que las empresas se hallan ligadas entre sí, especializadas cada una en una fase de la producción.

Los dos últimos modelos, pueden poseer por tanto, frente a los dos primeros, un dinamismo tecnológico y productivo, así como capacidad de mantener salarios altos y un nivel de ocupación elevado. Se pone así de manifiesto la necesidad de una cierta cautela a la hora de hacer referencias genéricas a las PYMES, sin que pueda sostenerse

en términos generales que el coste del trabajo es más bajo en las pequeñas empresas o que las inversiones en nueva tecnología son menores.

89.- Teniendo la anterior conclusión siempre presente, de lo que se trata ahora es de señalar las notas comunes presentes en la mayoría de estas empresas, las cuales no corresponden al modelo de la PYME desarrollada, sino al de la PYME tradicional, que necesita de la flexibilidad para mantener su posición en el mercado. El modelo de flexibilidad moderna y funcional parece poder aplicarse más bien a las grandes empresas que están reduciendo su tamaño debido a políticas de descentralización de sus estructuras organizativas, en lugar de a la mayoría de las PYMES, que son flexibles "por necesidad"¹⁸⁷.

A) *EL ORIGEN DE LAS PYMES.*

90.- Uno de los puntos que se han venido poniendo de relieve en los diversos estudios acerca de las pequeñas y medianas empresas en España, es la destacada participación de los trabajadores que han perdido su empleo en la

¹⁸⁷ PETER AUER y HELGA FEHR-DUDA, "Industrial Relations in Small and Medium-sized Enterprises. Evidence from Six Countries", en *Industrial Relations in Small and Medium-sized Enterprises. Final Report*. Comisión de las Comunidades Europeas. Luxemburgo 1989. Pág. 58.

creación de las PYMEs¹⁸⁸. Este dato podría explicar la mayor contribución de la pequeña empresa al crecimiento neto del empleo en los sectores de lenta expansión o en declive.

Para corroborar la importancia de los trabajadores desempleados en la creación de, fundamentalmente, pequeñas empresas, basta fijarse en la procedencia del capital empleado para ello. Así se llega a constatar que el capital utilizado en la constitución de estas empresas proviene principalmente de las indemnizaciones por despidos, de la capitalización de la prestación por desempleo, y del capital familiar (integrado por ahorros personales y bienes familiares).

¹⁸⁸ En este sentido, confirmando la importante participación de los trabajadores sin empleo en la creación de nuevas empresas, la encuesta realizada por E. SANCHIS sobre la nueva PYME industrial valenciana, "Pequeña empresa y..." *cit.*, señala que entre el 50 y 60% de los nuevos empresarios proviene de la clase trabajadora, alcanzando el 22% los que aludieron al cierre de la empresa en la que trabajaban anteriormente como motivo por el cual se hicieron empresarios.

Por lo demás, un estudio comparado acerca del papel de los parados en la creación de nuevas empresas en Bélgica, Francia, Gran Bretaña y Holanda puede encontrarse en el documento de la Comisión de la Unión Europea: *Programme de recherche et d'actions sur l'évolution du marché du travail. CHOMEURS CREATEURS. Analyse des origines et motivations des createurs d'entreprises bénéficiaires de programmes publics de soutien à la création d'emplois dans la Communauté européenne. Rapport final.* Luxemburgo, 1988.

91.- Respecto de la primera fuente citada, (las indemnizaciones por despidos), cabe señalar que la mayoría de las pequeñas y medianas empresas surgen por efecto de la crisis y por procesos de descentralización de las grandes empresas que, para ahorrar costes, y en ocasiones también para lograr la dimensión que les permita gozar de las ventajas de que pudieran gozar las empresas menores, exteriorizan parte de sus procesos productivos¹⁸⁹.

Para lograr este objetivo se dan, en numerosas ocasiones, acuerdos entre la empresa y el trabajador por los que las primeras se comprometen a ayudar al trabajador despedido en la creación de su propia empresa, cuyo objeto será normalmente la elaboración de algunos componentes utilizados por la empresa principal en su proceso productivo.

De este modo la antigua empresa del trabajador se convierte en la principal cliente de su propia empresa, con lo que aquélla logra redimensionarse, descentralizando parte del proceso productivo, mientras que el antiguo

¹⁸⁹ Es por ello por lo que UMBERTO ROMAGNOLI señala, en "Il favor verso le piccole imprese" (*La Piccola Impresa. Società e Lavoro. Simposi interdisciplinari. 4. Bologna. 1990. Pág. 350*), que "la puntigliosa difesa della piccola impresa è strumentale o strumentalizzata allo scopo di reclamare vantaggi anche e soprattutto per la grande".

asalariado puede explotar su propia empresa gracias a la formación y conocimiento del sector recibidos durante el tiempo en que estuvo trabajando para la antigua empresa.

92.- Otra de las fuentes de financiación para la creación de pequeñas empresas procede de la capitalización de la prestación por desempleo. Esta posibilidad de percibir la prestación por desempleo en un pago único fue hecha posible por el R.D. 1044/1985 de 19 de junio (B.O.E. de 2 de julio)¹⁹⁰, para los casos en que el titular a la prestación por desempleo del nivel contributivo acreditase ante el INEM que fuese a realizar una actividad profesional como trabajador autónomo o socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado o sociedad que tuviese el carácter de laboral según las normas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La importancia de este instrumento de financiación queda puesta de relieve al analizar las cifras relativas al número de trabajadores que se acogieron a esta medida: más

¹⁹⁰ El R.D. 1044/85 no hizo sino desarrollar lo regulado en el artículo 23.3 de la Ley 31/1982 de 2 de agosto (B.O.E. del 4 de agosto) de protección por desempleo. En esta disposición se establecía la posibilidad de que, a través de algún programa de fomento de empleo, la Entidad Gestora pudiese abonar de una sola vez el importe de la prestación a nivel contributivo.

de 56.000 en 1991¹⁹¹. Sin embargo su eficacia se ha puesto en entredicho. El dato fundamental que ha motivado estas críticas ha sido que de las personas que se acogieron a esta modalidad de abono de la prestación de desempleo, el 92% se constituyeron en autónomos en lugar de acogerse a otras fórmulas más sólidas (cooperativas -el 3,25%- o sociedades anónimas laborales -el 4,75%-)¹⁹².

Este hecho, unido a la necesidad de racionalizar los gastos derivada del desequilibrio financiero producido en el sistema de protección por desempleo, ha motivado que, por Ley 22/1992, de 30 de julio (B.O.E. de 4 de agosto), de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, se modifique la regulación del abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único contenida, como hemos señalado, en el R.D. 1044/1985. Con esta modificación, el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único se mantiene vigente para quienes pretendan realizar una actividad profesional como socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado

¹⁹¹ Cifra referida a 9 Comunidades Autónomas (Cataluña, Valenciana, Extremadura, Galicia, Madrileña, Murciana, Navarra, País Vasco, La Rioja), junto con Ceuta y Melilla. *Anuario de Estadísticas Laborales*. 1991. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social.

¹⁹² Datos extraídos del *Anuario de Estadísticas Laborales*. 1991. *cit.*

o sociedad anónima laboral, suprimiéndose para el caso en que quisieran realizar dicha actividad como trabajadores autónomos. Esta medida ayudará, a buen seguro, a cambiar la forma jurídica de las PYMEs en el futuro.

93.- Por último hay que subrayar la importancia del capital familiar como instrumento financiero de las PYMEs. A él se recurre no sólo a la hora de crear la empresa sino también cuando se trata de hacer inversiones en la misma, llegándose incluso a la hipoteca de bienes familiares para lograr una financiación que posibilite dichas inversiones. La relevancia de esta forma de financiación de las pequeñas empresas queda puesta de relieve en un estudio llevado a cabo por J.J. CASTILLO¹⁹³, en el que el 71% de los encuestados declaró que los capitales invertidos procedían de "ahorros personales". Esto motiva que en numerosas ocasiones el patrimonio de la empresa se encuentre confundido con el patrimonio particular del empresario.

94.- Con todo ello la imagen de pequeño empresario que resulta es la de un sujeto cuyo origen y experiencia anterior es el trabajo asalariado en la gran empresa y que, debido a la procedencia del capital utilizado en la

¹⁹³ J.J. CASTILLO, "Descentralización productiva, trabajo y pequeña empresa (estudio de un caso)", en *Relaciones Laborales*, nº.8, 1985.

creación de su empresa, posee un sentimiento de propiedad muy arraigado y una fuerte conciencia de pequeño empresario.

B) LAS PYMES COMO FUENTE DE CREACIÓN DE EMPLEO.

95.- Visto que la destacada influencia que se ha venido atribuyendo a las PYMES en la creación de empleo ha sido uno de los factores que han motivado una política de favor para las pequeñas empresas¹⁹⁴, parece conveniente detenerse un momento para analizar este importante papel que se les imputa.

Hasta la década de 1970 se consideraba que sólo las grandes empresas constituían el factor dinámico de creación de empleo. Pero a partir de este momento, debido a la crisis económica que se originó en aquellos años, se puso mayor atención al papel creador de empleo de las PYMES, destacándose, cada vez con mayor énfasis, la incidencia netamente positiva de estas empresas en el desarrollo del empleo. De este modo se ha llegado a la opinión

¹⁹⁴ En este sentido STOREY, D.J., *Entrepreneurship and the New Firm*, Londres, 1982, quien sostiene que ha existido una tendencia a aceptar de modo nada crítico la recomendación de toda política de apoyo a las pequeñas empresas, por el hecho, precisamente, de que se parte de la idea de que sólo la pequeña empresa creará en el futuro nuevos empleos y nueva riqueza (*op. cit.*, pág. 216).

generalizada de que, en los últimos años, las PYMEs han estado creando más empleo que las grandes empresas, y ello tanto en términos absolutos como relativos, considerando que ésta es una tendencia que continuará en el futuro¹⁹⁵.

96.- Ahora bien, si es cierto que parece indudable que las grandes empresas ya no contribuyen de la forma que lo hicieron en el pasado a la creación de empleo y que las PYMEs influyen de un modo favorable en este sentido, se necesita un análisis más detallado para valorar adecuadamente el papel de las PYMEs en la creación de empleo. De este modo nos encontramos con varias explicaciones alternativas a esta función positiva de las PYMEs.

Así se dice que la creación de empleo por las PYMEs no sería más que la contrapartida de la desaparición del mismo en las grandes empresas, pudiendo arrastrar a aquellas a

¹⁹⁵ Claramente ponía esta idea de manifiesto el diputado ROCA I JUNYENT, representante del Grupo Parlamentario *Convergència i Unió*, en los debates parlamentarios sobre la convalidación del R.D.L. 18/1993, donde afirmaba que son las pequeñas empresas las que van a crear en el futuro puestos de trabajo, por lo que deben ser estas unidades productivas las destinatarias de las ayudas dirigidas al fomento de la ocupación.

una situación generalizada de trabajo clandestino¹⁹⁶. Es lo que denuncia algún empresario en la investigación llevada a cabo por J.J. CASTILLO¹⁹⁷, señalando que por cada empresa de cincuenta operarios que desaparece, se montan quince o veinte talleres clandestinos. Esto mismo también lo denuncia CC.OO. en los documentos aprobados en el 5º Congreso Confederal, donde se afirma que los parados y los despedidos de las grandes empresas mantienen sus expectativas para la obtención de un salario acudiendo a distintas fórmulas de trabajo, entre ellas el trabajo oculto¹⁹⁸.

Por este motivo, las estadísticas relativas a la participación de las empresas, según su tamaño, en la creación de empleo también han sido puestas en entredicho, en tanto que las mismas no tienen en cuenta el hecho de si el aumento de una determinada franja de empresas en el nivel de ocupación se debe a un incremento efectivo de empleo, o a un simple efecto estadístico ocasionado por la disminución de empleo en empresas mayores que, tras su redimensionamiento, pasan a considerarse en otra franja de

¹⁹⁶ En este sentido se manifiesta XAVIER GREFFE en *¿Crean empleo las PYMES?*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1987. Pág. 18.

¹⁹⁷ J.J. CASTILLO, *op. cit.*, pág. 132.

¹⁹⁸ CC.OO. *Documentos aprobados en el V Congreso Confederal*. Madrid, febrero 1992, pág. 81.

la escala¹⁹⁹.

Otra reserva al papel de creación de empleo de las PYMEs se basa en la posible confusión que se podría crear entre creación de empleo por las PYMEs y el desarrollo de las actividades terciarias, en el que la proporción de pequeñas empresas es más elevada que en otros sectores. De este modo cabría plantearse si el crecimiento de empleo experimentado en las PYMEs no sería consecuencia de dos fenómenos relacionados entre sí: la tendencia al desarrollo de actividades terciarias, y el hecho de que las empresas de este sector tienen un tamaño inferior a las del sector de la industria.

97.- Pero no son las anteriores las únicas objeciones puestas al papel de la PYME en relación al crecimiento del empleo. Fuertes críticas se han lanzado en contra de este papel motivadas por la calidad del empleo creado. Para medir su calidad se han utilizado tres criterios: el nivel de las remuneraciones, las ventajas sociales y la estabilidad en los empleos. Como veremos más adelante en ninguno de estos tres órdenes las PYMEs presentan estadísticas favorables, con lo que cabe concluir que si

¹⁹⁹ Así se pone de relieve en el informe de la Comisión de las Comunidades Europeas, *Programme de recherches et d'actions sur l'évolution du marché du travail*, Luxemburgo, 1991, pág. 62.

bien las PYMES son creadoras de empleo, lo son de malos empleos²⁰⁰.

C) LA ESTRUCTURA DE LA MANO DE OBRA EN LAS PYMES.

98.- Puede decirse que la estructura de la mano de obra en las pequeñas y medianas empresas es distinta de la existente en las de mayores dimensiones²⁰¹, siendo la compuesta por las mujeres y los jóvenes²⁰² la mano de obra predominante en las PYMES²⁰³, sobre todo en las empresas

²⁰⁰ En este sentido se manifiesta el informe de la Comisión de las Comunidades Europeas *Job creation in small and medium sized enterprises. Vol. 1*, (Luxemburgo, 1987), donde se afirma que, aunque la evidencia no sea definitiva, el tipo de empleos creados en las pequeñas empresas suelen ser de una menor calidad que los existentes en las empresas mayores. (Op. cit., pág. 21).

²⁰¹ En este sentido, *Job creation in small and...*, cit. pág. 19 y ss.

²⁰² Precisamente por contar entre sus empleados a jóvenes, se ha venido resaltando la importante función formativa que desempeñan las PYMES, puesto que los trabajadores sin experiencia laboral encuentran normalmente su primer empleo en una empresa de pequeñas dimensiones, facilitando el posterior acceso a compañías mayores.

²⁰³ Como muestra de ello cabe citar el estudio dirigido por J.J. CASTILLO "Informatización, trabajo y empleo en las pequeñas empresas españolas", en el que la edad media de los trabajadores de las empresas encuestadas ronda, por lo general, entre los 30 y 35 años, salvo que por tratarse de empresas que por su objeto exijan una mayor cualificación del personal la edad media aumente, coincidiendo estos datos con los extraídos de otros estudios acerca de la mano de obra empleada en las

del sector servicios, puesto que en éste las exigencias de cualificaciones y formación tienden a ser menores.

Los motivos del predominio de estos grupos se debe a su menor coste económico²⁰⁴, y a que en ocasiones vienen utilizados para aumentar el ritmo de trabajo, dada su motivación para cambiar a un puesto de trabajo mejor. Esto último sucede sobre todo con jóvenes cualificados que realizan su primer trabajo encargados de tareas simples o monótonas que están muy por debajo de su cualificación.

99.- De otro lado la mayor parte de los trabajadores de las PYMEs están vinculados a las mismas mediante contratos temporales.

De esta forma, las plantillas de empresas de reducidas dimensiones se encuentran en un estado de precariedad más acusado que el que pudiera encontrarse en las grandes, y es que si bien no se trata ésta de una cuestión que afecta exclusivamente a las pequeñas y medianas empresas, si es

PYMEs.

²⁰⁴ Los jóvenes cuestan menos al empresario dadas las ventajas que la legislación concede para fomentar su empleo, en cambio las mujeres son pagadas menos por motivos discriminatorios.

cierto que en su seno se da con mayor incidencia²⁰⁵.

100.- El recurso a estas modalidades contractuales se debe no sólo a las ventajas de tipo fiscal, así como a las subvenciones y cotizaciones en las cuotas de Seguridad Social que han comportado, -hasta fechas no muy lejanas-, las distintas modalidades de contratación temporal, sino también porque se acude a este tipo de contratación para cubrir puntas de demanda (de modo que ante una eventual pérdida de mercado no se tenga que acudir a complicados sistemas de reducción de personal que puedan resultar largos y costosos para las empresas), y para mantener una mayor flexibilidad en la empresa.

En este último sentido, desde posturas empresariales²⁰⁶

²⁰⁵ Así se desprende de, entre otros, los datos que se reflejan en el informe sobre la contratación temporal publicado en *El Proyecto*, en el número correspondiente a abril de 1992, donde se subraya el hecho de que el 80% de la contratación temporal se realiza en pequeñas empresas de menos de 25 trabajadores. ("Informe sobre la contratación temporal: 1987/1990". A.M.A. *El Proyecto*, nº. 18, 1992, págs. 117 y ss.). Las cifras ofrecidas en el *Anuario de Estadísticas Laborales* del Ministerio de Trabajo para 1992, si bien no son tan rotundas, también permiten apreciar una mayor incidencia de la contratación temporal en los centros de pequeñas dimensiones: de los 2.081.400 trabajadores con contrato temporal, 1.176.200 (el 56,5%) trabajaban para centros de trabajo que contaban de 6 a 50 operarios (*op. cit.* pág. 77).

²⁰⁶ Así, en el documento nº.4, de la Conferencia Empresarial de 1992 de la CEOE, *Mercado de trabajo y relaciones*

se viene manteniendo que la utilización de estas modalidades de contratación "atípicas" constituye, dada la rigidez del mercado de trabajo español que desde semejantes posiciones se denuncia, el mecanismo idóneo para lograr el funcionamiento flexible de la empresa.

Con estos planteamientos, en un contexto en el que la flexibilidad en el funcionamiento de la empresa es lo primordial, no es de extrañar que una eventual reducción de la flexibilidad en materia de contratación condujera a que muchas pequeñas empresas se viesen avocadas al ámbito de la economía sumergida para procurarse el margen de maniobra con el que actualmente cuentan.

101.- En todo caso, hay que tener presente que el principal factor propiciatorio de la concentración de trabajo atípico en la pequeña y mediana empresa no es otro que la propia regulación legal que se realice de estas modalidades de contratación, fundamentalmente en aquellos países donde, como en el nuestro, la intervención del legislador estatal trata de favorecer un aumento de las oportunidades de ocupación mediante el recurso a formas de empleo precario²⁰⁷.

laborales en la empresa, pág. 10.

²⁰⁷ En este sentido, BIAGI, M., "Impresa minore, relazioni industriali e cultura manageriale...", *cit.*, págs. 12 y 13.

Al respecto hay que hacer notar la incoherencia que ha demostrado en los últimos tiempos el Gobierno a la hora de precisar la política legislativa a seguir en esta materia²⁰⁸.

De este modo resulta que si bien la política de empleo seguida por el Gobierno había venido consistiendo en el fomento de la contratación temporal, a partir del R.D.L. 1/1992, de 3 de abril, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo (convertido posteriormente en la Ley 22/1992, de 30 de julio), se produjo un cambio de orientación en la misma, fomentándose la contratación a tiempo total y por tiempo indefinido²⁰⁹, pretendiendo alcanzar con ello un mayor grado de permanencia en el empleo y, por tanto, el descenso en los

²⁰⁸ Sobre el particular, BAYLOS GRAU, A., "Modalidades de contratación y reforma del mercado". Ponencia presentada a las *Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, celebradas en Granada los días 9 y 10 de diciembre de 1993.

²⁰⁹ Este fomento de la contratación por tiempo indefinido frente a la contratación por tiempo determinado se verificó a través no sólo de medidas dirigidas a incentivar el primer modelo, sino también mediante la eliminación de algunos de los beneficios que la legislación preveía para el segundo (como las reducciones de cuotas a la Seguridad Social, previstas en el R.D. 1992/1984 para fomentar la contratación en prácticas y para la formación, y que fueron suprimidas por la Ley 22/1992).

niveles de rotación de la mano de obra²¹⁰.

Dicho cambio de orientación quedó confirmado, por lo demás, en el documento que sobre la reforma del mercado de trabajo dirigió el Gobierno al Consejo Económico y Social en demanda de un dictamen, en el que se recogía la necesidad de reintroducir la causalidad en la contratación temporal, de modo que, como se señalaba en el propio documento, "la contratación de duración determinada -sin dejar de ser lo suficientemente flexible para que el empresario pueda cubrir sus necesidades temporales de producción-, responda a una causa que justifique su existencia"²¹¹.

Sin embargo, con las recientes disposiciones dictadas en materia de contratación dentro del marco del debate propiciado por la reforma del mercado de trabajo (Ley 10/1994 de 19 de mayo -B.O.E. del 23- de Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, y el R.D. 2317/1993 de 29 de diciembre -B.O.E. del 31-), el Gobierno no ha seguido sus

²¹⁰ Así se expresaba, respecto del citado Real Decreto-Ley, el propio Gobierno en el documento: "La reforma del mercado de trabajo. Documento que el Gobierno dirige al Consejo Económico y Social en demanda de un dictamen". *Relaciones Laborales*, nº. 8, 1993, pág. 88.

²¹¹ "La reforma del mercado de trabajo. Documento que el Gobierno dirige al Consejo Económico y Social en demanda de un dictamen". *cit.*, pág. 93.

propios criterios, de forma que la contratación temporal sigue sin tener un carácter causal, destacando, en este sentido, la permanencia de los contratos de fomento del empleo, que habían sido objeto de un análisis crítico dado su uso como instrumento para conseguir una gestión más flexible de la mano de obra.

Se pone de así relieve que el tema de la contratación es "aquel en que se manifiesta de manera más descarada esa contradicción entre lo que había constituido el planteamiento del Gobierno en la discusión sobre las medidas de la reforma del mercado de trabajo a adoptar y las que luego habría de poner en práctica"²¹².

²¹² BAYLOS GRAU, A. "Modalidades de contratación y reforma del mercado", *cit.*, pág. 3.

II.- LAS RELACIONES LABORALES EN LAS PYMES.

1.- Desde un punto de vista sociológico, el tamaño de la empresa es, junto con otros factores, elemento caracterizador del marco de las relaciones laborales. Resulta posible, de este modo, apreciar diferencias entre las relaciones laborales que presentan las PYMEs y las que presentan las grandes empresas²¹³: mientras que en las empresas de mayor dimensión existen una relaciones formalizadas, en las más pequeñas lo predominante es un marco de relaciones laborales informales, donde el contacto entre trabajadores y empresario se produce de forma personal, debido a la estrecha convivencia entre ellos.

La proximidad física y cotidiana del empresario; los mecanismos de acceso al empleo en la pequeña empresa (normalmente a través del contacto personal con el empresario, cuando no por vía de la relación familiar con aquél); la dependencia del mercado derivada de la posición

²¹³ Al respecto, NATHALIE GREENAN, "L'organisation du travail dans les PMI se distingue-t-elle de celle des grandes entreprises?", en *Economie et Statistique*, nº. 271-272, 1994, págs. 87 y ss.

que en él se ocupa, son, entre otros, los elementos que contribuyen a configurar ese panorama de informalidad presente en las empresas de reducidas dimensiones.

Como consecuencia derivada de ese marco informal, las relaciones entre trabajador y empresario se presentan muy personalizadas, sin que, salvo raras excepciones, intervengan terceras partes en los conflictos que puedan plantearse.

Esta característica que presentan las PYMEs coincide plenamente con el carácter individualista del pequeño y mediano empresario, que quiere resolver cuantas cuestiones surjan directamente con sus trabajadores, sin interposición de nadie entre ellos.

Así pues, las relaciones laborales en las PYMEs están en función del carácter y comportamiento del empresario, de modo que los conflictos que en ellas se plantean se resuelven, según sea aquél, o bien de modo paternalista o bien de modo autoritario, teniendo el trabajador poca influencia, salvo que por poseer un alto valor de mercado y ser difícilmente sustituible en razón de su cualificación

o experiencia, el empleado pueda hacer oír su voz²¹⁴.

2.- Por otra parte, desde una perspectiva jurídica también cabe apreciar algunos matices en la normativa reguladora de las relaciones laborales en función de la dimensión de las empresas, constituyendo éstos el objeto fundamental de estudio de los siguientes apartados.

²¹⁴ Así lo ponen de manifiesto AUER P., y FEHR-DUDA, H. en su informe "Industrial Relations in Small and Medium-sized Enterprises. Evidence from Six Countries". *cit.*, págs. 56 y 57.

1.- LAS RELACIONES LABORALES INDIVIDUALES.

A) GENERALIDADES.

3.- El debate que se ha suscitado acerca de la regulación de las relaciones laborales individuales en la pequeña y mediana empresa, se ha centrado, con mayor insistencia si cabe que para el resto de empresas, en su flexibilización. La flexibilidad es así tenida como requisito indispensable para una mejor protección de las empresas de reducidas dimensiones²¹⁵.

4.- Con este punto de vista, y partiendo de la apreciación de que nuestro ordenamiento no establecía, hasta la reciente reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, apenas diferencias según la dimensión de la empresa, las demandas empresariales de flexibilidad para las PYMES se extendían prácticamente sobre todos los

²¹⁵ Como apunta JAVILLIER, (*Droit du Travail, cit.*, pág. 104), las rigideces del Derecho del Trabajo son consideradas por los empresarios, y singularmente en las pequeñas y medianas empresas, como algo nefasto económicamente y, por tanto, contrario al interés del conjunto de los trabajadores, ya que constituyen obstáculos a la contratación.

aspectos de las relaciones laborales²¹⁶. De esta forma, las principales reclamaciones que se había ido realizando, afectaban a materias como las de extinción del contrato de trabajo, jornada, salarios, contratación temporal, movilidad funcional, existiendo asimismo alguna reivindicación en materia de Seguridad Social.

En primer lugar, por lo que se refiere a la extinción del contrato de trabajo, los empresarios han venido solicitando un acortamiento de los plazos de preaviso y una simplificación del procedimiento para proceder al despido de los trabajadores. En este sentido se ha insistido, con el objeto de asegurar la supervivencia de las PYMEs, la eliminación de la autorización administrativa previa para proceder a los despidos colectivos, de modo que se aplique la normativa comunitaria mínima contenida en la Directiva 129/1975 de 17 de febrero, lo que implicaría reformar en profundidad el art. 51 del E.T. y su desarrollo reglamentario en el R.D. 696/80 de 14 de abril, homologando

²¹⁶ Estas reivindicaciones pueden encontrarse en documentos tales como: *Documento provisional. Pequeña y mediana empresa*, Foro Regional de la PYME. Toledo, 1992, (también en la *Ponencia socio-laboral* elaborada con ocasión de este foro); en el *Plan de medidas de adecuación legislativa a la realidad de la PYME española*, elaborado por CEPYME en 1991; en el documento referido a la pequeña y mediana empresa de la Conferencia empresarial celebrada por CEOE y CEPYME en 1992; y más recientemente, en el *Plan de choque para la reactivación económica española basada en las PYMEs*, CEPYME, mayo, 1993.

así las condiciones de estas empresas con las que marcan el resto de los países europeos a sus empresas.

Asimismo se ha reiterado la necesidad de que se tengan en consideración las peculiaridades de las pequeñas empresas a la hora de fijar las indemnizaciones por despido, solicitando el restablecimiento del art. 56.4 del E.T. en virtud del cual se establecía la reducción en un 20% de la indemnización a pagar por el empresario en los casos de despido improcedente, siempre y cuando se tratase de empresas con menos de 25 trabajadores.

Por último, en tema de extinción, se proponía la ampliación de los supuestos o causas contenidas en el art. 52 del E.T., de forma que no se refiriese únicamente a despidos individuales, sino que quedasen cubiertos en este precepto todas las rescisiones contractuales que las empresas de menos de 50 trabajadores tuviesen que realizar por causas económicas, tecnológicas u organizativas.

En relación a la jornada de trabajo se discutía no tanto su duración como su distribución, de modo que se pudiese adaptar a las necesidades de la empresa.

También se solicitaba una mayor flexibilidad en cuanto a los salarios, de forma que se introdujese la posibilidad

de diversificar según edad, estado y producción del trabajador, así como reducir las cargas salariales por antigüedad y del primer empleo.

Sobre contratación, las peticiones empresariales giraban en torno a la facilitación para suscribir contratos de duración determinada, suavizando las reglas de acceso a los contratos atípicos. Por otra parte, se había considerado, desde el empresariado, la necesidad de la introducción de un "contrato de aprendizaje", distinto del contrato de formación, de naturaleza temporal y dirigido a jóvenes entre 16 y 18 años, como medida eficaz de inserción profesional.

En cuanto a movilidad funcional se solicitaba la reducción de los obstáculos para proceder a la misma, tales como las categorías profesionales, con el objetivo de facilitar la polivalencia del trabajador, característica que es considerada por el empresario como algo fundamental en las pequeñas empresas, donde la división del trabajo no alcanza estructuras concretas.

Finalmente, por lo que se refiere a cuestiones relativas a Seguridad Social, los empresarios reclamaban la revisión del sistema de subvenciones y exenciones así como la reducción de la cotización empresarial, que es

considerada como un impuesto directo sobre la nómina, todo ello con la finalidad de reducir la carga financiera que supone el sistema de Seguridad Social para la PYME, el cual, entienden los empresarios, llega a limitar la posibilidad de crecimiento de las empresas al igual que su competitividad.

También en materia de Seguridad Social se ha reclamado desde el empresariado una actuación inspectora eficaz, que resuelva las situaciones fraudulentas derivadas de la declaración de incapacidad laboral transitoria (I.L.T.). Por otra parte, dados los perjuicios económicos y organizativos que ocasiona la situación de I.L.T. de los trabajadores en las PYMEs, los empresarios muestran su deseo de que, para las empresas de menos de 50 trabajadores, cese la obligación empresarial de cotizar a partir del décimo día de I.L.T. derivada de enfermedad común o accidente no laboral²¹⁷.

La consecuencia prevista por los empresarios para el

²¹⁷ Esta reivindicación empresarial contrasta con la medida adoptada por el Gobierno en el R.D.L. 5/1992 de 21 de julio (B.O.E. del 23 de julio), por la que se hace responsable al empresario del pago de la prestación económica de I.L.T. derivada de enfermedad común o accidente no laboral correspondiente al período comprendido entre los días 4º y 15º, ambos inclusive, de baja en el trabajo, de modo que dicho pago será a cargo exclusivo del empresario, no como pago delegado, sino como responsabilidad empresarial directa.

caso de que no se alcance la flexibilidad por ellos pretendida, es la del crecimiento de la contratación fraudulenta y de la economía sumergida, que está siendo el modo utilizado por muchos empresarios para librarse de las cargas que supone el Derecho del Trabajo.

5.- Por su parte los sindicatos, escépticos respecto de los efectos proclamados de la flexibilidad sobre el desempleo, han visto en la misma la amenaza de ser un instrumento para, aprovechando la coyuntura de crisis económica, acabar con algunos de los derechos sociales conquistados históricamente, produciéndose de este modo la "reconquista del poder empresarial"²¹⁸, con la consiguiente merma de los derechos de los trabajadores y de los propios sindicatos.

Por ello han defendido que una mayor flexibilidad que permitiese incrementar la eficacia económica debía ser conciliada con el mantenimiento, e incluso con la mejora, de ciertas garantías sociales, de tal modo que el proceso flexibilizador no produjese retrocesos en materia de Seguridad Social, condiciones de trabajo y de protección social. Para la consecución de este objetivo se demandaba

²¹⁸ RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Flexibilidad: ¿Un debate interesante o un debate interesado?", *Relaciones Laborales*, nº. 3, 1987, pág. 1.

la elaboración de un catálogo de derechos intocables de los trabajadores²¹⁹.

6.- Desde estas perspectivas tan "interesadas"²²⁰, resulta difícil llegar a un correcto análisis de las ventajas e inconvenientes de la flexibilidad. Se necesita un debate menos apasionado y más realista, -sin que se realicen afirmaciones genéricas y poco contrastadas-, de los beneficios y de los efectos negativos que puede acarrear una regulación más flexible de la normativa laboral.

Para ello es esencial, ante todo, dejar bien diferenciados dos términos, el de flexibilidad y el de desregulación, que, si bien tienen algunos puntos de contacto en el análisis de las situaciones que justifican la adopción de tales medidas²²¹, no constituyen una misma

²¹⁹ En este sentido se pronuncia CC.OO. en los documentos aprobados en el 5º. Congreso Confederado celebrado en Madrid en diciembre de 1991.

²²⁰ Ha sido RODRIGUEZ PIÑERO quien ha calificado el debate acerca de la flexibilidad como un "*debate interesado*", en tanto que considera que las partes han ideologizado excesivamente sus posturas y simplificado desmesuradamente los términos de la cuestión. (RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Flexibilidad: ¿Un debate...?", cit.).

²²¹ Para justificar tanto la desregulación como la flexibilización se afirma que la rigidez normativa de las condiciones de contratación y despido tienen sentido en una

cosa, ya que flexibilidad y desregulación implican soluciones diferentes.

Así, la flexibilidad propone una renovación de las normas, una "re-regulación"²²², con el objetivo de permitir que la modificación de la ley a través de los convenios colectivos afecte a contenidos más extensos y que se lleve a cabo de un modo más intenso de lo que viene sucediendo hasta la fecha, con lo que se conseguiría crear una ley a la medida de la empresa, adaptada a sus características y a los cambios producidos en el mercado de trabajo.

La desregulación, por su parte, acentúa el papel del contrato de trabajo en la regulación de las relaciones laborales, e implica la supresión de las normas legales, reglamentarias e incluso convencionales, eliminando el papel de la autonomía colectiva y con ello lo que la misma supone de límite a la autonomía individual.

En otras palabras, lo que se pretende con la

fase de expansión económica, no así en una fase de recesión, donde la dificultad para extinguir contratos de trabajo y para celebrar contratos de duración determinada posee efectos distorsionadores sobre el mercado de trabajo, obstaculizando la creación de empleo.

²²² SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral". *Relaciones Laborales*, nº. 2, 1989, pág. 27.

desregulación es la *desjuridificación* de las relaciones de trabajo, entendiendo por juridificación de las mismas "el predominio de la norma legal sobre el contrato individual"²²³. Con ello se produce, por lo tanto, la reducción del nivel de protección de los trabajadores y la vuelta a la autorregulación del mercado de trabajo, al libre poder empresarial sobre la mano de obra, esto es, a la libertad de contratación, a la libertad de fijación de las condiciones de trabajo, y a la libertad de extinción del contrato de trabajo.

De todo lo anterior se puede extraer la conclusión de que mientras la desregulación ignora la situación de desigualdad existente entre las partes contratantes de la relación laboral, la flexibilidad no ataca este principio básico del Derecho del Trabajo.

7.- Frente a los efectos negativos que se señalan para la desregulación (falseamiento de la competencia, dando lugar al llamado *dumping social*; transformación de la gestión empresarial del empleo en una cuestión menos técnica y rigurosa; desmotivación y desarraigo del trabajador con relación a la empresa, de modo que se propicie la pérdida de dedicación de los trabajadores a sus

²²³ RODRIGUEZ PIÑERO, M., "Flexibilidad, juridificación y desregulación", en *Relaciones Laborales*, nº. 5 de 1987.

objetivos de producción...), a la flexibilidad se le han atribuido efectos positivos²²⁴.

Para que ello sea así se requiere que se trate de una flexibilidad que favorezca la estabilidad del personal en la empresa, sin que llegue a adormecer el interés del trabajador por su trabajo y su empresa -lo que supone necesariamente un uso no abusivo de la contratación temporal para evitar el excesivo desapego del trabajador-; además se necesita promocionar, dada su influencia en la eficacia de la empresa, la *flexibilidad interna* (esto es, la referida a la ordenación del trabajo en la empresa, afectando aspectos tales como, entre otros, el de la movilidad funcional y geográfica, la reestructuración del tiempo de trabajo, y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo); y, por último, que se valore adecuadamente la *flexibilidad externa* (que es la que tiene por objeto cuestiones relativas a la contratación temporal,

²²⁴ Así, el dictamen del Consejo Económico y Social (en adelante C.E.S.) sobre la reforma del mercado de trabajo, adoptado en las sesiones de los días 28 de octubre y 4 de noviembre de 1993, donde se señala que la flexibilidad, entendida como capacidad de adaptación al cambio de circunstancias, "representa un valor positivo que debe promoverse en la totalidad de factores que intervienen en el proceso productivo y, entre ellos, también en el mercado de trabajo" ("Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la reforma del mercado de trabajo", *Relaciones Laborales*, nº. 1, 1994).

a la extinción y duración del contrato de trabajo, a la descentralización y disgregación de la colectividad laboral para evitar superar determinada dimensión de la empresa con objeto de conseguir un régimen jurídico más ventajoso, etc.), debido a sus implicaciones en el tema de estabilidad social.

De estos dos tipos de flexibilidad, los empresarios han insistido fundamentalmente en la flexibilidad externa, y dentro de ella principalmente en el tema de la extinción del contrato de trabajo, poniendo de relieve la necesidad empresarial de poder adaptar rápidamente la plantilla a la actividad de las empresas. Este hecho ha motivado la errónea equiparación entre flexibilidad y libertad de despido.

Algunos razonamientos explicativos de esta insistencia empresarial por la flexibilidad externa han sido sugeridos por SALA FRANCO²²⁵: el predominio de la PYME en la estructura económica de nuestro país, puesto que en estas empresas las medidas de flexibilidad interna inciden en un grado inferior a como lo hacen en las de mayores dimensiones; el pluralismo sindical y su debilidad; falta

²²⁵ SALA FRANCO, T., "El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo", *Revista del Treball*, nº 7, 1988, pág. 17.

de participación de los trabajadores en la toma de decisiones empresariales; y la escasa introducción de las nuevas tecnologías en los procesos productivos.

En todo caso no se puede limitar el debate de la flexibilidad a estos factores. De ser ello así el acuerdo con la contraparte social parece inalcanzable. La necesidad de ofrecer contrapartidas a las propuestas de flexibilidad es evidente, no debiéndose utilizar el tema como medio para alcanzar ventajas sobre los trabajadores²²⁶. Estos, al igual que sus representantes, si bien en un principio eran radicalmente contrarios a cualquier medida flexibilizadora, con el agravamiento de la situación económica se han convencido de los problemas que pueden encontrar sus empresas, por lo que en la actualidad consideran que la flexibilidad es aceptable dentro de unos límites, siempre y cuando no se trate de un sacrificio exclusivo de los trabajadores. Así pues, el tema se encuentra ahora en el "a cambio de qué" se flexibiliza²²⁷.

²²⁶ Y es que, como señala el C.E.S. en el Dictamen sobre reforma del mercado de trabajo (cit.), "cualquier reforma hacia una mayor flexibilidad del mercado de trabajo debe fundarse igualmente en el respeto y mantenimiento de los derechos y en la defensa de los intereses de las partes que intervienen en el mercado de trabajo".

²²⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. "Hacia una concepción positiva...", cit. pág. 9.

Respecto a esta cuestión, como contrapartidas, los agentes sociales reclaman un mayor control de los programas de formación y sobre la introducción de nuevas tecnologías, información sobre la gestión de la empresa en los aspectos que puedan tener una repercusión directa sobre los trabajadores, y, en general, una mayor participación en la toma de decisiones empresariales que les puedan afectar²²⁸.

8.- Por lo que se refiere a la postura adoptada por el Gobierno en relación a este debate, éste ha considerado necesario eliminar ciertas rigideces que, en su opinión, presenta el ordenamiento laboral con el fin de generar empleo y *"no condenar a la frustración a los hoy parados y a aquellos que en el futuro se integrarán en la población activa"*²²⁹, considerando necesario procurar, en esta tarea, la adecuación de la normativa a las circunstancias

²²⁸ De este modo, por ejemplo, para U.G.T. la flexibilidad es aceptable en la medida en que se base en la participación sindical y en la concertación en materia de organización de turnos y horarios de trabajo, de adaptación a las nuevas técnicas, y de productividad, oponiéndose a la libertad de despido así como a todo lo que implique generalizar la precariedad del empleo (lo que supone que las medidas de trabajo temporal deben ser provisionales), exigiéndose el control sindical de los contratos de prácticas y de formación, para garantizar que creen la mayor cantidad posible de empleo permanente y a tiempo completo.

²²⁹ "La reforma del mercado de trabajo" (documento que el Gobierno dirige al C.E.S. en demanda de un dictamen). *cit.*, pág. 87.

específicas de las empresas.

En este sentido es de destacar la opinión manifestada por el Gobierno²³⁰ acerca de la conveniencia de plantearse las ventajas e inconvenientes que conllevaría una diversificación de la normativa laboral (y, en especial de aquella por la que se regula la extinción del contrato de trabajo) según el tamaño de las empresas²³¹.

A consecuencia de este planteamiento, la reciente reforma de ciertas disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico laboral, ha introducido un buen número de novedades legislativas que afectan a la aplicación de la normativa laboral en las empresas de dimensiones más reducidas, pretendiéndose con ello dar respuesta a los problemas que presentan estas empresas²³², con lo que se ha atendido alguna de las demandas

²³⁰ Opinión manifestada en el documento que remitió al Consejo Económico y Social sobre la reforma del mercado de trabajo, *cit.*

²³¹ Coincidió con esta opinión el C.E.S., quien, no obstante, señalaba, -en el dictamen elaborado a propuesta del Gobierno-, los riesgos de la aparición de una tendencia a la dualización del mercado de trabajo entre las empresas según su tamaño.

²³² Así lo manifestaba el Ministro de Trabajo y Seguridad Social (Sr. Griñán Martínez) en los debates parlamentarios sobre la aprobación del R.D.L. 18/1993. (*Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, nº. 41, 1993, págs. 1883 y 1884).

empresariales sobre el particular.

B) LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LAS PYMES.

9.- Hasta las recientes modificaciones introducidas en el ordenamiento jurídico-laboral cabía afirmar, sin excesivas vacilaciones que, en general, la legislación laboral no contemplaba peculiaridades referidas a la pequeña empresa en materia de contratación, de modo que no se apreciaba una regulación de la contratación laboral ajustada a sus características.

Resultaba así que las normas relativas a la capacidad de contratar (art. 7 del E.T.), a la forma del contrato (art. 8), a las modalidades de contratación (arts. 10, 11, 12, 13 del E.T., así como los distintos Decretos que regulaban las diferentes modalidades de contrato de trabajo), al período de prueba (art. 14), a la duración del contrato (art. 15), y al ingreso al trabajo (art. 16 E.T. y la Ley 51/1980 de 8 de octubre, B.O.E. del 17, básica de empleo), eran disposiciones que se aplicaban a todas las empresas independientemente de su dimensión.

Sin embargo, la anterior afirmación ha variado notoriamente debido a la reciente introducción de novedades legislativas en esta materia, de modo que ciertas

instituciones de la contratación laboral han sido modificadas, introduciendo una diferenciación en las mismas según la dimensión de la empresa.

De este modo resulta que a las anteriores disposiciones relativas a la contratación que, de un modo aislado, sí tomaban en consideración el número de trabajadores para regular su alcance, se han añadido otras que también toman en cuenta este factor para modular sus efectos.

Resulta, por tanto, que como consecuencia de la reforma sufrida por la legislación laboral, en la actualidad existen mayor número de normas que atienden al número de trabajadores de la empresa como factor determinante de su aplicación.

Alguna de estas normas afectan a la libertad de contratación del empresario, imponiéndole ciertas obligaciones o límites a la hora de determinar la plantilla de la empresa (es el caso de la Ley 13/1982 de 7 de abril de Integración Social de los Minusválidos; de la Ley 15/1986 de 25 de abril de Sociedades Anónimas Laborales, así como del más reciente R.D. 2317/1993 por el que se desarrolla, en otros, el contrato de aprendizaje), mientras que otras sólo se refieren a determinados beneficios

conferidos a las pequeñas empresas en materia de contratación.

a) DISPOSICIONES QUE AFECTAN A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN EMPRESARIAL.

10.- Como señala LOPEZ GANDIA²³³, en los países de economía de mercado no existe, como norma general, una determinación previa de las plantillas de las empresas del sector privado puesto que ello sería contrario a la libertad de empresa (reconocida, en nuestro caso, en el art. 38 de la Constitución)²³⁴.

Solamente de un modo residual, y con la única intención de proteger a ciertas capas débiles del mercado de trabajo, la legislación laboral contempla algunas limitaciones en la libertad empresarial para la determinación de su plantilla.

²³³ LOPEZ GANDIA, J. "La dimensión de la empresa...", cit.

²³⁴ En este mismo sentido, SALA FRANCO señala que en los países de relaciones de producción capitalistas el empresario tiene reconocida por ley la libertad de contratación "en la doble faceta de derecho a decidir si contrata o no contrata trabajadores y en qué forma, y de derecho a elegir libremente al trabajador con el que ha de celebrar un contrato de trabajo". (SALA FRANCO, T. La libertad empresarial de contratación, Madrid. 1980. Pág. 5).

11.- En el caso de España, resulta que ya en el régimen político anterior existían numerosas normas que intervenían directamente en la fijación de plantillas, limitando la libertad de contratación empresarial²³⁵. Por ejemplo, la O.M. de 23 de septiembre de 1939 (B.O.E. del 3 de octubre) establecía la obligación de toda empresa de ocupar, en concepto de aprendices, a un mínimo de trabajadores equivalente al 5% de su plantilla²³⁶. Pero también con el nuevo régimen laboral surgido tras la Constitución y el E.T. se encuentran normas que inciden en la esfera del poder de organización empresarial²³⁷.

Algunas de estas disposiciones se encuentran ya

²³⁵ Como señala SALA FRANCO, algunas de esas disposiciones intervencionistas subsistieron al cambio de régimen político, colocando a España como una excepción dentro del posicionamiento de "abstencionismo consciente" en que se sitúan los restantes países de la Europa Occidental en relación al intervencionismo administrativo en la fijación de las plantillas de las empresas. (*La libertad empresarial...*, cit., págs. 7 y 8).

²³⁶ Dicho criterio era sustituido por el de jornales abonados en el transcurso normal de un año para aquellas empresas de menos de 20 trabajadores, donde el criterio del 5% era inaplicable, al dar un cociente inferior a la unidad.

²³⁷ La constitucionalidad de dichas disposiciones, que limitan la libertad de organización de la empresa de que es titular el empresario, en cuya virtud se le reconoce la libertad para decidir, en general, si se quiere contratar, y, en particular, a quien se quiere contratar, se ha justificado en razón del fin social que persiguen.

derogadas (es, por ejemplo, el caso del R.D. 1363/1981 de 3 de julio, B.O.E. del 11, donde el Gobierno, haciendo uso de la posibilidad de regular medidas de preferencia en el empleo recogida en el art. 17.3 del E.T., autorizaba la contratación temporal de determinados colectivos de trabajadores, si bien la limitaba en función de la plantilla fija del correspondiente centro de trabajo²³⁸); otras, sin embargo, se mantienen vigentes hoy día y toman como punto de referencia, para su aplicación, la dimensión de la empresa. Es a estas últimas a las que haremos aquí referencia.

12.- En primer lugar nos referimos al art. 38.1 de la Ley 13/1982 de 7 de abril, que establece la obligación de contratar a trabajadores minusválidos²³⁹ en número no

²³⁸ De modo que en centros con plantilla de más de mil trabajadores el límite se situaba en el 5%; con plantilla entre 500 y 1000, el 10%; entre 250 y 500, el 15%; entre 100 y 250, el 20%; entre 50 y 100, el 25%; y en las empresas de menos de 50 trabajadores, el límite quedaba fijado en el 30%.

²³⁹ Definidos, por el apartado primero del artículo 7 de la Ley 13/1982 de 7 de abril, como aquellos "cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia, de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales". En todo caso, corresponde a la Administración reconocer, de manera personalizada, la condición de minusválido de las personas (art. 7.2), siendo las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de Servicios Sociales el organismo competente para expedir "Certificaciones de Minusvalía", a los efectos de la

inferior al 2% de la plantilla, para todas las empresas, públicas o privadas, que ocupen a más de 50 trabajadores fijos.

El R.D. 1451/83 completó el art. 38.1 de la citada Ley, a la que desarrolla, con otras exigencias de tipo informativo. Así, el art. 5 de dicho R.D. establece, para las empresas a las que se les impone la contratación de personal minusválido, la obligación de enviar a la Oficina de Empleo del INEM de la provincia en que tenga su sede social así como a las de las provincias donde tengan centro de trabajo, relación detallada de los puestos de trabajo ocupados por trabajadores minusválidos y de aquellos que por sus características queden reservados a los mismos.

Esta obligación viene parcialmente compensada a través de los beneficios conferidos por la Ley²⁴⁰ a la

aplicación de la reserva del 2% de los puestos de trabajo de las empresas de más de 50 trabajadores, tal y como señala la Dirección General de Empleo en contestación a una consulta que se le presentó en este sentido (*Información y Documentación para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 2/1990, Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, págs. 483 y ss.).

²⁴⁰ En concreto, en la Ley 22/1992 de 30 de julio de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo; en el R.D. 1451/1983 de 11 de mayo, en el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982 de 7 de abril; y la Ley 10/1994 de

contratación por tiempo indefinido de este tipo de trabajadores (consistentes tanto en subvenciones como bonificaciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social).

En todo caso, lo que aquí interesa destacar es el hecho de que de todas estas cargas quedan exentas las empresas de 50 o menos trabajadores fijos. Indagar sobre los motivos de que ello sea así es de lo que ahora se trata.

13.- Con este tipo de medidas el objetivo que se pretende alcanzar es el desarrollo de una política de fomento del empleo del colectivo de personas minusválidas para lograr, a través de su discriminación positiva, facilitarles el acceso al mercado de trabajo, aspirando con ello a contrarrestar la inicial situación de desventaja en la que se encuentran los trabajadores minusválidos, frente al resto, en la lucha por el empleo.

Se puede afirmar, en definitiva, que la filosofía que inspira la regulación de estas medidas y, en concreto, de la carga legal consistente en contar con un determinado

19 de mayo que, además de referirse, en su Disposición adicional sexta, a los beneficios establecidos en las normas anteriores, contempla otras medidas de fomento del empleo de este colectivo.

porcentaje de trabajadores, encuentra su justificación en la idea de que las personas no deben resultar penalizadas por cuestiones que queden fuera de su control (como lo constituye, evidentemente, la minusvalía), debiendo distribuirse el coste de las mismas entre todos los empresarios de la forma más justa posible²⁴¹.

Y es precisamente debido al intento de realizar un reparto lo más equitativo posible, por lo que el legislador ha pretendido evitar que semejante obligación recaiga sobre aquellas empresas en que la inclusión forzosa de minusválidos pudiera ocasionar serios trastornos, dada la ausencia, precisamente por su reducida dimensión, de una organización interna lo suficientemente amplia como para facilitar puestos de trabajo a personal minusválido. Teniendo en cuenta, por lo demás, que las pequeñas empresas normalmente no incorporan tecnología al proceso productivo de un modo intensivo, lo que dificulta la integración de este tipo de personal.

Pero la exclusión de las pequeñas y medianas empresas de la obligación legal de emplear a trabajadores minusválidos también ha sido objeto de críticas, fundadas, de una parte, en la posibilidad de que las mismas cubran

²⁴¹ Así lo entiende GWYNETH PITT. (*Employment Law*, Londres, 1992, pág. 19).

las cuotas a través de la contratación a tiempo parcial de estos asalariados y, principalmente, por el hecho de que, dada la tendencia a lograr unidades productivas con menor volumen de efectivos, cada vez son más el número de empresas que se ven libres de esta obligación²⁴².

14.- En relación al número de trabajadores por debajo del cual desaparece el deber de contratar a minusválidos, es de destacar que viene referido a personal *fijo*, sin que cuenten por tanto los posibles trabajadores con contratos temporales, por lo que empresas que superan de largo esta cantidad de empleados, pero que en gran medida se acogen a la contratación temporal, quedan relegadas de tal exigencia.

Sin embargo este dato no parece que sea lo suficientemente importante como para determinar la precarización del empleo en las empresas, puesto que, entre otras cosas, el no contratar minusválidos cuando así se le exija a la empresa tan solo origina sanciones administrativas (concretamente una multa, que puede oscilar

²⁴² En este sentido, CROS-COURTIAL, M.L., "Les obligations patronales à l'égard des handicapés après la loi du 10 juillet 1987", *Droit Social*, nº. 7/8, 1988, pág. 604, quien, por lo demás, señala que es en este tipo de empresas donde se dan las condiciones psicológicas óptimas para la inserción profesional de minusválidos en razón de su dimensión.

entre las 50.001 y las 500.000 pesetas²⁴³).

Además, resulta que, aun en estos casos, es al empresario a quien corresponde tomar la iniciativa contractual, por lo que los organismos de colocación adoptan una posición meramente pasiva en materia de reserva de puestos de trabajo, careciendo tanto de iniciativa contractual como de facultades para obstaculizar la conclusión de contratos con trabajadores no protegidos, sin que parezca posible que quepa considerar nulo el contrato de un nuevo trabajador cuando la empresa estuviera obligada a contratar a minusválidos²⁴⁴. Es, por todo ello, por lo que la obligación impuesta por la Ley 13/1982 es frecuentemente inobservada.

15.- La reserva de puestos de trabajo a personal minusválido en función de las dimensiones de la empresa en términos de número de trabajadores ocupados no es algo exclusivo de nuestro ordenamiento, como tampoco lo es el sistemático incumplimiento empresarial de la misma²⁴⁵.

²⁴³ Art. 37.3 de la L.I.S.O.S. en relación con el art. 27.4 del mismo cuerpo legal.

²⁴⁴ En este sentido se manifiesta el manual *Derecho del Trabajo*, 6ª edición, Valencia, 1992. pág. 411, de AA.VV. dirigido por SALA FRANCO.

²⁴⁵ Así se denuncia, en relación al caso británico, en "Employment of the disabled", *Industrial Relations Journal*,

De este modo, por lo que se refiere a la obligación de contratar a minusválidos, en Francia, el artículo L. 323.1 del *Code du Travail*, y en Gran Bretaña, el artículo 1.1 de la *Disabled Persons (Employment) Act* de 1944, establecen medidas muy similares a la contenida en nuestra legislación laboral, siendo los citados alguno de los ejemplos que podemos encontrar en países de nuestro entorno²⁴⁶.

En uno y otro caso las empresas afectadas son aquellas que cuenten con, al menos, 20 trabajadores. Lo que varía es el porcentaje de minusválidos que se debe contratar en relación al volumen de efectivos de la empresa. Así, mientras en el caso francés se trata del 6 por 100, el legislador británico lo ha venido situando, desde el año 1946 (concretamente en la *Disabled Persons (Standard Percentage) Order* de dicho año), en el 3 por 100.

16.- En relación a la habitual inobservancia de la reserva de puestos de trabajo para trabajadores minusválidos, es de destacar la modificación legislativa que se llevó a cabo en Francia con la Ley de 10 de julio de 1987, con la que el legislador francés pretendió hacer más

Vol. 16, nº.1, 1985, págs. 78 y ss.

²⁴⁶ Sobre el particular, véase NUÑEZ GONZALEZ, C., "La integración laboral de los minusválidos. Análisis de la normativa internacional y comparada", Trabajo de Investigación (inédito), Valencia, 1994.

real y efectiva la protección de los trabajadores minusválidos en el ámbito del mercado de trabajo, procurando no imponer a las empresas obligaciones incompatibles con las dificultades económicas, -derivadas de una coyuntura poco favorable-, que estas pudieran padecer.

Sin embargo, las distintas medidas adoptadas para favorecer el cumplimiento de esta normativa han conducido a la sustitución de las medidas coercitivas, -cuya aplicación venía siendo escasamente exigida por la propia administración para no agravar la situación de las empresas-, por un planteamiento de la cuestión basado en la idea de la solidaridad con los trabajadores minusválidos, con lo que la nueva legislación deja la aplicación de esta normativa en manos de la buena voluntad de los empresarios y de su concienciación sobre la problemática con la que se encuentra este colectivo²⁴⁷.

²⁴⁷ Así lo entiende CROS-COURTIAL, M.L., "Les obligations patronales à l'égard des handicapés après la loi du 10 juillet 1987", *cit.*, quien apunta que semejante política podrá obtener buenos resultados dentro de la función pública y de las grandes empresas, pero no en lo que se refiere a las pequeñas y medianas, donde se optará por la vía más sencilla abierta por la nueva regulación legal (el abono de una contribución anual a un fondo de desarrollo para la inserción profesional de los minusválidos), antes que contratar a estas personas, consideradas como poco rentables y fuente de múltiples problemas (*op. cit.*, págs. 608 y 609).

17.- Otra norma que en materia de contratación establece diferenciaciones según la dimensión de la empresa es la Ley 15/1986 de 25 de abril (B.O.E. del 30) de Sociedades Anónimas Laborales, que fija un tope para plantilla externa según se trate de una empresa de más o de menos de 25 trabajadores.

En efecto, el artículo 16 de esta norma establece que, para las empresas de 25 o más trabajadores, el número de éstos cuya relación laboral sea por tiempo indefinido y que no tengan suscritas y desembolsadas acciones de la Sociedad, no podrá ser superior al 15% del total de socios trabajadores, en el resto de las empresas dicho porcentaje máximo será del 25%.

18.- En último término, en relación a estas disposiciones que afectan a la libertad de contratación del empresario, hay que hacer mención a lo regulado en el R.D. 2317/1993 respecto de los contratos de aprendizaje, en cuanto que esta disposición establece un límite al número de aprendices con que puede contar la empresa dependiendo del volumen de efectivos de la misma.

Concretamente, el artículo 7, en su apartado tercero, señala una escala en la que se fija el número máximo de aprendices por centro de trabajo en atención al volumen de

empleo existente en los mismos²⁴⁸. Así, se establece:

- Hasta 5 trabajadores: un aprendiz.
- De 6 a 10 trabajadores: dos aprendices.
- De 11 a 25 trabajadores: tres aprendices.
- De 26 a 40 trabajadores: cuatro aprendices.
- De 41 a 50 trabajadores: cinco aprendices.
- De 51 a 100 trabajadores: ocho aprendices.
- De 101 a 250 trabajadores: 10 aprendices o el 8% de la

²⁴⁸ Contrasta esta opción con lo dispuesto en la Ley 10/1994 donde se señala, al igual que sucedía su precedente inmediato (el R.D.L. 18/1993), que la determinación que debe hacerse, por vía reglamentaria, del número máximo de aprendices, habrá de efectuarse en función de la plantilla de la empresa. Entiende PEDRAJAS MORENO, ("El contrato de aprendizaje", *Relaciones Laborales*, nº. 5/6, 1994, pág. 65), que acoger el centro de trabajo y no la empresa como marco de referencia para el cálculo del número de trabajadores, -cuya razón de ser radicaría, según este autor, en la pretensión del Gobierno de favorecer al máximo las posibilidades de contratación de aprendices-, además de poder constituir un *ultra vires*, podría conculcar el principio de igualdad, por cuanto empresas con un mismo volumen de empleo podrían contratar diferente número de aprendices según su mayor o menor fragmentación en centros de trabajo. (Sobre la primera de las imputaciones realizadas por PEDRAJAS, -el que la referencia al centro suponga un *ultra vires*-, se ha manifestado DEL REY GUANTER, entendiéndolo que el R.D. no excluye esta posibilidad, puesto que referirse a la plantilla del centro es una forma de considerar la plantilla de la empresa [DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*, cit. pág. 47]).

Por lo demás, ALBIOL MONTESINOS estima que con la adopción del centro de trabajo como criterio de referencia se produce una desvirtuación del propio contrato de aprendizaje, pues con esta opción se favorece a las empresas de servicios con diversidad de centros de trabajo, frente a las empresas industriales con un centro de trabajo de grandes dimensiones, dado que es en estas últimas, -en las empresas industriales-, donde mejor pueden aprenderse auténticos oficios ("Consideraciones sobre la nueva regulación de los contratos en prácticas, de aprendizaje y a tiempo parcial", cit., pág. 17).

plantilla.

De 251 a 500 trabajadores: 20 aprendices o el 6% de la plantilla.

Más de 500 trabajadores: 30 aprendices o el 4% de la plantilla.

De esta escala es de destacar la confusión que entraña la referencia alternativa que se realiza, a partir de 101 trabajadores, a un número determinado de aprendices o a un porcentaje de los mismos en relación con el total de la plantilla, con lo que la duda que surge es la de si en estos casos habrá que tener en cuenta la cifra que resulte más baja o si, por el contrario, habrá que considerar la que sea más alta²⁴⁹.

De otra parte, cabe también resaltar que estos porcentajes se refieren a la *plantilla*, expresión ésta que,

²⁴⁹ En este sentido, CAMPS RUIZ, (*La Reforma del Mercado de Trabajo. El nuevo régimen jurídico de la colocación y de los contratos de aprendizaje, de trabajo en prácticas, a tiempo parcial y de relevo*, Valencia, 1994, págs. 54 y ss.), quien parece decantarse por la posibilidad de que se tenga en cuenta la cifra más alta por ser la alternativa que mejor atiende a los objetivos de la normativa (esto es, fomentar la ocupación), así como porque con ella se evita la ilógica consecuencia de que a partir de 750 trabajadores el número de aprendices a contratar sería siempre el mismo, independientemente de que la dimensión de la plantilla excediera en poco o en mucho de dicha cifra. Así lo entienden también ALBIOL MONTESINOS ("Consideraciones sobre la nueva regulación..." cit., pág. 17), y PEDRAJAS MORENO, ("El contrato de aprendizaje", cit., pág. 66), éste último en base a que siendo la finalidad del precepto el fomento de la ocupación, deberá acogerse la interpretación más favorable a dicha finalidad.

entendida en su sentido estricto, solamente abarca a los trabajadores fijos. La elección de este término, -si bien no ha sido ésta, con toda probabilidad, la intención del legislador-, podría utilizarse para limitar el número máximo de aprendices con que podrían contar las empresas²⁵⁰, evitando así una excesiva precarización del empleo.

En todo caso, lo que de la escala dada por el legislador resulta evidente, es que son las empresas de menores dimensiones las que proporcionalmente se van a ver más favorecidas por esta modalidad de contratación²⁵¹, otorgándoles un tratamiento más ventajoso, lo que indirectamente va a tener una cierta repercusión en los costes laborales de estas empresas, ya que los trabajadores contratados bajo esta modalidad contractual constituyen mano de obra económica.

Finalmente, en relación a esta figura contractual, es

²⁵⁰ De este modo, la alternativa que ofrece el artículo 7.3 del R.D. 2317/1993 a partir de cuando los centros de trabajo cuenten con 101 trabajadores (cualquiera que sea la clase de su contrato, -excepto los empleados con contrato de aprendizaje, por excluirles del cómputo el inciso último de este precepto-), consistiría en la opción entre un número máximo de aprendices o un porcentaje máximo de los mismos en función de la plantilla (y, por tanto, de trabajadores con contrato fijo) del centro.

²⁵¹ En este sentido, DEL REY GUANTER, *La dimensión de la empresa...*, cit., pág. 49.

de resaltar que el legislador haya ido más allá de lo solicitado por los representantes de la patronal, puesto que el límite máximo de edad para celebrar este tipo de contrato no se ha dejado en los 18 años solicitados desde la patronal, sino que se ha posibilitado su celebración por jóvenes de hasta 25 años.

b) DISPOSICIONES QUE NO AFECTAN A LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN.

19.- Respecto de las disposiciones que, en materia de contratación, se modalizan según la dimensión de la empresa y que no suponen límite alguno a la libertad de contratación del empresario, la mayor parte de las mismas hacen referencia a la normativa de fomento del empleo, respondiendo con ello al objetivo de concentrar los esfuerzos para incentivar la creación de puestos de trabajo en aquellas empresas que se consideran más proclives a este objetivo²⁵².

Dentro de la normativa de fomento del empleo ha

²⁵² Cabe recordar aquí el punto de vista -al que ya se ha hecho referencia (vid. nota nº 195)- puesto de manifiesto por el diputado ROCA I JUNYENT en el debate parlamentario sobre la convalidación del R.D. 18/1993, según el cual, puesto que son las PYMES las que en el futuro van a desempeñar el papel más importante en la creación de puestos de trabajo, es a estas empresas a las que hay que dirigir las ayudas que se prevean.

habido, y hay todavía, disposiciones que tienen en consideración el volumen de empleo de la empresa a la hora de regular las ayudas para incentivar la contratación de determinados grupos de trabajadores.

Así resulta que, hasta la aparición de la Ley 22/1992, de 30 de julio, estaba en vigor el art. 11 del R.D. 1992/1984 de 31 de octubre (B.O.E. del 9 de noviembre), por el que se regulaban los contratos en prácticas y para la formación, precepto que, con la finalidad de fomentar la contratación a tiempo completo de trabajadores para la formación, establecía una diferenciación, según el número de personal empleado en la empresa, respecto de las reducciones en las cuotas empresariales a la Seguridad Social para las empresas que contratasen a tiempo completo a trabajadores para la formación.

De este modo sucedía que las empresas que ocupasen a menos de 25 trabajadores quedaban exentas de la totalidad de la cuota empresarial de la Seguridad Social correspondiente a las contingencias comunes por el trabajador contratado, mientras que para aquellas otras que tuviesen al menos 25 trabajadores tan solo se preveía la reducción de la citada cuota empresarial en un 90%.

Ciertamente el beneficio que se concedía a la pequeñas

empresas no era tanto como pudiera parecer en un primer momento, ya que sólo consistía en pasar de la reducción general del 90% de la cuota empresarial, a la exención total.

Actualmente las empresas, tras la derogación que ha hecho la Ley 22/1992 del apartado 1º del R.D. 1992/1984, solamente tendrán derecho a esta exención o reducción de las cuotas de la Seguridad Social, según su volumen de efectivos, cuando contraten para la formación a tiempo completo a trabajadores minusválidos, y ello en tanto no se regule por el Gobierno el contrato especial de formación profesional previsto en el artículo 34.2 de la Ley 13/1982 de 13 de abril, según dispone la Disposición Transitoria cuarta de la Ley 22/1992 de 30 de julio.

20.- Por su parte la Ley 51/1980 Básica de Empleo también contiene alguna especialidad en relación a las PYMES. Resulta así que en su art. 12.1 se permite que reglamentariamente se exopere, tanto a las empresas del sector servicios como a aquellas cuya plantilla no alcance los 50 trabajadores fijos, de la exigencia de que formulen un proyecto de inversión que suponga un incremento de su plantilla del 10 por 100 con carácter general en relación con la media de los doce meses anteriores, requisito establecido para beneficiarse de las ayudas o subvenciones

previstas, en el propio art. 12, por la contratación de trabajadores en desempleo provenientes de sectores declarados en crisis por el Gobierno.

Además, en el apartado segundo de este mismo artículo se establece la posibilidad de que se concedan créditos (los cuales deberán estar en relación directa con el tamaño de las empresas y según el número de trabajadores de sus plantillas), a empresas de nueva creación en base al número de trabajadores preceptores de prestaciones por desempleo que sean contratados.

21.- En último lugar en lo que se refiere a la política de fomento del empleo que no supone un límite a la libertad de contratación del empresario, hay que hacer referencia al interés puesto por el actual Gobierno en promover la contratación en las pequeñas empresas como una más de las medidas tendentes a combatir el desempleo.

Muestra de este interés cabe encontrarla en la exposición de motivos de la Ley 10/1994 de 19 de mayo sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación donde, en el apartado 2.d), se señala, como una de las finalidades de esta norma legal, *"orientar los futuros programas de fomento de ocupación con el objetivo de fomentar la creación de empleo en las pequeñas empresas y dar ocupación*

a perceptores de prestaciones por desempleo, convirtiendo éstas en instrumentos de políticas activas".

Como consecuencia de este objetivo marcado, el artículo 5 de la Ley 10/1994, prevé el establecimiento de programas de fomento a la contratación por pequeñas empresas de trabajadores perceptores de prestaciones por desempleo, debiendo ser determinados anualmente por la Ley de Presupuestos Generales del Estado tanto los citados programas como los colectivos de perceptores de prestaciones por desempleo destinatarios de los mismos.

De esta medida de fomento del empleo es de destacar el hecho de que no queden claramente identificadas cuales son, a estos efectos, las pequeñas empresas objeto de la misma, debiendo ser, por consiguiente, las Leyes de Presupuestos las que, al establecer los distintos programas, determinen asimismo cuales son las empresas beneficiarias de éstos²⁵³.

²⁵³ Para el año 1994, la Disposición adicional sexta de la propia Ley 10/1994 determina tanto los colectivos como las empresas que se beneficiarán de estas ayudas: a) Las empresas, cualquiera que sea su número de trabajadores en plantilla, que contraten a beneficiarios de prestaciones por desempleo mayores de 45 años o minusválidos, tendrán derecho a una reducción del 75% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes. b) Las empresas de hasta 25 trabajadores que contraten a beneficiarios de prestaciones por desempleo, menores de 45 años, inscritos al menos un año como desempleados en la Oficina de Empleo, tendrán derecho a una reducción del 50% de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por

22.- Finalmente cabe hacer referencia a otras disposiciones que, siempre dentro de la materia de contratación, pero al margen ya de la normativa de fomento del empleo, atienden a la dimensión de la empresa para diversificar su alcance.

Se trata, en concreto, del artículo 14 del E.T. por el que se regula el período de prueba. Con anterioridad a la reciente reforma del E.T., la normativa no distinguía en este punto según el número de trabajadores de la empresa, sino que se limitaba a establecer períodos de prueba distintos en función de la cualificación de los trabajadores, de forma que se preveía un plazo máximo de seis meses para los técnicos titulados, siendo de tres meses para el resto de trabajadores, excepto para los no cualificados, para los que se establecía un período máximo de 15 días.

Se fijaba, por lo tanto, un tiempo de prueba distinto en función de las aptitudes que el trabajador debía reunir para el desarrollo de su actividad laboral, de modo que fuera lo suficientemente amplio como para permitir al empresario tener, en cada caso, una adecuada percepción de

contingencias comunes. En los casos en que la empresa no tuviera trabajador alguno a su servicio, las reducciones previstas se elevan al 100% y al 75%, respectivamente, para el primer trabajador contratado.

la idoneidad del trabajador para el puesto de trabajo que tuviera que cubrir.

Actualmente, tras la reforma llevada a cabo con la Ley 11/1994, el art. 14 establece unos límites de duración distintos a los previstos con anterioridad (seis meses para los técnicos titulados y dos meses para el resto de trabajadores)²⁵⁴, pero al fijar los límites de duración, este precepto ya no contempla solamente un diverso plazo según la cualificación del trabajador, sino que también atiende a la dimensión de la empresa. De este modo, el primer párrafo del art. 14.1 del E.T. concluye diciendo que *"en las empresas de menos de veinticinco trabajadores el período de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados"*²⁵⁵.

La razón de ser de esta ampliación del plazo máximo del período de prueba en los casos de empresas de menos de 25 trabajadores, parece estribar en la importancia que

²⁵⁴ Límites que serán de aplicación en defecto de pacto en convenio colectivo sobre el particular.

²⁵⁵ Límite que, según MARTINEZ ABASCAL, se ha configurado en la Ley como insuperable por vía del convenio colectivo (*La relación Ley-negociación colectiva en la reforma de la normativa laboral: ¿una adaptación del Derecho del Trabajo a la dimensión de la empresa?*, comunicación presentada en el V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pamplona, 1994).

tiene el elemento personal en las relaciones laborales de estas empresas²⁵⁶. De esta manera el empresario podrá, en estas unidades productivas, disponer de un mayor plazo de tiempo cuyo objeto será verificar, no tanto las aptitudes profesionales del trabajador, como sus cualidades personales²⁵⁷.

Siendo este el objetivo perseguido por la ampliación del tiempo máximo del período de prueba, hay que criticar que el legislador se haya referido exclusivamente a las empresas de menos de 25 trabajadores, obviando la posibilidad de que existan centros de trabajo con un volumen de empleo que esté por debajo de dicho umbral, donde, a pesar de constituir parte de una empresa de mayores dimensiones, puede existir un representante del empresario con el que se pueden producir esas situaciones de conflicto personal entre trabajador y empresario que la norma trata de evitar.

²⁵⁶ Así se desprende, como ya ha sido apuntado, de la Memoria del Anteproyecto de Ley por el que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores.

²⁵⁷ Entendiendo que la finalidad perseguida con esta disposición tiene un carácter económico, esto es, la de *"facilitar al empresario el desistimiento del contrato a fin de abaratar costes derivados de posibles indemnizaciones por despidos improcedentes o evitar readmisiones derivadas de despidos nulos"*, se manifiesta MARTINEZ ABASCAL, *op. cit.*, pág. 18.

c) ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONTRATACIÓN EN LAS PYMES.

23.- Hemos visto cómo el ordenamiento laboral español no contempla, en materia de contratación, -y a pesar de las reformas recientemente introducidas-, excesivas peculiaridades en atención al número de trabajadores empleados en la empresa.

Sin embargo sí que existe, como se ha expuesto anteriormente (en el apartado I.2.C), un dato que caracteriza a las pequeñas empresas en esta materia. Se trata, en concreto, del elevado número de trabajadores vinculados con contratos precarios que hay entre el colectivo de efectivos que prestan sus servicios en empresas de reducidas dimensiones, debido a razones de muy diversa índole (desde los menores costes que este tipo de contratación supone para las empresas, hasta su idoneidad para adecuar el volumen de efectivos de la empresa a las necesidades que la empresa pueda experimentar en cada momento).

En este contexto, hay que destacar la falta de reacción de la legislación laboral²⁵⁸, puesto que si bien

²⁵⁸ Así lo denuncia LOPEZ GANDIA en "La dimensión de la empresa...", *cit.*, pág. 523.

ha venido facilitando nuevos canales "atípicos" de contratación sigue, no obstante ello, adoptando en ciertas ocasiones el parámetro "plantilla", identificado normalmente con trabajadores fijos, como centro de imputación normativa, con lo que se logra que mayor número de grandes empresas queden relegadas de determinadas obligaciones con el simple hecho de acudir a la contratación temporal.

C) LAS CONDICIONES DE TRABAJO EN LAS PYMES.

24.- En relación con las condiciones de trabajo que se pueden encontrar en las pequeñas y medianas empresas, es interesante observar cómo la caracterización de las pequeñas empresas en este punto no ha sido uniforme a lo largo de los distintos informes que sobre la materia se han elaborado.

Y es que, puede afirmarse, la visión de las condiciones de trabajo existentes en las pequeñas y medianas empresas depende, en gran medida, del estereotipo que de las mismas se tenga²⁵⁹.

²⁵⁹ En este sentido JONATHAN BOSWELL ha identificado tres tipos básicos en los estereotipos de pequeña empresa: el *modelo clásico*, caracterizado por la visión de la pequeña empresa como aquella en la que el empresario sólo está preocupado en obtener el máximo beneficio posible; el *estereotipo romántico*, que se

25.- Así resulta que, de un lado, algunos estudios ponen el énfasis en las ventajas que reúnen las PYMEs en el ámbito social (como es el caso del llevado a cabo en Inglaterra en 1971 por el "Committee of Inquiry on Small Firms", bajo la presidencia de J.F. Bolton²⁶⁰; o el efectuado en España en 1972 por la Comisaría del Plan de Desarrollo Económico y Social en el en la elaboración del III Plan para el cuatrienio 1972/1975²⁶¹; o incluso el propio Parlamento Europeo²⁶²), valorando positivamente

centra en la imagen de la PYME como fuente de utilidad económica (posibilidades de innovación tecnológica, competencia...), o virtualidad social (buenas relaciones humanas entre trabajadores y empresario); y el modelo modernista, que, según el autor, está basado en una serie de verdades a medias y malos entendidos, como el constituido por la apreciación de que el sector de la pequeña y mediana empresa es un sector opuesto al progreso y al profesionalismo por el hecho de que muchas de estas empresas son ineficientes, tradicionalistas y de tipo familiar. (BOSWELL, J., *The Rise and Decline of Small Firms*, cit., pág. 19).

²⁶⁰ BOLTON. "*Small firms*". Report of the Committee of Inquiry on Small Firms. Chairman J.E. Bolton. Her Majesty's Stationary Office (HMSO), 1971. Informe que, por lo demás, no hace sino recoger una vieja visión acerca del estado de las relaciones laborales en la industria de pequeña escala, puesto que ya había manifestaciones de la misma a principios de los años 30 (así, en DURKHEIM, E., *The Division of Labour in Society*, Glencoe, 1933).

²⁶¹ Presidencia del Gobierno. Comisaría del Plan de Desarrollo Económico y Social. III Plan de Desarrollo Económico y Social. "*La pequeña y mediana empresa*". 1972.

²⁶² European Parliament. Working Documents. Report on questions relating to small and medium-sized undertakings in the Community. Document 518/77, de 8 de febrero de 1978, pág.

aspectos tales como el estrecho contacto que se produce en ellas entre el trabajador y la dirección de la empresa, al considerar que dicho trato más directo se traduce en unas mejores relaciones humanas entre empresarios y trabajadores y, por ello, en un mejor ambiente de trabajo; estimando asimismo más elevada la satisfacción personal obtenida con el trabajo realizado en la pequeña empresa al permitir unas funciones más variadas e interesantes, así como una mayor identificación de la labor realizada con la marcha de la empresa en su conjunto.

De este modo, concluyen tales informes, a pesar de que las condiciones físicas de trabajo puedan ser inferiores en las pequeñas empresas, y aunque el nivel de remuneración sea inferior para los empleados en estas empresas, la mayoría de la gente prefiere trabajar en grupos pequeños, donde la comunicación presenta menores problemas²⁶³. Por lo demás, estos informes suelen refrendar sus aseveraciones destacando la menor incidencia de la conflictividad colectiva (medida en número de huelgas producidas) sobre las pequeñas empresas.

12.

²⁶³ En este sentido se manifiesta el informe del "Committee of Inquiry on Small Firms", *cit.* (conocido como Informe Bolton) en el párrafo 2.40. Lo mismo se mantiene en la obra de INGHAM, K., *Size of Industrial Organization and Worker Behaviour*, Cambridge, 1970, pág. 143.

Quizá olvidan quienes mantienen estas posturas los intereses contrapuestos que tienen trabajadores y empresarios y que, en ciertos casos -principalmente en las pequeñas y medianas empresas, donde habitualmente coinciden en una misma persona las facultades de gestión económica y de gestión social-, puede suponer que el empresario deje de lado la función social que ejerce, para centrarse en su principal interés, esto es, en obtener el máximo rendimiento de su explotación económica²⁶⁴.

26.- Frente a los puntos de vista sustentados por los análisis referidos, otros estudios²⁶⁵ atribuyen a las empresas de reducidas dimensiones unas condiciones de trabajo peores a las existentes en las grandes empresas, ya que, debido a las características completamente adversas del mercado de trabajo, y dada la necesidad de mantener el

²⁶⁴ En este sentido, O.I.T. Conferencia Internacional del Trabajo. 72ª. reunión. 1986. Informe VI. *Fomento de las pequeñas y medianas empresas*. Ginebra. 1986. Pág. 63.

²⁶⁵ Entre otros, J. BLANCO y A. OTAEGUI "Los trabajadores de las PYMES y la acción sindical", en *Sociología del Trabajo*, nº. 11, 1990/1991; STANWORTH, J. y GRAY, C., *Bolton 20 Years On: The Small Firm in the 1990s*, Londres, 1991; RAINNIE, A., *Industrial relations in small firms. Small isn't beautiful*, Londres, 1989, (donde se hace una crítica a la conceptualización de las relaciones laborales en las pequeñas empresas realizada en el Informe Bolton y en el libro de INGHAM *Size of Industrial Organization...*, cit.). También cabe incluir entre ellos las consideraciones formuladas al respecto en el citado informe de la O.I.T., *Fomento de las pequeñas y medianas empresas*, en las páginas 60 y siguientes.

empleo, los trabajadores se vinculan más estrechamente con la organización de la empresa, asumiendo el mayor número de horas trabajadas, el inferior nivel de retribución, etc., de modo que, como señalan J. BLANCO y A. OTAEGUI, "la centralidad del mantenimiento del empleo supone la relegación del resto de las condiciones de trabajo a niveles subsidiarios"²⁶⁶.

Además, en contestación a los argumentos relativos a la menor conflictividad laboral experimentada en las PYMES, se señala desde estas posturas que la menor existencia de huelgas en el seno de las pequeñas empresas no supone una menor conflictividad laboral como consecuencia de una mayor satisfacción general del trabajador con sus condiciones de empleo, sino que por distintos motivos (menor sindicalización de la mano de obra, temor a represalias, etc.), la conflictividad no se exterioriza en esta manera en tales empresas, por lo que, en este sentido, el "silencio" no debe ser equiparado con satisfacción²⁶⁷.

27.- Desde esta segunda perspectiva, más generalizada, de la pequeña y mediana empresa, resulta que en ellas podemos encontrar, por regla general, una mayor

²⁶⁶ J. BLANCO y A. OTAEGUI, *Op. cit.*, pág. 98.

²⁶⁷ AL RAINNIE, *Industrial relations in small firms...*, *cit.*, pág. 143.

flexibilidad tanto externa (con una menor protección contra el despido), como interna (donde a los trabajadores se les cambia de puesto de trabajo sin tener en cuenta la cualificación, superior o inferior, del trabajador para ocupar el mismo); un mayor uso del trabajo a tiempo parcial y de los contratos temporales; y, también, unos menores niveles de seguridad e higiene en el trabajo.

Precisamente ha sido la constatación de las peores condiciones de trabajo existentes en las PYMES, lo que ha llevado a los sindicatos a reivindicar una igualdad entre todos los trabajadores, independientemente de la dimensión de la empresa para la que trabajen²⁶⁸.

28.- Las razones que pueden explicar estas peores condiciones de trabajo van desde la ausencia de específicas regulaciones hasta la inobservancia de las mismas cuando existen, dada la carencia de un control, sea administrativo o sindical, de la aplicación de la legislación vigente en las PYMES, dejando así el trabajo desarrollado en estas

²⁶⁸ En este sentido el presidente de la Confederación Europea de los Sindicatos, G. DEBUNNE, señalaba, en su intervención en la Conferencia de apertura del Año Europeo de las PYMES, sus reticencias a aceptar la existencia de trabajadores de "segunda clase", que trabajen más y ganen menos.

empresas al borde de la economía sumergida²⁶⁹. De hecho, esta falta real de intervencionismo estatal en la regulación de las relaciones laborales en la PYME, permite la supervivencia de muchas de éstas, incapaces de afrontar el coste económico que supone la legislación laboral.

29.- Sobre el particular hay que señalar que la falta de un control más estricto del cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad e higiene por parte de la Inspección de Trabajo se debe a que sus esfuerzos se centran, en buena medida, en las grandes empresas, siendo menos frecuentes las visitas a las pequeñas, y ello aun cuando los riesgos profesionales en estas empresas son los mismos, si no mayores, que los existentes en las grandes²⁷⁰.

En el caso español este hecho puede resultar incentivado incluso por la propia normativa que regula la Inspección de Trabajo (en concreto la Ley 39/1962 de 21 de julio, Ordenadora de la Inspección de Trabajo), ya que al

²⁶⁹ Como ha apuntado BIAGI, el problema de las condiciones de trabajo en las PYMEs no es tanto el de introducir nuevas reglas a los efectos de proporcionar una mayor tutela a sus trabajadores, sino realizar la efectiva aplicación de aquellas que afectan a estas empresas. (BIAGI, M., "Impresa minore, relazioni industriali e cultura manageriale...", cit., pág. 14).

²⁷⁰ Así se señala en el mencionado informe de la O.I.T. *Fomento de las pequeñas y medianas empresas* (pág. 63).

establecer la visita a los centros laborales como principal mecanismo de actuación de la Inspección de Trabajo, dispone que la misma tenga lugar con la frecuencia y urgencia necesarias que requieran, entre otras circunstancias, el volumen de empleo de las empresas (art. 12 de la citada Ley).

De otra parte, la legislación sobre Inspección atribuye el control del cumplimiento de cierta normativa laboral en las empresas de hasta 25 trabajadores a los Controladores Laborales (en concreto, en materia de colocación y fomento del empleo; sobre cotización a la Seguridad Social y colaboración obligatoria, así como acerca del cumplimiento de las condiciones necesarias para obtener prestaciones en materia de empleo y de Seguridad Social), lo que, teniendo cuenta que los Controladores no pueden, -a diferencia de los Inspectores de Trabajo-, actuar por iniciativa propia²⁷¹, constituye un factor más de la desventaja en la que se encuentran los trabajadores de estas empresas a la hora de constatar un efectivo

²⁷¹ Según el artículo 2 del R.D. 1667/1986 de 26 de mayo por el que se regulan las funciones y atribuciones de los Controladores Laborales, estos funcionarios sólo pueden intervenir por orden superior o por denuncia, queja o petición expresa (que deberán presentarse ante los órganos de la Inspección de Trabajo), de empresas, trabajadores o sus organizaciones, así como de los representantes legales de los trabajadores en las empresas.

control de la aplicación de la normativa vigente.

30.- En cuanto a la ausencia de un control sindical, cabe apuntar que ésta se debe a la falta de estructuras de representación sindical de los trabajadores en las PYMES, dada la escasa implantación de los sindicatos en este ámbito, sin que su carencia pueda suplirse por representación unitaria ya que, debido a los límites legales, numerosas empresas, -las más pequeñas-, quedan privadas de la posibilidad de contar con este tipo de órganos²⁷².

31.- Como justificación de esta realidad, por la que se deja a los trabajadores de las PYMES más desprotegidos que al resto de trabajadores, viene siendo habitual aludir, como ya se ha dicho, al importante papel que juegan las PYMES en el desarrollo económico y en la creación de empleo, así como a la necesidad de, para mantener positivos esos índices que presentan, evitarles cargas excesivas que pudieran perjudicarles, dado su escaso potencial económico. Tal actitud es el resultado de un planteamiento a partir

²⁷² Este dato constituye, según el informe de la O.I.T. referido, otra causa de la falta de una protección eficaz a los trabajadores de las PYMES por parte de la Inspección de Trabajo, por cuanto se dice que existe una correlación directa entre la eficacia de la labor de la Inspección y la existencia de representación sindical (pág. 64).

del cual la menor protección del trabajador de la PYME viene asumida como condición indispensable para su desarrollo²⁷³.

Sin embargo, este punto de partida ha sido criticado por quienes no tienen tan claro la menor capacidad económica de las PYMES (en vista de la existencia de pequeñas empresas con una tecnología de alto nivel, por lo que no requieren un uso intensivo de mano de obra), ni que jueguen un papel tan importante en la creación de empleo, o, en todo caso, si bien les reconocen su importancia en la creación de empleo, no consideran que ello deba suponer, necesariamente, unas peores condiciones de trabajo.

a) LOS SALARIOS.

32.- Según ponen de relieve los distintos estudios que sobre las condiciones de trabajo en las PYMES se han efectuado, los salarios crecen con el tamaño de la empresa. Así, en el informe elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas sobre las relaciones industriales en las PYMES²⁷⁴ se señala que, en España, los trabajadores de empresas de más de 500 empleados ganan cerca del 68% más

²⁷³ En este sentido, BIAGI, *op. cit.*, pág. 12.

²⁷⁴ *Industrial Relations in Small and Medium-sized Enterprises. Final Report. cit.*

por hora de trabajo que sus colegas de las pequeñas empresas²⁷⁵.

Ahora bien, hay que tener presente que éste es un dato que depende del sector al que pertenezca la empresa y del territorio en que se encuentre. Además, no son solamente éstos los únicos factores que inciden sobre el salario, ya que las diferencias salariales están también relacionadas con los niveles de beneficio de la empresa y de productividad por trabajador, de modo que el aparente mayor coste económico del trabajo en las grandes empresas viene compensado por su mayor productividad. Asimismo la diferencia retributiva puede ser explicada por la mayor cualificación del personal que trabaja para las grandes empresas y por la mayor proporción de mujeres, jóvenes y contratos a tiempo parcial de las PYMEs.

Con todas estas puntualizaciones, parece evidenciarse que el tamaño de la empresa no tiene una significación decisiva a la hora de explicar la diferencia retributiva existente entre los trabajadores de las PYMEs y los de las

²⁷⁵ En este mismo informe se dice que en Italia los salarios en las grandes empresas son cerca del 40 o 50% superiores a los que se pagan en las pequeñas empresas de 0 a 4 empleados, y que en Francia los empleados de las empresas con plantilla superior a los 500 trabajadores ganan más que aquellos que lo hacen para empresas de menos de 500 empleados.

grandes empresas. No obstante, en el informe sobre las relaciones industriales en las PYMEs españolas elaborado por FAUSTO MIGUELEZ para la Comisión de las Comunidades Europeas²⁷⁶, se mantiene que la variable explicativa de la diferencia salarial es la dimensión de la empresa, subrayándose que la importancia del factor "tamaño de la empresa" se aprecia, fundamentalmente, en los complementos salariales (horas extras, antigüedad...), que parecen confinados únicamente a los trabajadores de las grandes empresas o de aquellas que cuentan con una destacada presencia sindical, mientras que en las pequeñas, si hay complementos, éstos se distribuyen de modo individualizado y discrecional por el empresario.

Parece pues que sea éste uno de los muchos temas en que no es posible hacer generalizaciones y atribuir una determinada característica a las PYMEs debido, precisamente, al carácter heterogéneo de estas empresas, en las que otros factores, aparte del puramente dimensional, tienen tanta o más trascendencia a la hora de determinar significativas diferencias retributivas entre los trabajadores.

²⁷⁶ Documento que se incluye en el informe citado de la Comisión de las Comunidades Europeas *Industrial Relations in Small and Medium-sized Enterprises*.

33.- En último término, sobre el tema del salario habría que comentar la incidencia que ha tenido la reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores, puesto que se han introducido mecanismos para evitar la aplicación de las condiciones económicas fijadas en convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, en aquellos casos en que las mismas pudieran dañar la estabilidad económica de la empresa.

De este modo, el artículo 82.3 del E.T. establece que sean los propios convenios colectivos de ámbito superior a la empresa los que establezcan cláusulas de descuelgue salarial, en las que se contengan las condiciones y procedimientos para eludir la aplicación de las disposiciones del convenio relativas al salario, para aquellas empresas en las que su concreta situación así lo requiera.

En el caso de que el convenio no prevea nada en este sentido, la exclusión de las condiciones económicas fijadas en convenio colectivo de ámbito superior a la empresa sólo podrá producirse a través del acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, y a falta de éste, sería la Comisión Paritaria del Convenio la que decidiría sobre el particular.

Con estas medidas se pretende, por tanto, evitar que condiciones económicas fijadas en un ámbito superior a la empresa puedan aplicarse a todas aquellas vinculadas por dicho convenio, independientemente de la concreta situación de cada una de las mismas, pudiendo llegar a perjudicar la continuidad de la propia empresa.

Como consecuencia de estas disposiciones, los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas van a poder recibir un tratamiento económico distinto del que gocen los empleados al servicio de empresas de mayores dimensiones, pero ello justificado no ya en virtud de la menor dimensión de la empresa, -calculada ésta en función de la cantidad de efectivos al servicio de la misma-, sino en atención a la situación económica de la empresa en cuestión.

b) LA JORNADA.

34.- Normalmente la jornada es de superior duración en las PYMES²⁷⁷ debido al considerable número de horas

²⁷⁷ Según el *Anuario de Estadísticas Laborales* del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en 1992 los trabajadores de centros con un volumen de efectivos entre 6 y 50 empleados, trabajaron, cada uno de ellos, una media de 1.719,6 horas al año, frente a las 1.696 elaboradas por los trabajadores de centros de 51 a 250 trabajadores, y las 1.680,8 de los ocupados en centros de más de 250 operarios. (Op. cit.,

extraordinarias que se efectúan (casi nunca retribuidas como tales), y al trabajo realizado en fin de semana, medidas ambas que las empresas adoptan para poder atender a las puntas de demanda. Con estas medidas se reduce el tiempo de descanso semanal de los trabajadores e incluso la duración de sus vacaciones anuales, que suele ser inferior a la duración pactada en el correspondiente convenio colectivo.

En general se puede decir que el tiempo de trabajo crece allí donde no hay un control sindical, como ocurre en la gran mayoría de las PYMES. De este modo, la limitación que del tiempo de trabajo y de las horas extraordinarias hace la ley no se respeta, ya que, como no existen representantes sindicales, apenas existe control, quedando éste exclusivamente en las manos de los órganos de inspección del Estado, ya que ni siquiera los propios trabajadores están interesados en renunciar a ese sobresueldo que supone una mayor jornada, de modo que, como ya ha quedado puesto de relieve, se sacrifican las condiciones laborales por el mantenimiento de un cierto nivel de retribución.

c) LA SEGURIDAD E HIGIENE.

35.- Las condiciones de seguridad e higiene en que se desarrolla el trabajo realizado en las PYMES es otro de los factores negativos de las mismas. Parece ser que existe una estrecha correlación entre tamaño de la empresa y siniestralidad laboral²⁷⁸.

Las posibles causas de esta situación son varias. En primer lugar cabe señalar que la regulación de la seguridad

²⁷⁸ Esto es lo que se desprende del análisis de las estadísticas sobre accidentes laborales realizadas por el Ministerio de Trabajo según las cuales, en 1992, los trabajadores de las empresas de hasta 100 empleados sufrieron más del triple accidentes (364.003), que los trabajadores de las empresas con plantilla entre 101 y 1000 (119.031); siendo destacable, por otra parte, el hecho que la mayoría de estos accidentes se produzcan en empresas de 6 a 25 trabajadores (159.541). Estas cifras no hacen sino confirmar la tendencia observada en estadísticas similares elaboradas en años precedentes. (*Anuario de Estadísticas Laborales*, 1992, pág. 537). Sobre esta cuestión, convendría aclarar que pese a que un dato que podría explicar esa mayor incidencia de la siniestralidad laboral en las pequeñas empresas es el del mayor número que existe de las mismas, así como su importante participación en el total de la población ocupada, no parece que sea éste un factor que tenga por sí mismo el alcance suficiente como para explicar en su totalidad las estadísticas negativas que presentan las PYMES en tema de seguridad laboral, por cuanto si bien el volumen de personal contratado en empresas de hasta 100 trabajadores es superior al de las empresas de 100 o más, no lo es en la misma proporción que el número de accidentes: las empresas de hasta 100 trabajadores cuentan con el 60% del total del volumen de empleo, y sufren casi el 70% del total de accidentes que se producen.

en la gran empresa está más formalizada que en la pequeña y mediana, de modo que por ley se le imponen mayores obligaciones concernientes a la materia, por lo que las grandes empresas tienden a estar equipadas con servicios de seguridad e higiene, mientras que en las PYMEs no existen, por lo general, dichos servicios, y donde existen tienen menores garantías de efectividad, constituyendo de este modo el sector más desprotegido en materia de salud y seguridad en el trabajo.

Otros motivos para este resultado desfavorable a las PYMEs se encuentran en el hecho de que éstas carecen de unas instalaciones suficientes, de tal manera que una misma nave se utiliza al mismo tiempo como taller de producción y almacén, con lo que los espacios se reducen conllevando un mayor riesgo de accidente; en que, para reducir costes laborales, se hace uso del trabajo sumergido y de la contratación temporal, siendo éstos factores que influyen desfavorablemente en la seguridad en el trabajo²⁷⁹; en que

²⁷⁹ Así, según el Anuario de Estadísticas Laborales, 1991, del Ministerio de Trabajo, mientras que en el caso de trabajadores con contrato indefinido se alcanzó en 1991 la cifra de 289.966 accidentes (296.309 en 1990), fueron 357.872 los trabajadores accidentados con contrato temporal en ese mismo año (351.861 en 1990). Esta influencia del carácter temporal de los contratos sobre la tasa de accidentes laborales también se pone de manifiesto en los datos que, respecto de las estadísticas de 1989, se recogen en *Cuadernos I.S.E. nº. 6, 1990*, en los que se advierte que mientras la tasa de

para maximizar los rendimientos de las máquinas se recurre al horario continuado, al régimen de trabajo a turnos, y al trabajo a destajo, tratando en todo caso de alcanzar una mayor velocidad en la ejecución de tareas, fin para el cual no se ponen reparos a la hora de saltarse las medidas de seguridad, lo que evidentemente supone un mayor riesgo de accidentes. Además, todos estos factores combinados con un elevado número de horas de trabajo y con un tiempo de descanso insuficiente, tal y como sucede en las PYMES, crean situaciones propicias para los accidentes laborales.

36.- Precisamente es esta causa (esto es, la especial repercusión de los accidentes y enfermedades laborales en las PYMES), la que motiva un detenido examen de la normativa, tanto española como internacional y comunitaria, para apreciar en qué medida las disposiciones legales procuran la mejor defensa de la salud y seguridad de los trabajadores de las empresas de reducidas dimensiones.

siniestralidad en jornada de trabajo era de 48,8 accidentes por cada 1.000 trabajadores en el caso de la contratación indefinida, la misma se elevaba a 137,9 accidentes en los supuestos de contratación temporal. Se pone así de manifiesto que la relación siniestralidad laboral/tipo de contratación no es un dato ocasional, sino que se trata de una constante a lo largo de los años.

a'.- LA NORMATIVA INTERNACIONAL.

37.- Varios son los organismos internacionales que, en tanto cuentan entre sus objetivos con la mejora de las condiciones sociales de los individuos en general y de los trabajadores en particular, se han referido al tema de la protección de la seguridad e higiene de los trabajadores. Tanto la Organización de Naciones Unidas, como el Consejo de Europa y la Organización Internacional del Trabajo, han contemplado, en distintos documentos, esta materia.

Así, por lo que se refiere a la O.N.U., en la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por su Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, se reconoce, con carácter general, el derecho de todo individuo a la vida, libertad y seguridad de su persona (art. 3), así como el derecho de toda persona a unas condiciones satisfactorias de trabajo (art. 23). Por otra parte, un reconocimiento específico del derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo se puede encontrar, dentro de las disposiciones acordadas en el seno de la O.N.U., en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se establece el derecho de toda persona al goce de las condiciones

de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, entre otras cosas, la seguridad e higiene en el trabajo.

38.- El Consejo de Europa, cuyo objetivo consiste en la promoción de los ideales y de los principios que constituyen el patrimonio común de sus miembros, así como favorecer el progreso económico y social de éstos, ha contemplado la materia de la seguridad e higiene en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961.

En la declaración de principios contenida en la Parte I de la Carta, las partes contratantes manifiestan su aceptación, como objetivo de sus respectivas políticas, de la persecución de las condiciones en las que los derechos allí enumerados (entre los que se encuentra, en el apartado tercero, el derecho de todos los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo), puedan ser efectivos. Para ello los contratantes se comprometen, en virtud de lo establecido en el artículo tercero de la Parte II de la Carta, a adoptar tres tipos de medidas: dictar reglamentos de seguridad e higiene; tomar medidas para el control de la aplicación de esos reglamentos, y, por último, consultar a las organizaciones de

empresarios y trabajadores sobre las medidas tendentes a la mejora de la seguridad e higiene en el trabajo. Con esta disposición se da un tratamiento específico al derecho de protección a la salud (contemplado en el art. 11 de la Carta) en el centro de trabajo.

Por lo que se refiere al tema que aquí nos ocupa, cabe señalar que la Carta contempla la posibilidad de que los Estados firmantes modalicen ciertos aspectos relativos a la seguridad e higiene de los trabajadores en atención a la dimensión de la empresa. Así, el artículo 3.2 del Protocolo Adicional a la Carta, de 5 de mayo de 1988, permite a los Estados miembros que en la regulación de la participación de los trabajadores en, entre otras cosas, la protección a la salud y seguridad en la empresa, excluyan de su ámbito de aplicación a aquellas empresas que empleen a menos de un cierto número de trabajadores (a determinar por la legislación nacional o la práctica de cada Estado miembro).

39.- También la Organización Internacional del Trabajo ha contemplado, en distintas ocasiones, la materia de la seguridad en el trabajo. De hecho la actividad normativa de la O.I.T. ha venido incidiendo en el ámbito de la seguridad e higiene de una manera

constante desde la fundación de ésta en 1919²⁸⁰, siendo el Convenio 155 de 1981, relativo a la seguridad y salud laboral y a las condiciones de trabajo, el que trata el asunto desde una perspectiva más general.

En este Convenio se reconocen, en materia de seguridad e higiene, ciertos derechos a los trabajadores (como el derecho a no ser sancionado en los casos en que haya paralizado su actividad cuando se hubiera producido una situación en la que el trabajador haya creído, con razonable justificación, que la misma presentaba un inminente y serio daño para su vida o salud; el derecho de los trabajadores y sus representantes a recibir adecuada formación en seguridad e higiene el trabajo, etc); se imponen algunos deberes a los empresarios (entre otros, garantizar que el lugar de trabajo, la maquinaria, y los equipos bajo su control sean seguros; necesidad de

²⁸⁰ Tanto las Recomendaciones como los Convenios sobre la materia son muy abundantes, habiéndose adoptado ya en la primera reunión de la Conferencia de 1919 cuatro Recomendaciones relativas a esta materia: Recomendación sobre la prevención del carbunco (nº.3); Recomendación sobre la prevención del saturnismo en mujeres y niños (nº.4); Recomendación sobre el establecimiento de servicios estatales de salud (nº.5); Recomendación sobre la aplicación del Convenio de Berna de 1906 sobre la prohibición del uso de fósforo blanco en la fabricación de cerillas (nº.6).

proporcionar al trabajador equipos de protección adecuados cuando exista riesgo razonable de accidentes o efectos perjudiciales para la salud), y, por último, se establecen distintas obligaciones a los Estados que lo ratifiquen (así, por ejemplo, la de formular, desarrollar y revisar periódicamente la política nacional sobre seguridad y salud en el trabajo). Con toda esta serie de derechos y obligaciones, el Convenio 155 pretende garantizar la plena consecución de su finalidad, que no es otra que la de proteger la salud de los trabajadores.

La cuestión que, en relación con las pequeñas y medianas empresas, plantea este Convenio, es la de si la protección prevista en esta disposición de la O.I.T. es "universal", extendiéndose a todos los trabajadores, o si, por el contrario, cabe excluir a algunas categorías de trabajadores.

El tema planteado viene resuelto en el artículo segundo del Convenio, donde, tras señalar en el apartado primero que el mismo se aplica a todos los trabajadores incluidos en los sectores de la economía

cubiertos por el Convenio²⁸¹, en su apartado segundo se autoriza a los Estados que ratifiquen el Convenio para que excluyan de su aplicación a categorías limitadas de trabajadores respecto de las cuales se presenten particulares dificultades.

Así, si bien el Convenio no excluye expresamente a los trabajadores de las PYMEs de su ámbito de aplicación, se contempla la posibilidad de hacerlo por la vía de su artículo 2.2. Los únicos requisitos formales para ello consisten en la necesidad de consultar, con carácter previo a la exclusión, a los representantes de los empresarios y de los trabajadores afectados, y en la obligación de enumerar, en el primer informe sobre la aplicación del Convenio, las categorías de trabajadores excluidas, exponiendo los motivos de tal exclusión.

Con ello el Convenio 155 proporciona cobertura a una posible reducción de la protección de la seguridad de toda una serie de trabajadores, entre los que se

²⁸¹ Respecto de los sectores de la economía cubiertos por el Convenio, éste, en su artículo primero, después de establecer que se aplicará a todos los sectores de la economía, permite a los Estados excluir de su aplicación a aquellos sectores respecto de los cuales se presenten especiales problemas.

encuentran los trabajadores de las pequeñas empresas, donde una de las notas predominantes es precisamente un mayor índice de siniestralidad laboral.

b'.- LA NORMATIVA COMUNITARIA.

40.- La protección de la salud de los trabajadores también ha sido objeto de distintas actuaciones en el seno de la Comunidad Económica Europea. Y ello no podía ser de otro modo si se tiene en cuenta que el Tratado constitutivo de la Comunidad, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, declara en su preámbulo que el fin esencial de la Comunidad será la constante mejora de las condiciones de vida y de trabajo de sus pueblos, reflejándose en su artículo 118 la preocupación concreta por la higiene en el trabajo en la consecución de dicha mejora.

Con la intención de profundizar en la conquista de ese objetivo se aprobó en 1974 el Programa de Acción Social²⁸², que responde a la visión de que la

²⁸² A este Programa de Acción siguieron otros tres programas específicos sobre seguridad e higiene: el primer Programa de Acción en materia de seguridad e higiene de 29 de junio de 1978 (Diario Oficial C/165 de 11 de julio de 1978); el segundo Programa de Acción en materia de seguridad y salud en el lugar de trabajo de 1984 (Diario Oficial C/67 de 8 de marzo de 1984); y lo que se ha venido a llamar el tercer Programa de

expansión económica debe traducirse en la mejora de la calidad de vida, sin que aquélla constituya un fin en sí misma, concediéndose idéntica importancia a las acciones en el ámbito social que a la realización económica de la Unión Europea²⁸³. En este Programa, el Consejo estima oportuno el establecimiento de un programa de acción para la humanización de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, en el que se haría especial atención a la mejora de la seguridad e higiene en las condiciones de trabajo y a la reforma en la organización del trabajo.

41.- En cuanto a lo que se refiere a las pequeñas y medianas empresas, es el artículo 118.A del Tratado de Roma²⁸⁴ el que hace una referencia específica a las mismas. En este precepto, -donde se fija el objetivo de

Acción, relativo a la armonización de las condiciones existentes en el medio de trabajo, con objeto de proteger la seguridad, higiene y la salud en los lugares de trabajo, aprobado por Resolución de 21 de diciembre de 1987 (Diario Oficial C/28 de 3 de febrero de 1988).

²⁸³ Dicha filosofía es, -tal y como lo destaca el propio Consejo en el preámbulo de la Resolución de 21 de enero de 1974 (Diario Oficial C/13, de 12 de febrero), por la que se aprueba el Programa de Acción Social-, la que marca la pauta en la Comunidad tras la reunión de jefes de Estado y de Gobierno celebrada en París en 1972.

²⁸⁴ Artículo introducido por el Acta Unica Europea firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986.

armonizar las condiciones, especialmente en el ambiente de trabajo, para proteger la salud y seguridad de los trabajadores-, se señala que las distintas directivas que se adopten sobre seguridad e higiene deberán evitar la imposición de trabas administrativas, financieras y legales, que pudieran obstaculizar la creación y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas.

La parte final de esta disposición no es más que el reflejo de la importancia concedida por la Comunidad a las pequeñas empresas como factor esencial en la recuperación económica y en la creación de puestos de trabajo.

42.- En este artículo 118.A se puede apreciar el conflicto existente entre distintos bienes, los cuales son objeto de la máxima atención del legislador comunitario: la salud de los trabajadores, y la protección a las pequeñas empresas en cuanto factor positivo de crecimiento económico. La cuestión reside en averiguar cuál de estos dos bienes prevalece sobre el otro²⁸⁵.

²⁸⁵ Y es que, como señala GONZALEZ ORTEGA, lo esencial actualmente en materia de salud y seguridad no es tanto el establecimiento de una obligación general de seguridad, sino hasta qué punto dicha obligación puede ser exigida, debiéndose

43.- De la lectura del citado precepto se obtiene una primera impresión de un menor nivel de exigencia en materia de seguridad para las PYMEs frente al resto de las empresas. Ello sin embargo, tal y como señala SANCHO CUESTA²⁸⁶, *"no concordaría ni con los objetivos del Tratado en materia social ni con las necesidades reales de prevención de pequeñas y medianas empresas"*.

La propia Comisión es consciente de la mayor necesidad de protección de las PYMEs en el tema de seguridad en el trabajo, tal y como se puede apreciar en la comunicación de la Comisión sobre el Programa relativo a la seguridad, higiene y salud en el trabajo de 1988²⁸⁷.

En esta comunicación, que fue acogida por el Consejo en la Resolución de 21 de diciembre de 1987, se contiene un apartado dedicado exclusivamente al

aclarar si existen casos en los que esta obligación empresarial puede ser atemperada en base a otros intereses (económicos, productivos o técnicos). GONZALEZ ORTEGA, S., *"La Directiva marco en materia de seguridad"*, IX Jornadas Universitarias Andaluzas del Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, pág. 244.

²⁸⁶ SANCHO CUESTA, J. *"La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario"*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, pág. 69.

²⁸⁷ Diario Oficial C/28 de 3 de febrero de 1988, págs. 3 y ss.

problema de la seguridad en las PYMEs, donde se ponen de relieve tres cuestiones al respecto: a) las pequeñas y medianas empresas, cuando se enfrentan con actividades que conllevan altos riesgos para la salud y seguridad, no siempre poseen el conocimiento técnico sobre prevención de accidentes²⁸⁸; b) en estas empresas, la mayor duración de la jornada de trabajo puede conducir a un aumento de la fatiga y a la correlativa disminución de la necesaria atención en el desempeño del trabajo, factores que incrementan el riesgo de accidentes; c) las campañas de información acerca de las reglas y excepciones en la legislación sobre seguridad e higiene tienen un impacto limitado en las PYMEs.

Así pues, en este documento se aprecia una valoración especialmente negativa de las condiciones de salud y seguridad en las empresas de reducidas dimensiones, proponiéndose por la propia Comisión una serie de medidas para el fomento de seguridad en

²⁸⁸ Esto mismo se denuncia en el informe de la O.I.T. *Fomento de las pequeñas y medianas empresas*, donde se dice, además, que los empresarios pueden incluso llegar a desconocer el peligro que supone la utilización de un determinado producto o tecnología. (*Op. cit.*, pág. 63).

ellas²⁸⁹. A la vista de ello, no tendría sentido entender que en el ámbito del Derecho Comunitario pudiera darse un menor nivel de exigencias para las PYMEs en materia de seguridad e higiene.

44.- Pero para encontrar la respuesta correcta a la cuestión planteada, esto es, para saber si el derecho a la protección a la salud de los trabajadores viene subordinado, en la normativa comunitaria, a las necesidades de la economía supuestamente frágil de la pequeña y mediana empresa, es necesario detenerse en las principales disposiciones relativas a la seguridad e higiene en el trabajo.

En este sentido, la principal norma a tener en cuenta es la Directiva "marco" relativa a la introducción de medidas para promover mejoras en la

²⁸⁹ Tales medidas consisten en tomar en consideración cómo las regulaciones relativas a seguridad e higiene pueden clarificarse para los propietarios de pequeñas empresas; incluir consejos en materia de seguridad, salud e higiene laboral en manuales informativos destinados a los creadores de PYMEs; preparar módulos de formación sobre seguridad específicamente destinados a los creadores de tales empresas, a la vez que se desarrollen proyectos piloto integrando dichos módulos en una formación general y proporcionando consejos específicos referidos a seguridad; y, por último, desarrollar un sistema para proveer a las PYMEs de una información fácilmente accesible sobre equipos de seguridad y equipos de protección personal.

seguridad y salud de los trabajadores (Directiva de 12 de junio de 1989²⁹⁰). Esta Directiva contempla, en su artículo 5.1, un deber empresarial de velar por la seguridad de los empleados, y ello sin que se prevea en ningún momento la posibilidad de excluir de semejante responsabilidad a ciertos empresarios en atención a la dimensión de sus empresas. Se trata por lo tanto de una obligación general de todo empresario, independientemente de sus circunstancias.

Donde la Directiva, -que recuerda en su preámbulo la necesidad de no adoptar medidas que supongan trabas a la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas, en virtud de lo establecido en el artículo 118.A del Tratado de Roma-, toma en cuenta la dimensión de la empresa, es en el establecimiento de las concretas medidas que deberán observarse para garantizar el adecuado cumplimiento de la obligación empresarial de proteger la salud de sus trabajadores.

No obstante ello no puede suponer la reducción del derecho de los trabajadores de las pequeñas empresas a la protección de su salud, siendo la única pretensión de la Directiva, de un lado, la adecuada

²⁹⁰ Diario Oficial L/183 de 29 de Junio.

correlación entre los medios de protección y el número de trabajadores a los que dichos medios deben ser aplicados²⁹¹, y de otro, evitar que determinadas cargas de tipo administrativo puedan recaer sobre las pequeñas empresas²⁹².

De este modo, cabría concluir con GONZALEZ ORTEGA que, si bien la obligación empresarial de proporcionar seguridad a sus trabajadores no está configurada en esta Directiva de forma absoluta, lo cierto es que la

²⁹¹ Así, cuando se contempla el establecimiento de servicios de protección y prevención en el artículo 7, se dice que el empresario deberá designar a uno o más trabajadores para desempeñar actividades relacionadas con la prevención y protección de riesgos en el trabajo (o bien acudir a servicios externos si no hubiera personal competente en la propia empresa para llevar a cabo semejantes competencias), debiendo ser el número de dichos trabajadores y sus medios adecuados tanto a los riesgos a que estén expuestos los trabajadores como a la dimensión de la empresa. Una previsión similar se encuentra en el artículo 8, en el que se definen diversos deberes empresariales en relación a los primeros auxilios, medidas contra incendios y evacuación de trabajadores.

²⁹² Por lo que se refiere a las cargas de tipo administrativo, el artículo 9, en el que se establece la obligación empresarial de poseer diversos documentos referidos a la seguridad en el trabajo (tales como un catálogo de riesgos y trabajadores expuestos a los mismos; archivos de los accidentes ocurridos que hayan supuesto la incapacidad del empleado para su trabajo por tiempo superior a 3 días; o un informe dirigido a la autoridad competente sobre los accidentes sufridos por los trabajadores), prevé que los Estados miembros configuren estas obligaciones en atención a la naturaleza de la actividad empresarial y al tamaño de la empresa.

misma introduce una serie de garantías que dificulta en gran medida la subordinación de la seguridad a otras consideraciones de carácter económico u organizativo²⁹³.

45.- Por lo demás, el que no se haya querido introducir diferencias en la salud del trabajador en función de la dimensión de la empresa es una conclusión que puede extraerse de las consideraciones formuladas por la Comisión en las distintas propuestas de Directiva presentadas para el desarrollo de la Directiva "marco"²⁹⁴.

²⁹³ GONZALEZ ORTEGA, S., "La Directiva marco en materia de seguridad", cit., pág. 249.

²⁹⁴ Propuesta de Directiva sobre la aplicación de medidas para promover la higiene y seguridad de los trabajadores en el lugar de trabajo, COM(88) 73 final; Propuesta de Directiva sobre prescripciones mínimas de higiene y seguridad en el lugar de trabajo, COM(88) 74 final; Propuesta de Directiva sobre prescripciones mínimas de higiene y seguridad y en la utilización de máquinas, aparatos e instalaciones por parte de los trabajadores, COM(88) 75 final; Propuesta de Directiva sobre prescripciones mínimas en la utilización de equipos de protección individual por parte de los trabajadores en el lugar de trabajo, COM(88) 76 final; Propuesta de Directiva sobre prescripciones mínimas de higiene y seguridad en el trabajo con equipo de pantalla visual, COM(88) 77 final; y, por último, Propuesta de Directiva sobre la prescripciones mínimas de higiene y seguridad en el manejo de cargas pesadas que pudieran constituir un riesgo lumbar para los trabajadores, COM(88) 78 final.

En todas ellas la Comisión afirmaba haber tomado en cuenta, al adoptar las distintas propuestas, el carácter específico de las PYMEs, entendiendo que este tipo de empresa podría resultar desfavorecido por una aplicación estricta de alguna de las obligaciones que proponía, por lo que consideraba que deberían matizarse en función del tamaño y actividad de la empresa, apuntando, por lo demás, la conveniencia de que los Estados tuvieran en cuenta estos principios al proceder a la aplicación a nivel nacional de las disposiciones de las Directivas propuestas.

Pero de esta previsión no cabe entender que la intención de la Comisión fuese la de introducir, en la adaptación de las distintas medidas de seguridad a la empresa, una merma a la protección de la salud de los trabajadores. Un dato que así lo avala es el hecho de que se refiriese, además de a la dimensión de la empresa, a otros factores (tales como la naturaleza de la actividad y riesgos para los trabajadores), para fijar los criterios a que se debería atender para nodalizar algunos requisitos.

Además, la propia Comisión se manifestaba con absoluta claridad en este sentido en la propuesta de Directiva sobre la aplicación de medidas para promover

la higiene y seguridad de los trabajadores en el lugar de trabajo, donde expresamente se destacaba, en el punto 4º de la exposición de motivos, que "las medidas propuestas tienen como objeto proteger a los trabajadores en todas las empresas independientemente del tamaño de las mismas", señalándose a continuación que lo que se pretendía era proponer la inclusión de previsiones para modular las obligaciones administrativas en ciertos supuestos, manteniendo en todo caso el mismo nivel de protección.

En todo caso, ninguna de las Directivas sobre seguridad fruto de las propuestas formuladas en su momento por la Comisión, contemplan la posibilidad de excluir de su ámbito de aplicación a las empresas que no alcancen un determinado volumen de empleo.

46.- Por lo expuesto parece evidente que la línea seguida por las distintas disposiciones comunitarias ha sido únicamente la de evitar, para las pequeñas y medianas empresas, las trabas burocráticas que las regulaciones acerca de la seguridad y salud de los trabajadores pudieran llevar consigo, sin que se haya pretendido establecer una discriminación en perjuicio de los trabajadores de estas empresas en cuanto a la

protección de su salud²⁹⁵.

47.- De otro lado, y por si no estuviera suficientemente justificada esta opción por la defensa de la salud de los trabajadores, la Comisión la ha defendido asimismo desde un punto de vista económico, apuntando que la carga económica y de cualquier otro tipo que pudiera suponer la introducción de estos requisitos para la protección de la salud de los trabajadores, está más que compensada con el impacto financiero positivo que los mismos tendrán para las PYMES, ya que una seguridad mejorada hace a las empresas más eficientes y competitivas, conduciendo a una reducción del número de días perdidos por

²⁹⁵ En apoyo de esta conclusión cabe hacer referencia a la Declaración 1ª del Acuerdo relativo a la Política Social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea (a excepción del Reino Unido e Irlanda del Norte), dentro del Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht). En dicha Declaración las Partes Contratantes dejan constancia de que se convino que *"al establecer las obligaciones mínimas para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, la Comunidad no tiene la intención de establecer respecto de los trabajadores de la pequeña y mediana empresa una discriminación no justificada por las circunstancias"*. De esta declaración de intenciones puede entenderse que el mero hecho de la dimensión de la empresa no va a ser, en ningún caso, motivo suficiente para justificar una discriminación en la protección de la salud de los trabajadores.

accidente o enfermedad laboral²⁹⁶.

Se recoge así la opinión manifestada por el Consejo, en la Resolución de 21 de diciembre de 1987²⁹⁷, en el sentido de que el crecimiento y mejora del nivel de productividad de la empresa depende de la calidad de las condiciones de trabajo; asumiéndose igualmente la constatación que la propia Comisión realiza en la comunicación que acompaña a dicha resolución, del alto coste, tanto en términos sociales como humanos, de los accidentes laborales.

c'.- LA NORMATIVA INTERNA.

48.- La Constitución española reconoce, en el artículo 43, el derecho a la protección de la salud de las personas. Para garantizar este derecho en el ámbito laboral, y dentro de la tarea de promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico encargada por el artículo 40.1 de la CE a los poderes públicos, a éstos se les encomienda la misión de velar por la seguridad e higiene en el

²⁹⁶ En este sentido se pueden encontrar manifestaciones de la Comisión en las diversas propuestas de Directiva formuladas al Consejo en desarrollo de la Directiva "marco" de 1989.

²⁹⁷ Resolución sobre seguridad, higiene y salud en el trabajo. Diario Oficial C/28 3 de febrero de 1988.

trabajo (art. 40.2).

49.- En la normativa de rango inferior, es en el Estatuto de los Trabajadores donde se encuentra un reconocimiento expreso del derecho de los trabajadores a la protección de su salud. Así el artículo 4.2, dentro de la formulación de los derechos de los trabajadores en la relación de trabajo, recoge, en su apartado d), el derecho a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene; y el artículo 19 establece, en el desarrollo de los derechos y deberes derivados del contrato, el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene.

En estas disposiciones se establece, pues, el derecho de los trabajadores a la protección de su salud, sin que ningún trabajador se vea privado del mismo por el sólo hecho de la dimensión de la empresa para la que trabaja.

50.- El tema que se suscita en este punto es el de los diferentes niveles de protección de la salud de los trabajadores en atención al tamaño de la empresa. Y es que, si bien no hay ninguna disposición que expresamente permita rebajar los mínimos de protección

en base a la dimensión de la empresa, en la formulación de los distintos instrumentos de prevención y control sí se tiene en cuenta aquél factor para establecer diferenciaciones.

Resulta así que en toda la normativa sobre seguridad e higiene, el número de trabajadores empleado por la empresa se constituye en un criterio selectivo para imponer determinadas obligaciones en la materia²⁹⁸, e incluso para modalizar la responsabilidad empresarial en el caso de comisión de infracciones²⁹⁹.

²⁹⁸ Así, por ejemplo, la obligación de contar con organismos internos competentes en materia de seguridad e higiene depende de la dimensión de la empresa: tanto el Decreto 1036/1959 como el Decreto 423/1971 fijan el número de cien trabajadores como umbral a partir del cual la constitución de Comités de Seguridad e Higiene y de los Servicios Médicos de Empresa es obligatoria; mientras que la Ordenanza General de Seguridad e Higiene, aprobada por la Orden de 9 de marzo de 1971, establece la obligatoriedad de designar un Vigilante de Seguridad en las empresas que cuenten con 5 o más trabajadores, pero que no superen los 100 (art.9).

Por otra parte, en la regulación de los distintos requisitos mínimos de seguridad relativos a las instalaciones, equipos de protección, etc., también se atiende al número de trabajadores, de tal manera que aspectos como el ancho mínimo de las puertas o la infraestructura de los vestuarios y de los locales de aseo viene fijado, en la O.G.S.H. (arts. 24.5, 39.4 y 41.1), en función del citado criterio.

²⁹⁹ En este sentido la L.I.S.O.S. establece como infracciones leves en materia de seguridad e higiene, la falta de comunicación a la Autoridad laboral competente de "la

Ello viene justificado, una vez más, como señala GONZALEZ ORTEGA³⁰⁰, por la presunta debilidad económica de la empresa, junto con la escasa repercusión numérica de tales condiciones de trabajo en cada supuesto (no en su conjunto, puesto que a la vista del gran número de pequeñas y medianas empresas existente en el tejido industrial español³⁰¹, éstas son unas condiciones de trabajo ampliamente extendidas). A estas razones quizá habría que añadir la de que en determinados casos se pretende únicamente adecuar los instrumentos de protección y control al número de trabajadores sobre

apertura del centro de trabajo o la reanudación o continuación de los trabajos después de efectuar alteraciones o ampliaciones de importancia, o consignar con inexactitud los datos que debe aclarar o cumplimentar, siempre que el centro de trabajo no emplee más de 25 trabajadores..." (art. 9.3). En los casos en que el centro de trabajo tenga más de 25 trabajadores, los hechos tipificados en el artículo 9 serán constitutivos de una falta grave (art. 10.2).

La consecuencia práctica de esta diferencia de tratamiento será que, ante unos mismos hechos, las empresas de 25 o menos trabajadores podrán ser sancionadas con una multa de cuantía entre 5.000 a 50.000 pesetas, mientras que si la empresa cuenta con más de 25 empleados, la multa oscilará entre las 50.001 y las 500.000 pesetas, según resulta de lo dispuesto en el artículo 37 de la L.I.S.O.S.

³⁰⁰ GONZALEZ ORTEGA, S. "Piccola impresa e diritto del lavoro in Spagna", *cit.*, pág. 81.

³⁰¹ Como ya se ha puesto de relieve anteriormente, en el último informe de la Comisión de las Comunidades Europeas, (*Enterprises in Europe. Second Report. cit.*), se señala que el 99% de las empresas españolas ocupan a menos de 100 trabajadores.

los que deben aplicarse, de modo que exista una adecuada proporción entre unos y otros.

51.- Sin embargo no es el número de trabajadores el único criterio al que se atiende en la normativa sobre seguridad e higiene. Otro importante criterio es el de la naturaleza de la actividad que se desarrolle en la empresa, de modo que ciertas obligaciones se extienden a todas aquellas empresas en las que se realicen actividades que conlleven un riesgo específico grande para la salud de los trabajadores³⁰².

Con ello se pone de manifiesto la intención del legislador de conceder una mayor tutela del derecho de

³⁰² Así, por ejemplo, los Decretos 1036/1959 y 423/1971 prevén la posibilidad de que la obligación de constituir Servicios Médicos de Empresa y Comités de Seguridad e Higiene sea extendida, por el Ministerio de Trabajo, a las empresas de menos de 100 trabajadores cuando de su actividad se derive un riesgo para los trabajadores debido a la toxicidad o peligrosidad de los trabajos o productos que se utilicen.

También las L.I.S.O.S. atiende a la naturaleza de las actividades de la empresa y a los riesgos derivados para la integridad física de los trabajadores, para juzgar la gravedad de la infracción cometida. En este sentido basta citar como ejemplo los artículos 9.3 y 10.2 de dicha norma, que califican unos mismos hechos como constitutivos de una infracción leve o grave no sólo en atención al número de trabajadores empleados en la empresa, sino también tomando en consideración si la empresa desarrolla una actividad peligrosa, insalubre o nociva, ya sea por los elementos, procesos o sustancias que se manipulen.

los trabajadores a la protección de su salud allí donde existe mayor riesgo.

Pero esta política legislativa fracasa en un punto. En efecto, ya se ha puesto de relieve a lo largo de este trabajo como las pequeñas empresas presentan un elevado índice de siniestralidad laboral³⁰³, existiendo pese a ello algunas desventajas en tales empresas respecto del tema de seguridad en comparación con las empresas mayores.

En este sentido resulta destacable el que no se contemple, salvo en los supuestos de actividades que supongan de por sí un elevado riesgo para la salud del trabajador, la obligatoriedad de establecer organismos de prevención y control de la seguridad en el trabajo en las empresas de menos de 5 trabajadores, dejándose en estos casos el control del cumplimiento de las

³⁰³ Baste recordar a estos efectos los datos ofrecidos por las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en el *Anuario de estadísticas laborales* correspondiente a 1992, donde se puede apreciar que en dicho año ocurrieron, en las empresas de hasta 50 trabajadores, 640 accidentes mortales (suponiendo el 51,6% del total), 6.055 graves (el 51,9%), y 299.553 leves (el 48,6%), cifras que, si bien son inferiores a las reflejadas por las estadísticas relativas al año 1991 (en ese año estas empresas sufrieron el 59,1% del total de accidentes mortales, el 52,5% de los graves, y el 48,7% de los leves), no dejan de evidenciar la alta incidencia de la siniestralidad laboral en estas empresas.

distintas regulaciones sobre seguridad e higiene en manos únicamente de los propios trabajadores³⁰⁴ y del empresario, quienes frecuentemente carecerán de la adecuada formación e información para el desempeño de semejante tarea. La consecuencia derivada del hecho de la ausencia en la empresa de organismos internos de seguridad será, por consiguiente, una menor actividad preventiva así como un menor control sobre el cumplimiento de las medidas mínimas de seguridad en la empresa, lo que a su vez se traducirá en una menor protección de la salud del trabajador.

52.- En este punto es de destacar la innovación que supone el Anteproyecto de Ley de prevención de riesgos laborales de 20 de enero de 1992, con el que se pretende adaptar la normativa española en materia de política a la Directiva 89/391.

En él, a diferencia de la normativa hasta la fecha vigente, los órganos internos de control de la seguridad en la empresa se extienden a todas las

³⁰⁴ Hay que tener presente que si bien el Estatuto de los Trabajadores establece funciones de vigilancia y control respecto de las condiciones de seguridad e higiene a los representantes legales de los trabajadores, muy frecuentemente no existirá dicha representación en las pequeñas empresas, bien por no quedar dentro de los límites señalados para su constitución, bien por no hacerse efectivo el derecho a ésta.

empresas independientemente de su tamaño.

Así, los "Servicios de Prevención", encargados de la asistencia técnica preventiva³⁰⁵, se prevé que sean obligatorios para todos los empresarios (artículo 24.1), independientemente, por tanto, del volumen de empleo ocupado en la empresa.

Lo que sí se hace depender del número de trabajadores es la modalidad de dichos servicios, de manera que sólo las empresas que entre todos sus centros reúnan 500 o más trabajadores (100 o más si se trata de empresas en que así se haya previsto por su especial peligrosidad), estarán obligadas a organizar un Servicio de Prevención de titularidad empresarial. Al resto de empresas se les permite optar entre organizar un servicio de titularidad empresarial o desarrollar sus funciones a través de un concierto con órganos, centros o entidades especializadas.

³⁰⁵ Los Servicios de Prevención vienen definidos en el artículo 24 del anteproyecto como "el conjunto de medios humanos y materiales organizado por el empresario, bien directamente o mediante concierto, a fin de realizar las actividades preventivas necesarias para garantizar la adecuada protección de la seguridad y salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y órganos de representación especializados".

De otro lado, los "Delegados de Prevención", definidos en el artículo 31 como el órgano de representación de los trabajadores especializado en materia de prevención de riesgos, estarán presentes en todas las empresas, si bien su número dependerá de la cantidad de trabajadores empleados en el centro de trabajo: un Delegado en los centros de hasta 100 trabajadores; dos en los centros de 101 a 500; tres en los de 501 a 1000; cuatro en aquellos de 1001 a 2000; cinco en los centros de 2001 a 3000; seis en los de 3001 a 4000; y siete en aquellos centros con más de 4000 trabajadores.

Con la fijación de esta escala los centros más pequeños se hayan más favorecidos en el porcentaje de Delegados por número de trabajadores, compensando de algún modo la desventaja derivada de la ausencia de representantes del personal (provistos de ciertas competencias en materia de seguridad³⁰⁶), que presentan como norma general tales centros.

³⁰⁶ El artículo 64.1.7 del E.T. les reconoce un derecho de información sobre el tema (concretamente acerca de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen). De otro lado, en el apartado 1.8.b) de este mismo artículo 64 se les atribuye la tarea de vigilancia y control de las condiciones de seguridad e higiene en el desarrollo del trabajo en la empresa.

Sin embargo, frente a lo positivo que supone la extensión de los órganos de control en materia de seguridad e higiene a las empresas de menos de 5 trabajadores, al mencionado anteproyecto cabe hacerle una objeción: una extensión indiscriminada de tales órganos a todas las empresas va a suponer que muchas de ellas, -donde el riesgo de siniestralidad es mínimo por la naturaleza de la actividad que en ellas se desarrolla, y en las que podrían existir otros órganos con competencias sobre esta materia (Delegados de Personal o Comités de Empresa)-, se vean obligadas a contar con tales órganos con la consiguiente carga económica que ello supone.

Quizá la solución consistiría en combinar los criterios de sector de actividad y volumen de empleo para determinar, respectivamente, la obligación de contar con estos órganos y su composición, de manera que se tratara de adecuar semejantes órganos a las necesidades objetivas de la empresa.

53.- Por último, cabría señalar que la eficacia de las medidas contempladas en dicho anteproyecto dependerán del grado de cumplimiento de las mismas, cuestión ésta que ha venido siendo hasta la fecha el factor más negativo de la normativa sobre seguridad e

higiene, puesto que, como señala PEREZ DE LOS COBOS³⁰⁷, "para muchas empresas, singularmente las pequeñas, el ahorro en los costes de seguridad y prevención es un factor decisivo de su competitividad", por lo que no dudan en eludir la observancia de las disposiciones legales existentes al respecto.

d) LOS DERECHOS ASISTENCIALES.

54.- En el establecimiento normativo de las distintas obligaciones empresariales de carácter asistencial, el criterio del volumen de empleo juega un destacado papel como criterio discriminatorio entre las empresas que vienen obligadas a proporcionar tales servicios y las que no.

Resulta así que las empresas estarán obligadas a proporcionar servicios de comedores y economatos según el número de trabajadores que desempeñan sus tareas en las mismas. De este modo, y por lo que se refiere a la necesidad de instalar comedores a fin de que los trabajadores puedan realizar sus comidas en común en

³⁰⁷PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación en el Ordenamiento español". *Relaciones Laborales*, vol.1, 1991, pág. 1252.

condiciones dignas³⁰⁸, uno de los varios criterios manejados por el legislador para imponer esta obligación, consiste en el hecho de que la empresa cuente con número de trabajadores superior a 50.

La importancia económica de esta carga empresarial puede ser de alguna consideración, puesto que la misma no se limita a la necesidad de habilitar un local, -que en todo caso deberá reunir determinadas condiciones (tratarse de un local cubierto, provisto de mesas, asientos y agua potable), según establece el artículo 1 del Decreto de 8 de junio de 1938-, sino que, como dispone el minucioso desarrollo normativo de este Decreto³⁰⁹, la empresa debe,

³⁰⁸ En este sentido, la exposición de motivos del Decreto de 8 de junio de 1938 (B.O.E. del 11 del mismo mes), por el que se establece la obligación de proporcionar comedores para los obreros, señala:

"Las condiciones en que se desarrolla el Trabajo han de responder al concepto de dignidad que nuestro Fuero del Trabajo proclama.

Son contrarias a este principio aquellas costumbres que, establecidas bajo un régimen materialista, colocan al hombre, principal elemento de la producción, en condiciones algunas veces de inferioridad, en cuanto a la atención que se les dispensa, a los mismos instrumentos de las industrias.

Así sucede en la forma frecuente en que efectúan sus comidas los trabajadores, sentados en las aceras de las calles o alrededores de fábricas o talleres, expuestos a las inclemencias del tiempo y sin que los presida el decoro y sentido de orden que todos los actos de la vida han de tener".

³⁰⁹ Desarrollo llevado a cabo por la O.M. de 30 de junio de 1938 (B.O.E. de 1 de julio).

además, pagar al cocinero, suministrar el combustible necesario para la cocina, disponer del menaje de cocina adecuado, y, por último, anticipar a los trabajadores la cantidad necesaria a fin que puedan adquirir al por mayor los productos comestibles necesarios.

Por lo demás, estas instalaciones, utensilios, productos, así como la preparación y servicio de comidas deben ajustarse a lo establecido en el Decreto de 13 de octubre de 1983 (B.O.E. de 11 de noviembre), que contiene una regulación detallada de todos estos aspectos.

55.- De otra parte, la obligación de establecer economatos laborales -cuya finalidad es, según señala el Decreto que la estableció (D. de 21 de marzo de 1958³¹⁰) en su artículo primero, la de facilitar a los trabajadores y a sus familiares los artículos de consumo más usuales y necesarios "a fin de defender el poder adquisitivo de los sueldos y salarios y colaborar en el mantenimiento de los precios, y, eventualmente, en la rápida y ordenada distribución de dichos artículos"-, vino impuesta para aquellas empresas con un volumen de efectivos superior a 500 trabajadores, facultando a la Dirección General de Trabajo a establecerla para aquellas otras empresas

³¹⁰ B.O.E. de 15 de abril de 1958.

respecto de las que, si bien contasen con una cifra inferior de empleados, así lo estimara oportuno en función de sus circunstancias.

Pero esta obligación fue puntualizada por la Orden de 14 de mayo de 1958, limitándola a las empresas que normalmente ocupasen en una misma localidad más de 500 trabajadores, no siendo, por lo tanto, suficiente con que la empresa cuente con una plantilla superior a 500 trabajadores³¹¹.

Esta restricción de la obligación de establecer econcomatos ha sido, en alguna ocasión, objeto de reclamación judicial por estimar que supone una modificación ilegal de lo establecido en una norma jerárquicamente superior, como lo es el Decreto de 21 de marzo, al que la Orden de 14 de mayo desarrolla.

Sobre el particular, el Tribunal Supremo ha considerado que la matización introducida por dicha Orden no plantea en

³¹¹ sobre el particular, la Orden contempla, -concretando la facultad atribuida por el Decreto a la Dirección General de Trabajo para obligar a las empresas que no reúnan los 500 trabajadabres-, la posibilidad de que éste organismo acuerde la constitución de Econcomatos Colectivos (es decir, los que se establecen por un conjunto de empresas de una misma población), "cuando lo aconsejen razones de proximidad, actividad u otras circunstancias" (art. 2).

modo alguno un conflicto de jerarquía normativa en relación con lo dispuesto en el Decreto, sino que se trata de una puntualización introducida en virtud de lo establecido en la Disposición Final del citado Decreto, en la que se facultaba al Ministerio de Trabajo para que dictase las disposiciones que entendiera pertinentes para el mejor cumplimiento del mismo, haciéndose así uso de la técnica de la remisión normativa en cuya virtud se habilita a la norma reglamentaria inferior para completar la contenida en la superior³¹².

Así pues, para las empresas constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del R.D. 762/1979 de 4 de abril³¹³, se requiere que cuenten con más de 500 trabajadores en una misma localidad para que se vean afectadas por la obligación de constituir economatos³¹⁴, lo

³¹² Así, entre otras, en las sentencias del T.S. de 16, 18 y 25 de marzo de 1992 (Ar. 1649, 1664 y 1875, respectivamente), planteadas todas ellas en relación a los beneficiarios del Economato Laboral Colectivo de Banca de la provincia de Barcelona.

³¹³ B.O.E. del 13 de abril.

³¹⁴ A semejante exigencia cabría criticar el elevado umbral fijado pues, -como se señala en *Derecho del Trabajo*, dirigido por SALA FRANCO, cit., pág. 659-, si no son muchas las empresas que reúnen dicho volumen de empleo, son menos las que lo hacen en una misma localidad, si bien ello viene parcialmente compensado con la posibilidad de obligar a constituir Economatos Colectivos.

cual parece lógico si se atiende al objetivo perseguido por el legislador, que no era otro que asegurar un número de usuarios acorde con el coste económico que supone proveer a la empresa con tales instalaciones, así como atender a la necesidad de, -dada la naturaleza del servicio-, la existencia de proximidad territorial entre los beneficiarios y el establecimiento³¹⁵.

56.- Respecto de los sujetos obligados por esta carga legal hay que tener en cuenta, en último lugar, que la obligación de constituir economatos ha quedado reducida, para el supuesto de empresas de nueva constitución, a los casos en que ocupen más de 500 trabajadores, y sus centros de trabajo estén ubicados en localidades de menos de 30.000 habitantes, o de más habitantes cuando el Ministerio de Trabajo lo acuerde por existir dificultades de abastecimiento derivadas de un insuficiente equipamiento comercial (Disposición Final 1ª del R.D. 762/1979 de 4 de abril).

³¹⁵ En este último sentido se manifiestan las sentencias del Tribunal Supremo que sobre los beneficiarios del Economato Laboral Colectivo de Banca de la provincia de Barcelona se han citado anteriormente, las cuales ponen de relieve lo ilógico que resultaría exigir la constitución de economatos a aquellas empresas que superaran el umbral de trabajadores fijado por ley, independientemente de la distancia que pudiera existir entre sus distintos centros de trabajo.

Al criterio de la dimensión de la empresa se ha añadido, por lo tanto, el de la dimensión de la localidad en la que sus centros se hallen situados.

Este nuevo requisito exigido para la constitución de economatos parece deberse, -dado que, como se señala en el Decreto 1830/1962 de 5 de julio (B.O.E. de 24 de julio), "*los economatos fueron creados en circunstancias críticas de abastecimiento público como un expediente cuyo objeto no era sólo el de abaratar los precios de los artículos comunes de consumo, sino el de proveerse de estos artículos que entonces eran escasos y difíciles de adquirir*"-, a que el legislador ha considerado que en localidades con semejante volumen de población, no existen dificultades de abastecimiento³¹⁶.

57.- Al igual que sucede con la obligación de establecer comedores, el coste económico que conlleva esta obligación empresarial no es de despreciar, dado que la exigencia de constituir economatos conlleva una serie de

³¹⁶ Conclusión a la que, por lo demás, induce a pensar el párrafo 2º de la Disposición Final 1ª del R.D. 762/79, cuando señala que el Ministerio de Trabajo podrá declarar la obligatoriedad de la constitución del economato en aquellas empresas en las que, si bien sus centros de trabajo están localizados en términos municipales de más de 30.000 habitantes, existan dificultades de abastecimiento derivadas de una insuficiencia de equipamiento comercial.

cargas añadidas para el empresario, como son las de sufragar los gastos de organización y administración, o la de facilitar los locales, sin que en ningún caso se puedan repercutir los costes derivados de ello en los precios de venta a los trabajadores, por prohibirlo expresamente el art. 23 de la O.M. de 14 de mayo de 1958.

D) *LA MOVILIDAD GEOGRAFICA Y FUNCIONAL.*

58.- También en estos dos aspectos de la relación laboral la dimensión de la empresa tiene una destacada relevancia, unas veces derivada de las previsiones legales (caso de la movilidad geográfica tras la Ley 11/1994 de reforma de determinados preceptos del E.T. y de la L.P.L.), y otras por las propias características de estas empresas (como sucede tanto con la movilidad geográfica como con la funcional).

59.- Comenzando por la movilidad geográfica, la nueva redacción del art. 40 ha introducido la variable del número de trabajadores ocupados a la hora de regular el procedimiento para proceder a los traslados (no sucede así con los desplazamientos), exigiendo menos obligaciones a los empresarios de las empresas más pequeñas.

El actual régimen de la movilidad geográfica, -con el

que se aclara definitivamente la diferencia entre traslados y desplazamientos³¹⁷-, señala la necesidad de abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores, (cuyo objeto consistirá en analizar las causas motivadoras de la decisión empresarial, la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, y las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados), de 15 días, siempre que la decisión empresarial vaya a afectar a un determinado número de trabajadores³¹⁸.

Así, solamente será necesario mantener consultas con

³¹⁷ Si anteriormente el límite temporal que separaba traslados y desplazamientos estaba fijado en el año, sin precisar cómo debería computarse dicho período, ahora el art. 40, en su apartado 4º, señala expresamente que "los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta Ley para los traslados". De este modo se resuelve el problema que anteriormente se planteaba, esto es, si el cómputo debía ser acumulativo (en este sentido ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, Mª.E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1989, págs. 220 y 221; SALA FRANCO, T., "Movilidad geográfica". *Comentarios a las Leyes Laborales*, Vol. VIII, (dir. E. BORRAJO), EDERSA, Madrid, 1982, pág. 106), o sucesivo (PEREZ DE LOS COBOS, F., "El límite del año en los desplazamientos temporales, *Actualidad Laboral*, nº. 32, 1990, págs. 1395 y ss.).

³¹⁸ De no alcanzarse los umbrales señalados por la normativa bastará la mera notificación de la decisión empresarial a los trabajadores interesados, así como a sus representantes, con una antelación mínima de 30 días a la fecha de su efectividad.

los representantes de los trabajadores si el traslado va a afectar a todos los trabajadores del centro de trabajo, siempre y cuando éste ocupe a más de 5 trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad de los empleados en el centro, el traslado afecte, en un período de 90 días, al menos, a:

- 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores,
- El 10% del número de trabajadores de la empresa, en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- 30 trabajadores, en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

De este modo, tanto de una forma directa (al referirse al volumen de empleo de la empresa) como indirecta (al incluir el factor del personal afectado), la dimensión de la empresa desempeña una importante función en la diversificación del régimen jurídico de los traslados cuando éstos no afecten a la totalidad de trabajadores del centro, reduciendo el poder de dirección del empresario en los casos de empresas mayores, y dejándolo menos condicionado en las más pequeñas³¹⁹, y ello porque además

³¹⁹ Mientras que en las empresas de hasta 100 trabajadores, el mínimo de personal que debe resultar vinculado por la medida debe ser de, al menos 10, esto es, en todo caso por encima del 10% del volumen de efectivos de la empresa (el 50% en empresas de 20 trabajadores; el 20% en empresas de 50, o el 10'1% en empresas de 99); en las empresas que cuenten entre 100 y 300

de la necesidad de abrir este período de consultas (cuya apertura en las pequeñas empresas encuentra, por lo demás, la dificultad añadida de la frecuente ausencia de representantes del personal³²⁰), se introduce la posibilidad de que la Autoridad laboral (a la que se le deberá notificar tanto la apertura del período de consultas como las posiciones de las partes tras su conclusión) amplíe, -a la vista de las posiciones de las partes y siempre que las consecuencias económicas o sociales de la medida así lo justifiquen-, hasta el máximo de seis meses, el plazo de incorporación (fijado inicialmente en el mínimo de 30 días desde la notificación al trabajador), paralizando así la efectividad del traslado.

60.- Llama la atención de este precepto la mezcla de ámbitos espaciales a los que se refiere. Así, si bien en el primer supuesto en el que procede realizar el período de consultas (cuando la movilidad afecte a todos los trabajadores, siendo éstos más de cinco) se habla exclusivamente del centro de trabajo; en el segundo (esto es, cuando el traslado no incida sobre la totalidad de trabajadores del centro), tanto el criterio numérico-

empleados, el traslado deberá afectar al menos al 10% de sus trabajadores, y en las de 300 o más, 30 (es decir, salvo las que cuenten con 300, menos del 10%: el 6% en las empresas de 500 trabajadores, o el 3% en empresas de 1000 empleados).

³²⁰ Sobre el particular, véanse las páginas 362 y ss.

ocupacional como el de trabajadores afectados hacen referencia a la empresa, de forma que solamente habrá que proceder a mantener consultas con los representantes de los trabajadores cuando el número de trabajadores afectados a nivel de empresa alcance la cifra de, al menos, 10 trabajadores, el 10% del volumen de empleo de la empresa, o 30 trabajadores, cuando ésta ocupe, respectivamente, menos de 100, entre 100 y 300, y 300 o más trabajadores.

De estas reglas resulta que: 1º) Las empresas de 5 o menos trabajadores quedarán fuera de las previsiones del art. 40.2 en todo caso; 2º) Que las empresas de más de 5 pero menos de 10, sólo quedarán vinculadas por lo dispuesto en este apartado del art. 40 cuando el traslado vaya a afectar a la totalidad de sus trabajadores, siempre y cuando la empresa no cuente más que con un único centro de trabajo o si, contando con más de un centro, en alguno de ellos hay ocupados más de 5 y la medida afecte a todos ellos; 3º) En las empresas de menos de 100 trabajadores, en aquellas que empleen entre 100 y 300, así como en las que cuenten con 300 o más empleados, además de en los casos en que cuenten con centros con más de cinco y la medida vaya a incidir sobre todos ellos, deberán observar lo dispuesto en el art. 40.2 siempre y cuando el traslado interese, respectivamente, al menos a diez trabajadores, al 10% del volumen de efectivos de la empresa, o a 30 trabajadores,

independientemente del grado de descentralización de la misma.

De este modo, si bien el criterio manejado en el caso de que la medida de traslado vaya a incidir a todo el personal del centro podría suponer un cierto impulso a la descentralización de las empresas, o algún tipo de presión a mantener los niveles de ocupación de los distintos centros por debajo de los 6 empleados, no sucede lo mismo con el criterio utilizado para el supuesto en que la decisión empresarial no vaya a afectar a todo el personal del centro, puesto que estos casos el número de empleados afectados por el traslado que va a determinar la necesidad de celebrar consultas con los representantes de los trabajadores, así como la participación de la Autoridad Laboral en el procedimiento para llevarlo a efecto, está referido a la empresa y no al centro de trabajo.

61.- Por lo que se refiere a la movilidad funcional, si bien con la reciente reforma del E.T. se ha flexibilizado su régimen³²¹, ello no se ha realizado teniendo en

³²¹ Si bien, como apunta DEL REY GUANTER (*La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral, cit., pág. 55*) "la reforma... más que permitir una mayor movilidad respecto a la normativa anterior, lo que hace es dar una mayor seguridad jurídica al respecto, dado que los límites que ahora consagra el art. 39 E.T. y que en gran medida se encontraban de una u otra manera en el homónimo derogado, habían sido objeto

consideración la dimensión de la empresa. De este modo, la normativa sigue sin diversificar en este punto en atención al volumen de empleo de la empresa.

Sin embargo, la jurisprudencia sí que ha venido matizando las previsiones legales en función de este factor en el sentido de que *"es indiscutible que la movilidad funcional autorizada por el art. 39, debe ser contemplada en forma amplia en pequeñas empresas en las que se precisa de una polivalencia de todo el personal, ante la imposibilidad de cubrir puestos de trabajo para todas las categorías profesionales"*³²².

Como consecuencia de este punto de partida, la jurisprudencia ha venido considerando que el hecho de que se encomienden al trabajador, de modo esporádico, determinadas actividades que no correspondan directamente a la categoría que se le haya atribuido, no puede servir de justificación suficiente para rescindir el contrato de trabajo por voluntad del trabajador en base a una modificación sustancial en las condiciones de trabajo (S.T.S. de 6 de julio de 1985, -Ar. 3693-), ni confiere al trabajador la posibilidad de negarse a prestar el trabajo

de interpretaciones jurisprudenciales altamente flexibilizadoras".

³²² S.T.S.J. de Cataluña de 28 de mayo de 1990 (As. 4211).

solicitado (S.T.S. de 3 de junio de 1987 -Ar. 4114-), por cuanto en las pequeñas empresas, su "normal funcionamiento requiere una colaboración de los trabajadores en los distintos cometidos, con una cierta flexibilidad en cuanto a los trabajos propios de cada categoría" (última sentencia citada).

E) MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO.

62.- También el régimen de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo se ha visto afectado por la reforma de la Ley 11/1994, introduciendo el factor de la dimensión de la empresa como un importante criterio a tener en cuenta para determinar el procedimiento a seguir.

En realidad, lo que el actual art. 41 hace es distinguir el procedimiento que deberá seguirse para efectuar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo según sean éstas individuales o colectivas, apareciendo el parámetro del número de trabajadores ocupado, así como el de la cantidad de trabajadores afectados por la decisión empresarial, en la diferenciación entre lo que constituyen unas y otras.

De este modo, si bien se dice que son modificaciones de carácter individual aquellas que afectan a las condiciones que disfrutaban los trabajadores a título individual, y de carácter colectivo las que atañen a las condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas en base a una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, el art. 41 excluye de estas últimas, a los efectos del procedimiento a seguir para llevarlas a efecto, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de 90 días, a un número de trabajadores inferior a:

- 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.
- El 10% del número de trabajadores de la empresa, en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.
- 30 trabajadores, en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

La diferencia de procedimiento para llevar a cabo uno u otro tipo de modificación estriba en que, en las que se consideren de carácter individual, no será necesaria la apertura de un período de consultas con los representantes de los trabajadores acerca de las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados.

Por lo demás, este proceso de consultas puede conducir a una reclamación en conflicto colectivo, que se añade a la acción individual que el trabajador puede ejercer en cualquier supuesto.

Resulta así que también en este caso el empresario va a ver condicionado su poder de dirección en tanto que deberá entablar consultas con los representantes de los trabajadores³²³.

Pero la trascendencia de la dimensión de la empresa se limita, en los supuestos de modificación de condiciones de trabajo, a las modificaciones funcionales y de horario de trabajo. Parece que el legislador haya pretendido dejar mayor margen de maniobra a los empresarios, en función de la dimensión de sus empresas, en unos temas que tradicionalmente han sido objeto de reivindicaciones empresariales para la pequeña y mediana empresa.

³²³ Condicionamiento que, al igual que sucede en el supuesto de movilidad geográfica, afecta proporcionalmente más a las empresas a medida que aumenta su dimensión. Por lo demás, hay que tener también en este supuesto presente que, como ya se ha puesto de relieve, la obligación de consultar a los representantes de los trabajadores se va a ver mediatizada por la probable ausencia de estructuras de representación de los trabajadores en las pequeñas empresas (*vid.* págs. 362 y ss.).

**F) LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN LAS PEQUEÑAS
Y MEDIANAS EMPRESAS.**

63.- Tradicionalmente ha sido en la normativa reguladora de la extinción de la relación laboral aquella donde la diversificación de la normativa en función del volumen de efectivos de la empresa ha tenido una mayor incidencia, bien por la identificación entre dimensión de la empresa y su capacidad económica (lo que ha motivado la reducción de las indemnizaciones a satisfacer a los trabajadores cuya relación se haya extinguido), bien por la especial atención puesta en no perjudicar excesivamente el ambiente de trabajo de estas empresas.

Resulta así que, además de en España, en países como Alemania, Francia, Italia o el Reino Unido (por citar algunos ejemplos), el legislador ha tenido muy presente las peculiaridades que pudieran presentar las pequeñas empresas a la hora de establecer las disposiciones por las cuales debe regirse la materia de la extinción del contrato de trabajo.

64.- En este sentido, por lo que se refiere al caso alemán, el ordenamiento de ese país contempla una protección legal contra el despido injustificado de un trabajador, la cual no es de aplicación en las empresas que

cuenten con 5 o menos trabajadores. En este supuesto, vienen a coincidir los dos ordenes de razones anteriormente expuestas por las que se justifica este tipo de diferenciaciones: la particularidad de las relaciones empresario/trabajador en este tipo de empresas, que hace poco aconsejable una intromisión en caso de despido, y la posibilidad de que dicha protección pueda resultar excesivamente onerosa para las pequeñas empresas³²⁴.

65.- Pero la exclusión de las empresas con pocos efectivos del ámbito de aplicación de las normas protectoras de los derechos del trabajador ante despidos injustificados, no es un dato exclusivo del ordenamiento alemán. Así, en el caso de la legislación laboral francesa, los trabajadores de empresas que cuenten con menos de once trabajadores no podrán reclamar los derechos que previstos en el *Code du Travail* (artículo L. 122-14-4) para el caso de despido sin causa real y seria³²⁵, sino que únicamente tendrán derecho a una indemnización calculada en función

³²⁴ Así lo entiende MANFRED WEISS, "Le relazioni industriali nelle piccole e medie imprese della Repubblica Federale Tedesca", en *Relazioni Industriali e ambiente di lavoro nella piccola e media impresa verso il 1993. Cit.*, pág. 62.

³²⁵ Istos derechos consisten en la restitución del trabajador en la empresa con el mantenimiento de las condiciones adquiridas, o, en caso de rechazo de esta solución por alguna de las partes, en el pago de una indemnización que no podrá ser inferior a los salarios de los últimos seis meses.

del perjuicio sufrido (artículo L. 122-14-5)³²⁶.

66.- Por lo que se refiere a lo establecido en la normativa británica, cabe destacar que la existencia de un tratamiento diferenciado en la protección contra el despido injustificado según la dimensión de la empresa ha sido algo habitual. Así, la disposición por la que se introdujo una protección contra el despido injustificado (la *Industrial Relations Act* de 1971) excluía de la misma a las empresas que contasen con menos de 4 trabajadores.

Esta exclusión de los trabajadores al servicio de empresas con menos de 4 empleados fue eliminada a través de la *Employment Protection Act* de 1975. Sin embargo con ello no desaparecieron definitivamente las diferenciaciones en la regulación de despido en función del volumen de efectivos empleado. De este modo, con la *Unfair Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order* de 1979 se estableció un período de empleo continuado de 2 años como requisito para que los trabajadores de las empresas en las que en ningún momento durante el mismo hubieran empleado más de 20 trabajadores tuvieran reconocida su protección contra el despido injustificado (frente al año señalado

³²⁶ Esto supone, como se pone de manifiesto en la obra de LYON-CAEN y PÉLISSIER, que los jueces no podrán otorgar una indemnización sin haber calculado previamente el perjuicio sufrido por el trabajador. (*Droit du Travail, cit.*, pág. 356).

para los trabajadores de empresas que excedieran de ese volumen de empleo)³²⁷.

También esta diferenciación fue suprimida exigiéndose en todo caso el período de 2 años a partir de la *Unfair Dismissal (Variation of Qualifying Period) Order* de 1985.

Actualmente la única referencia al tamaño de la empresa en el régimen legal del despido sin justa causa, está contemplada en el artículo 57.3 de la *Employment Protection (Consolidation) Act* de 1978. En este precepto se establece la necesidad de que los tribunales tengan en cuenta las circunstancias de la empresa (incluyendo tanto su dimensión como sus recursos administrativos), para determinar si el empresario actuó razonable o irrazonablemente al despedir al trabajador.

67.- En último término, en relación a lo establecido en el ordenamiento laboral italiano, es bien conocida la importancia que la dimensión de la empresa ha tenido y,

³²⁷ La necesidad de reunir un período de empleo al servicio de la empresa para ser titular de la protección contra el despido injustificado, no es una exigencia que se pueda encontrar de forma exclusiva en el ordenamiento británico. También en el ordenamiento francés se hace referencia a este requisito (en concreto, el art. L. 122-14-5 se refiere a la necesidad de que el trabajador cuente con, al menos, 2 años de antigüedad en la empresa), si bien en este caso tal plazo es único independientemente de la dimensión de la empresa.

todavía hoy, tras la reforma introducida por la Ley 108/1990, tiene, en la regulación del despido.

68.- Con anterioridad a dicha reforma, el ordenamiento jurídico-laboral italiano contemplaba tres grados de protección a los despidos producidos sin justa causa o justificado motivo, según la dimensión de la empresa.

De este modo, la tutela real (consistente en la obligación empresarial de readmitir al trabajador, sin posibilidad de sanciones alternativas, y con la obligación de satisfacer al trabajador el salario, -devengado por la mera subsistencia de la relación laboral-, desde la fecha de la sentencia), otorgada a los trabajadores ante un supuesto de despido en estas circunstancias, quedaba limitada a las unidades productivas (tanto las descentralizadas como las empresas con una única unidad productiva) que contaran con más de 15 trabajadores (5 en el caso de empresas agrícolas)³²⁸.

De un segundo nivel de protección menos estricto (régimen de estabilidad obligatoria), gozaban los trabajadores de aquellas empresas que en ocupasen, de forma conjunta entre todas sus unidades productivas, un mínimo de

³²⁸ Art. 18 del *Statuto dei Lavoratori* en relación con el art. 35 del mismo cuerpo legal.

35 empleados. En estas circunstancias, el empresario podía optar entre readmitir al trabajador o pagarle una indemnización para cuyo cálculo el juez debería valorar la dimensión de la empresa, la antigüedad del trabajador, y la conducta de las partes, sin que, en todo caso, pudiera ser inferior al salario de 5 meses ni superior al salario de 12 meses³²⁹.

En último término, a los trabajadores de aquellas unidades productivas o empresas que no alcanzaran el umbral mínimo exigido para la aplicación de las reglas anteriores, se les aplicaba el régimen de despido individual previsto en el art. 2118 del *Codice Civile*. En este precepto se contempla la posibilidad del receso "*ad nutum*", según el cual las partes contratantes podrían extinguir el contrato de trabajo celebrado por tiempo indefinido con el único requisito de dar el preaviso necesario, debiendo, en su defecto, pagarse una retribución equivalente a ese período.

69.- Con la Ley 108/1990 de 11 de mayo, el régimen de los despidos individuales ha variado sustancialmente, pero sigue diversificado según la dimensión de la unidad productiva y de la empresa.

³²⁹ Arts. 8 y 11 de la Ley 604/1966.

De este modo, el régimen de tutela real se aplica en la actualidad a aquellas unidades productivas (únicas o parte de empresas descentralizadas) que ocupen más de 15 trabajadores, -5 en el caso de empresas agrícolas-, así como en aquellos casos en que la empresa reúna, en su conjunto, más de 60 empleados³³⁰. Por lo demás, con la modificación producida por la Ley 108/1990, ahora se permite que el trabajador pueda optar a una indemnización equivalente a 15 mensualidades, en lugar de la readmisión³³¹.

En el resto de casos en los que, por no alcanzarse el umbral mínimo requerido, no sea de aplicación el régimen previsto en el art. 18 del *Statuto dei Lavoratori*, se estará a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 604/1966 (estabilidad obligatoria) en la redacción dada tras la modificación sufrida en virtud de la Ley 108/1990³³².

³³⁰ Art. 18 del *Statuto dei Lavoratori*.

³³¹ Con la anterior normativa el trabajador venía obligado a reincorporarse en la empresa pues, pasados 30 días desde la comunicación del empresario de su readmisión sin que el trabajador hubiese comenzado a prestar servicio, el contrato se consideraba resuelto.

³³² Según esta nueva redacción, la cuantía de la indemnización (que deberá ser calculada por el juez en atención al número de trabajadores empleados, a la antigüedad en la empresa y a la conducta y condiciones de las partes), no podrá ser inferior a 2,5 mensualidades, ni superior a 6. En cualquier caso, ahora se permite que el límite máximo pueda ser elevado

De este modo desaparece la aplicación del art. 2118 del *Codice Civile* en función de la dimensión de la empresa, permaneciendo únicamente para determinadas categorías de trabajadores³³³.

70.- Es, por consiguiente, una preocupación común a los legisladores de los distintos países la necesidad de prestar una especial consideración a las pequeñas empresas en el tratamiento del despido improcedente, de manera que se ha establecido una diversificación normativa en el régimen jurídico de este despido según el número de trabajadores ocupados.

Ante la diferencia de régimen jurídico del despido basada en el criterio numérico-ocupacional, se ha venido planteando, en los distintos países, la posibilidad de que ello suponga una violación al principio de igualdad de trato, puesto que los mismos trabajadores van a gozar de derechos distintos dependiendo de la dimensión de la

según la antigüedad del trabajador en la empresa (si la antigüedad del trabajador es superior a 10 años, el nuevo límite es de 10 mensualidades; si es superior a 20 años, el límite máximo es de 14 mensualidades), siempre y cuando la empresa tenga un volumen de efectivos de más de 15 trabajadores.

³³³ Dirigentes administrativos y técnicos, los trabajadores en período de prueba, etc. (Sobre el particular, CARINCI y otros, *Diritto del Lavoro*, cit., págs. 418 y ss.).

empresa para la que trabajen.

Sin embargo, los Tribunales Constitucionales de los distintos países han venido admitiendo la constitucionalidad de estas medidas, considerando que la diversificación de la normativa del despido en función del número de trabajadores constituye una elección discrecional realizada por el legislador, que no se encuentra privada de racionalidad en tanto que persigue un objetivo constitucional en sí mismo considerado (la protección de la pequeña y mediana empresa)³³⁴.

71.- También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre la exclusión de las pequeñas empresas del régimen de protección contra el despido improcedente.

Así, en el asunto 189/91 se plantearon ante este

³³⁴ En este sentido, respecto al caso español, la S.T.Co. 6/1984 de 24 de enero, donde se hace referencia a la intención del legislador de proteger la menor capacidad económica de las empresas de reducidas dimensiones. En cuanto al caso italiano, cabe citar la sentencia de la Corte Costituzionale nº. 55 de 6 de marzo de 1974, donde tal diversificación se justifica, no sólo en atención a la menor capacidad económica que se presupone a estas empresas, sino también en virtud de la necesidad de preservar el buen ambiente de trabajo en estas empresas, evitando, en la medida de lo posible, crear situaciones de tensión y conflictividad.

tribunal dos cuestiones prejudiciales respecto de la normativa alemana que prevé la exclusión de determinadas empresas del régimen de protección contra el despido improcedente.

Dichas cuestiones prejudiciales hacían referencia, de un lado, a la interpretación del artículo 92 del Tratado C.E.E. (sobre la prohibición de ayudas estatales que falseen la competencia); y de otro, a los artículos 2 y 5 de la Directiva 76/207 (sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo).

De estas dos cuestiones resulta de interés detenerse únicamente en la primera, en tanto que es la que tiene una relación directa con el tema que en este trabajo se trata.

Así, respecto de ésta cuestión, el tribunal alemán que planteó la cuestión prejudicial entendía que, puesto que las empresas de menos de 5 trabajadores no están obligadas a abonar indemnizaciones en caso de despido injustificado, y no deben hacerse cargo de los gastos procesales en que hayan incurrido con motivo de los litigios relativos al despido de los trabajadores, éstas empresas están recibiendo una ventaja competencial importante en relación

con el resto de empresas.

Con este planteamiento pretendía, el tribunal alemán, que se resolviese si dichos beneficios en favor de las empresas de menos de 5 trabajadores podían considerarse como una ayuda en el sentido del art. 92.1 de Tratado de la C.E.E.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad señaló, en sentencia de 30 de noviembre de 1993, que la no sujeción de estas empresas al régimen de protección contra el despido injustificado no implica transferencia alguna, ni directa ni indirecta, de fondos estatales a dichas empresas (que son las únicas ventajas que tienen consideración de ayudas en el sentido del art. 92.1 del Tratado), sino que con esta medida se trata de evitar que se impongan a estas empresas cargas financieras que pudieran obstaculizar su desarrollo, por lo que con esta medida no se están introduciendo medidas tendentes a desvirtuar la competencia entre empresas.

72.- Sin embargo, si bien la normativa relativa al despido improcedente es aquella a la que mayor atención han prestado los legisladores para no introducir reglas que pudieran redundar en perjuicio de las empresas de reducidas dimensiones, hay que tener presente que no es la única

materia, en tema de extinción de la relación laboral, en la que la dimensión de la empresa juega un importante papel.

Así, por ejemplo, en relación a los despidos colectivos hay que hacer notar que las obligaciones que los distintos ordenamientos imponen al empresario para proceder a un despido colectivo se refieren, como consecuencia de la Directiva 129/75 (relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos), a un número mínimo de trabajadores afectados en un espacio de tiempo determinado³³⁵, dejando al margen a aquellas empresas que quedan por debajo del mínimo fijado (caso del ordenamiento británico), o bien dando un tratamiento distinto, según el número de trabajadores afectados, a las obligaciones empresariales (caso del ordenamiento francés).

73.- Resulta así que, por ejemplo, en el Reino Unido los empresarios que ocupen menos de 10 trabajadores no se verán obligados a consultar con los representantes de los trabajadores, ni a notificar al Secretario de Estado, los

³³⁵ Dos supuestos recientes de adecuación de la normativa interna a lo dispuesto en esta Directiva lo constituyen los casos de Italia (llevada a cabo por la Ley nº. 223/1991 de 23 de julio), y España (en virtud de la Ley 11/1994 de 19 de mayo), que no contemplaban anteriormente una definición de despido colectivo basada en un número mínimo de despidos en un período de tiempo determinado.

despidos que se pretendan realizar, puesto que 10 es el número mínimo de despidos que contempla el ordenamiento británico para que sean de aplicación estas obligaciones³³⁶.

74.- En Francia, el empresario que pretenda proceder a un despido colectivo deberá, en cualquier caso, consultar al Comité de Empresa o Delegados de Personal, así como informar a la autoridad administrativa del despido que se pretenda efectuar. Pero estas obligaciones están organizadas de un modo completamente distinto en función de la cantidad de trabajadores despedidos.

De este modo, si el número de despidos en un plazo de 30 días es inferior a 10, los representantes de los trabajadores deberán ser informados y consultados de una sola vez, sin que exista la necesidad de celebrar una pluralidad de reuniones separadas por un espacio de tiempo³³⁷.

Si el número de despidos en el plazo de 30 días es, cuanto menos, de 10, la organización de las obligaciones de

³³⁶ Artículos 188 y 193 de la *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act*, de 1992.

³³⁷ Se aplican, en estos casos, las disposiciones de los artículos L. 432-1 y L. 422-1 del *Code du Travail*.

información y consulta viene regulada de forma compleja, según el número de efectivos de la empresa y del número de personas afectadas, aplicándose las reglas previstas en el artículo L. 321-3 del *Code du Travail*.

De esta forma, en las empresas de menos de 50 trabajadores (pero, lógicamente, más de 10) el empresario tiene que consultar a los Delegados de Personal, quienes deberán ser reunidos dos veces con un intervalo de 14 días.

En las empresas de 50 o más trabajadores, el empresario ha de consultar al Comité de Empresa en dos ocasiones, las cuales no deberán estar distanciadas en el tiempo más de un período de tiempo variable en función del número de despidos que se vayan a producir:

- 14 días, si el número de despidos es inferior a 100.
- 21 día, siempre que el número de despidos sea igual o superior a 100, pero inferior a 250.
- 28 días, si el número de despidos es, cuanto menos, de 250.

Pero también el contenido de la consulta varía según la empresa tenga menos de 50 trabajadores o supere este volumen de ocupación (art, L. 321-4). Así, si bien en uno y otro caso el empresario deberá consultar acerca de las medidas para evitar los despidos o reducir su número y

lograr la reclasificación del trabajador despedido, en el primer caso el objeto de la consulta lo constituyen los "convenios de conversión" (un convenio que, con objeto de favorecer la reclasificación del trabajador, está acordado entre la empresa, el Estado y el A.S.S.E.D.I.C.³³⁸, sin contar con el trabajador, quien puede posteriormente adherirse al mismo, y cuyo efecto consiste en la consideración que la ruptura del contrato de trabajo se ha producido por común acuerdo de las partes)³³⁹.

Cuando la empresa cuente con 50 o más trabajadores, el objeto de la consulta será la elaboración del "plan social", obligatorio en estas empresas cuando el número de despidos vaya a alcanzar la cifra mínima de 10 en un período de 30 días (art. L. 321-4-1).

Elaborado entre la empresa y los representantes de los trabajadores (y, en su defecto, con un informe de los trabajadores) con objeto de evitar los despidos, reducir su número o facilitar la reclasificación de los trabajadores afectados, la ausencia de este plan determina, tras la modificación introducida en el art. L. 321-4-1 por la Ley

³³⁸ *Associations pour l'Emploi dans l'Industrie et le Commerce*. Se trata de una asociación creada por negociación colectiva para administrar el seguro de desempleo.

³³⁹ Art. L. 321-6.

de 23 de diciembre de 1992, la nulidad del procedimiento de despido.

Además, y puesto que con la reforma introducida por la Ley de diciembre de 1992 se encomienda a la administración un control material sobre la existencia del "plan social"³⁴⁰, la intervención administrativa se produce en este caso a lo largo de todo el procedimiento del despido, frente a los demás casos, en que la Administración sólo interviene "a posteriori"³⁴¹.

Por lo demás, el Comité de Empresa (órgano de representación de los trabajadores en empresas de, al menos, 50 trabajadores), tiene reconocido el derecho de hacerse asistir por un experto contable en los casos en que el despido afecte, cuanto menos, a 10 trabajadores (art. L. 434-6).

³⁴⁰ No obstante, ello no supone conceder de nuevo a la administración un control previo sobre el despido, de forma que ésta pueda, como ocurría anteriormente (en este sentido LYON-CAEN y PÉLISSIER, *Droit du Travail*, cit., pág. 391), retrasar e incluso oponerse a un despido, si bien en razón de la insuficiencia de las medidas que lo acompañasen, y no por sus causas. Así lo entiende PEREZ DE LOS COBOS, para quien el control que la Ley encarga a la autoridad administrativa se refiere exclusivamente a la existencia o inexistencia del plan, y no sobre su oportunidad. (PEREZ DE LOS COBOS, F. "El despido por causas económicas en Francia. Estudio especial del despido colectivo". *Actualidad Laboral*, nº. 11/15, 1993, pág. 218).

³⁴¹ En este sentido, PEREZ DE LOS COBOS, cit., pág. 217.

75.- Con estas referencias al derecho comparado se pone de manifiesto la continua referencia a la dimensión de la empresa que los legisladores de los distintos países realizan a la hora de establecer el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo, tratándose con ello de dejar a determinadas empresas un margen de maniobra suficiente para evitar que vengan perjudicadas por una normativa excesivamente rígida.

Queda así evidenciado cómo la materia de extinción de la relación laboral está considerada como el objetivo básico de la flexibilidad que se retiene imprescindible para el buen funcionamiento del mercado de trabajo, en general, y de las pequeñas y medianas empresas, en particular³⁴².

³⁴² Así, confirmando esta apreciación, cabe recordar lo manifestado por el Gobierno en el documento que dirigió al C.E.S. en demanda de un dictamen, donde abordaba la necesidad de estudiar las ventajas e inconvenientes de una diversificación normativa de determinadas materias en función del tamaño de las empresas, haciendo una especial referencia a los despidos, afirmándose que si bien dicha diversificación no deberá tener por objeto exclusivo la normativa relativa a los despidos, sí que deberá constituir ésta su principal objeto. ("Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la reforma del mercado de trabajo", cit., pág. 106).

a) LA NORMATIVA INTERNACIONAL Y COMUNITARIA. EL CONVENIO 158 DE LA O.I.T. Y LA DIRECTIVA 129/75 DE LA C.E.E.

76.- En la regulación de la extinción del contrato de trabajo hay que tener presente la legislación internacional y comunitaria vigente, donde también se pueden encontrar diferenciaciones según la dimensión de la empresa.

Así sucede, en el ámbito del derecho internacional, con el Convenio 158 de la O.I.T. (y la Recomendación 166 que lo complementa), sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Este Convenio establece, en su artículo 4º, el principio general de que no procederá la extinción de un contrato de trabajo a iniciativa del empresario a menos que exista *"una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio"*.

Con el Convenio 158, la O.I.T. elimina la posibilidad de rescisión *ad nutum* (sin alegación de causa alguna) del contrato de trabajo. Sin embargo, si bien el art. 2.1 del Convenio establece que su ámbito de aplicación comprende a todas las personas empleadas en cualquier rama de actividad económica, en los apartados siguientes de este mismo

artículo se establece la posibilidad de excluir del ámbito de su aplicación a determinadas categorías de trabajadores, entre las cuales, en el apartado 5º, se señala a aquellas *"categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea"*.

La O.I.T. establece de este modo la posibilidad de otorgar una menor protección a los trabajadores de las pequeñas y medianas empresas en virtud del hecho de la dimensión de la empresa para la que trabajan. Ahora bien, esta posibilidad parece que deba limitarse, dado el carácter excepcional de la exclusión, a que efectivamente se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia respecto de los trabajadores afectados.

Es precisamente por ese carácter excepcional de la medida, por lo que para llevarla a efecto se exige la previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas (art. 2.1 apartado 5º), y se obliga a los Estados miembros que ratifiquen el Convenio a que enumeren las categorías de trabajadores excluidas en virtud de los apartados 4º y 5º, debiendo explicar los motivos que motivaron dicha exclusión (art. 2.1 apartado

6º).

En todo caso, lo que queda claro es que una política discriminatoria en materia de extinción de la relación laboral, que suponga un perjuicio para los trabajadores de las PYMEs, no sería contraria al Convenio 158 de la O.I.T.

77.- Con relación a la normativa comunitaria, la Directiva 129/75 de 17 de febrero de 1975³⁴³, por la que se pretende la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referidas a los despidos colectivos, define los despidos colectivos atendiendo a un elemento subjetivo o cualitativo (debe tratarse de despidos producidos por razones no inherentes a la persona de los trabajadores afectados), y un elemento objetivo o cuantitativo, que combina tres criterios (un determinado período de tiempo; un número mínimo de despidos producidos en ese período de tiempo; y el volumen de empleo de la empresa).

De esta manera resulta que constituyen despido colectivo, a los efectos de la citada Directiva, los despidos que, producidos por iniciativa del empresario en base a una o varias razones no inherentes a la persona de

³⁴³ Modificada por la Directiva 56/1992 de 24 de junio.

los trabajadores afectados³⁴⁴:

- O bien alcancen en un período de 30 días la cifra de: a) 10, por lo menos, en empresas que empleen habitualmente más de 20 trabajadores y menos de 100; b) que sumen como mínimo el 10% del número de los trabajadores empleados, en aquellas empresas que ocupen normalmente por lo menos 100 trabajadores pero no lleguen a 300; c) al menos 30, en establecimientos que empleen normalmente a 300 o más trabajadores.

- O bien se produzcan, en un período de 90 días, 20 despidos, como mínimo, cualquiera que sea el número de trabajadores habitualmente empleados en la empresa.

78.- Como es sabido, esta Directiva exige, con carácter previo al despido, la apertura por parte del empresario de un período de consultas con los representantes de los trabajadores acerca de los medios para evitarlo o, en la

³⁴⁴ Hay que tener presente que la modificación introducida con la Directiva 92/56 se añadió un párrafo al apartado primero del art. 1, según el cual, "a efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo primero se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos cinco".

medida de lo posible, mitigar sus consecuencias³⁴⁵.

Al objeto de hacer factible esta participación de los representantes de los trabajadores, se contempla la obligación del empresario de proporcionar a los mismos toda la información pertinente y, en todo caso, comunicarles por escrito una serie de cuestiones relativas al despido (motivos, número y categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos, número y categorías de los trabajadores empleados habitualmente, período en el que se van a desarrollar los despidos, criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, y el método de cálculo de las posibles indemnizaciones

³⁴⁵ Los efectos derivados del incumplimiento de dicha obligación no están contemplados en la propia Directiva, por lo que el tema queda en manos de los distintos Estados miembros. Sin embargo, tal y como señalan los profesores COLINA ROBLEDO, RAMIREZ MARTINEZ, y SALA FRANCO (en *Derecho Social Comunitario*, Valencia, 1991, pág. 307), la consecuencia normal será la invalidez de los despidos efectuados -en el caso de que no exista procedimiento de autorización-, o bien constituirá un elemento a valorar por la autoridad competente a efectos de conceder o no la pertinente autorización -en aquellos casos en que ésta sea exigida-.

La cuestión podía haber quedado resuelta de forma común para todos los Estados miembros, tal y como señala GOERLICH PESET ("Informe técnico-jurídico sobre: el despido colectivo en la Europa comunitaria", *Actualidad Laboral*, nº. 11/15, 1993, pág. 181), de haberse incluido en la Directiva de reforma la previsión contenida en el art. 5 bis de la Propuesta de reforma de 20 de septiembre de 1991, donde se contemplaba expresamente la nulidad de los despidos colectivos realizados sin observar el procedimiento señalado.

derivadas del despido).

Con la modificación de la Directiva 129/75 llevada a cabo por la Directiva 56/92 se ha perdido la oportunidad de introducir expresamente, en este punto, un tratamiento que tuviera en cuenta las peculiaridades de las pequeñas empresas. Efectivamente, como se señala en otra parte de este trabajo, no es infrecuente, sino más bien todo lo contrario, la ausencia de representantes de los trabajadores en estas empresas, por lo que difícilmente podría llevarse a efecto la obligación empresarial de mantener consultas con los representantes de los trabajadores con carácter previo al despido colectivo.

Para conseguir ese tratamiento ajustado a la realidad de las empresas de reducidas dimensiones, habría bastado con que en la Directiva de reforma se hubiera recogido lo contenido en el art. 2.5 de la Propuesta de Directiva hecha por la Comisión³⁴⁶, en el sentido de que cuando no existiesen representantes de los trabajadores en la empresa³⁴⁷, los Estados miembros deberían asegurar la

³⁴⁶ COM(91) 292 final. D.O. 91/C de 30 de noviembre de 1991.

³⁴⁷ Los cuales, según este mismo precepto, no serían obligatorios, a los efectos de esta Directiva, en aquellos centros de trabajo que empleasen normalmente menos de 50 trabajadores.

obligación empresarial de proporcionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo, la misma información que la requerida para sus representantes³⁴⁸.

79.- Otras cuestiones que son destacables acerca de esta norma comunitaria son, de un lado, que dada la definición de despido colectivo que contempla, se deja al margen de la regulación contenida en la Directiva a las empresas con un volumen de empleo inferior a cierto umbral; y, de otro, la necesidad de averiguar a qué trabajadores se refiere cuando establece estos límites.

Así, en relación a la primera de las cuestiones apuntadas, hay que tener presente que la Directiva no vincula al procedimiento en ella previsto a las empresas de 20 o menos trabajadores, en el caso de que se acoja el primer criterio de definición de despido colectivo que la norma comunitaria propone (puesto que éste hace referencia, como umbral mínimo de empleo, las empresas que empleen habitualmente más de 20 trabajadores); mientras que si se parte del segundo criterio a que hace referencia la Directiva, quedan excluidas de su aplicación las empresas con más de 20 trabajadores, quedando vinculadas las que

³⁴⁸ Previsión ésta que seguía manteniéndose en la de Propuesta modificada de Directiva. COM (92) 127 final. D.O. 92/C. de 8 de mayo de 1992.

cuenten con 20, puesto que se exige que ésa sea la cifra mínima de trabajadores afectados por el despido.

Respecto de la segunda, teniendo en cuenta que la Directiva hace continuas referencias a las empresas que empleen "*habitualmente*" un determinado número de trabajadores, la duda que se suscita consiste en si hay que considerar solamente a los trabajadores fijos, o habría que interpretar estas palabras como lo ha hecho la jurisprudencia italiana respecto de su normativa interna, en el sentido de que se tenga en cuenta a todos los trabajadores que formen parte del organigrama empresarial en relación a la real y objetiva capacidad productiva y a la correspondiente fuerza de trabajo requerida³⁴⁹.

b) LA NORMATIVA ESPAÑOLA.

80.- Es en materia de extinción del contrato de trabajo donde se han venido concentrando la mayor parte de los tratamientos diferenciados que el ordenamiento jurídico laboral español realiza según la dimensión de la empresa en lo concerniente al aspecto individual de la relación laboral.

³⁴⁹ MARIANI, M., "Sul numero dei dipendenti dell'azienda necessario perché possa parlarsi di licenziamento collettivo", *cit.*, págs. 600 y ss. (*Vid.* nota nº. 179).

Ello continúa siendo así, puede afirmarse -si bien con menor rotundidad que anteriormente-, aun tras las modificaciones que el E.T. ha sufrido recientemente y por las cuales se ha introducido alguna diversificación, en función del volumen de empleo, de ciertas instituciones que hasta la fecha venían reguladas sin hacer referencia alguna a tal parámetro (como es el caso del período de prueba, de la movilidad geográfica, o de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo).

Por lo demás, hay que tener presente que tales modificaciones también han afectado a la regulación de la extinción del contrato de trabajo, dando una nueva redacción al art. 51 (despidos colectivos) y al art. 52.c) (que contemplaba una modalidad de extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas exclusiva para las empresas de menos de 50 trabajadores).

81.- Las peculiaridades que se presentan en la regulación de la extinción del contrato de trabajo se refieren al despido disciplinario; al despido por causas objetivas; a los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; así como a la extinción del contrato de trabajo en los casos de desaparición del empresario por muerte, jubilación o incapacidad.

a'.- *EL DESPIDO DISCIPLINARIO.*

82.- Respecto de esta modalidad de despido, si bien no existen diferencias en la regulación legal de la misma atendiendo a la dimensión de la empresa, las circunstancias propias de las PYMEs, en las que conflictos de trabajo y conflictos personales no son siempre fáciles de separar, son tenidas en cuenta por los tribunales a la hora de valorar los hechos que motivaron la adopción de semejante sanción. Ello es así porque del elenco de incumplimientos contractuales reseñado en el artículo 54.2 del E.T., alguno puede tener una peculiar significación en las PYMEs.

De este modo se aprecian algunas matizaciones en la argumentación de los tribunales fundadas en la dimensión de la empresa respecto de los motivos señalados en los puntos a) (faltas repetidas e injustificadas de asistencia o impuntualidad), y c) (ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos).

83.- Por otra parte, un aspecto que marca las diferencias con los trabajadores de las empresas mayores en materia de despido disciplinario viene

motivado por la ausencia de representantes unitarios de los trabajadores en las pequeñas empresas, puesto que tales representantes, en virtud de su derecho a ser informados de las sanciones que por faltas muy graves se impongan a los trabajadores (derecho recogido en el art. 64.1.6 del E.T.), podrán intervenir en favor del trabajador para intentar la retirada de la sanción o, cuanto menos, que la misma se suavice.

84.- A continuación se analizan separadamente la incidencia de la dimensión de la empresa en todas estas causas justificativas del despido disciplinario. Asimismo también se efectúa un examen de las consecuencias de la declaración de despido improcedente, (ya que ésta ha sido una sede donde tradicionalmente ha existido un tratamiento favorable para las PYME), y del despido nulo.

a).- FALTAS DE ASISTENCIA.

85.- Generalmente las faltas de asistencia son más graves en una pequeña o mediana empresa que en una grande, dados los mayores perjuicios que se les puede ocasionar en atención a sus peculiares características (mayores dificultades de sustituir al personal ausente, mayor incidencia de la falta

de asistencia sobre el resto de la plantilla...).

Por esto las ausencias en las PYMEs serán juzgadas más severamente, puesto que, como recuerda la S.T.S. de 2 de julio de 1987 (Ar. 5060) "la más reciente -y notoria por reiterada³⁵⁰- doctrina de esta Sala declara que las faltas de asistencia y de puntualidad en el trabajo no operan objetiva y automáticamente, sino que han de ser valoradas atendiendo a su realidad, en el momento en que se han producido y con los efectos que causan"; y porque igualmente deberá tenerse en cuenta "la repercusión del hecho en los demás trabajadores y en la empresa" (SS.T.S. de 25 de marzo de 1981 y de 18 de octubre de 1983, Ar. 1409 y 5100 respectivamente), repercusión que, como hemos señalado, será normalmente mayor en las pequeñas empresas que en las grandes.

b).- OFENSAS AL EMPRESARIO.

86.- Por lo que se refiere al despido disciplinario justificado por las ofensas al

³⁵⁰ Así, entre otras, las SS.T.S. de 21 abril 1983, 18 octubre 1983, 25 octubre 1984, 2 octubre 1986, 18 julio 1988, 31 octubre 1988 (Ar. 1858, 5100, 5331, 5367, 6171, 8189).

empresario o a sus familiares, la relación más estrecha que existe en las empresas de reducidas dimensiones entre trabajador y empresario puede, indudablemente, incidir en la importancia de este tipo de despido, ya que al elemento profesional se le pueden unir, en estas empresas más fácilmente que en otras mayores, circunstancias personales que hagan el clima de trabajo más difícil.

Tales circunstancias han sido tenidas en cuenta por la jurisprudencia a la hora de evaluar el carácter grave y culpable de la actitud ofensiva del trabajador que sirvió de causa justificativa para proceder a un despido disciplinario. Así, en la S.T.S. de 4 noviembre 1983 (Ar. 5569) se tiene en cuenta, como atenuante, el contexto de diaria relación que existía entre los sujetos a la hora de enjuiciar la gravedad de las palabras proferidas por el trabajador, que fueron sancionadas con despido disciplinario. También en las SS.T.S. de 20 junio 1985 y de 24 julio 1989 (Ar. 3433 y 5910) se toma en consideración la continua relación existente entre los sujetos involucrados, y la confianza que la misma origina, para valorar menos severamente las expresiones utilizadas.

87.- Sin embargo el solo hecho de la pequeña dimensión de la empresa y del tiempo que se ha permanecido en ella no sirve para eliminar la gravedad del lenguaje empleado.

En este sentido se manifiesta la S.T.S. de 16 de octubre de 1984 (Ar. 5281) donde el recurrente, el trabajador despedido, pretendía descalificar la gravedad del hecho atendiendo a la duración de la relación laboral (unos 8 años) y al escaso número de los componentes de la empresa, entendiéndose que ello engendró una confianza entre los trabajadores y empresarios que hace desmerecer el valor de las expresiones utilizadas.

Esta argumentación viene rechazada por el Tribunal Supremo cuando, en la citada sentencia, señala que *"sin perjuicio de reconocer que tales circunstancias puedan engendrar familiaridad en el trato, ello no supone que destruya las reglas de mínimo respeto hacia la persona, que es exigible en la conducta de los demás, y esta regla, que debe imperar y rige en la vida de relación social, se traslada al campo laboral como exigencia incorporada en los preceptos del Estatuto de los Trabajadores..."*.

Otras sentencias en las que no se ha estimado la menor gravedad de las expresiones empleadas en virtud del clima de confianza y familiaridad, puesto que han sido utilizadas con evidente intención de ofender, son la S.T.C.T. de 16 de mayo de 1989 (Ar. 3510), y la S.T.S. de 4 de mayo de 1988 (Ar. 3549).

Incluso en algún caso las circunstancias locales y socio-culturales han sido tenidas en cuenta como agravantes de los hechos ya que, *"si de un lado revelan que es admisible una cierta tolerancia en el lenguaje, de otro imponen una mayor exigencia de respeto interpersonal que, si falta, puede acarrear graves consecuencias"* (S.T.S. 24 de noviembre de 1983 -Ar. 5629- en la que se juzga la actitud de un miembro de la tripulación de un buque con sus compañeros).

88.- Así pues, lo que los tribunales hacen es valorar menos severamente el alcance de determinadas expresiones cuando por razones de mayor relación personal el lenguaje se vuelve menos

formal³⁵¹, siempre y cuando no se trate de insultos y calificativos degradantes, empleados con afán ofensivo, que puedan deteriorar la normal convivencia en la empresa. Postura ésta que es acorde con el fundamento del despido disciplinario del artículo 54.2.c del E.T., esto es, el mantenimiento de la convivencia que surge de la relación laboral.

c".- EL DESPIDO IMPROCEDENTE.

89.- En la regulación actual del despido improcedente, contenida en el artículo 56 del E.T., no se aprecian diferenciaciones en atención a la dimensión de la empresa, siendo la consecuencia de la calificación de un despido como improcedente la de que el empresario deberá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una

³⁵¹ Como señala la S.T.S.J. de Tenerife de 16 de abril de 1993 (As. 1888), de acuerdo con la doctrina gradualista y de proporción entre la falta y la sanción, deberá tenerse en cuenta y valorarse como atenuante de la gravedad y culpabilidad del incumplimiento contractual del trabajador, aquellas circunstancias (tales como la antigüedad del trabajador en la empresa, la reducida dimensión de ésta, o el hecho de que el empresario, además de encargarse de la dirección y organización de la empresa, preste trabajos personales en ella), que produzcan una "inevitable familiaridad" de trato entre trabajador y empresario.

indemnización de 45 días de salario por año de servicio con el tope máximo de 42 mensualidades y, además, pagar los salarios de tramitación. Estos son, pues, los efectos de todo despido declarado improcedente, independientemente del tamaño de la empresa. La única especialidad se presenta en el caso de que el despido sea representante legal de los trabajadores, en cuyo caso el derecho de opción corresponderá a los mismos.

90.- No obstante la situación legal del despido improcedente no ha sido siempre así. Basta remontarnos hasta la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 y analizar las disposiciones dictadas desde esta fecha, para observar la inclinación por dar protección a las PYMEs en esta materia.

En la L.C.T. de 1944, en los casos de despido sin causa justificada, se admitía también la posibilidad de optar entre la readmisión o una indemnización. Las diferencias con la actual regulación son: a) que el importe de la indemnización lo fijaba el Magistrado a su prudente arbitrio, dentro del límite de un año de sueldo, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las

circunstancias del trabajador despedido (facilidad o dificultad de encontrar colocación adecuada, cargas familiares, antigüedad en la empresa...); y, b) que sólo en caso de empresas de menos de 50 operarios fijos la opción correspondía al empresario, teniendo derecho a optar el trabajador en los demás casos (art. 81 de la L.C.T.).

Con esta regulación se proporcionaba un cierto trato de favor a las empresas de menos de 50 trabajadores fijos, justificado por los conflictos que podría acarrear la readmisión obligatoria de un trabajador en las empresas de plantilla reducida.

91.- Con el Decreto 2381/73 de 17 de agosto, por el que se modificó el texto refundido de Procedimiento Laboral, la situación quedaba prácticamente igual que con la L.C.T. (derecho de opción entre readmisión o indemnización fijada por el Magistrado, con el límite máximo del sueldo o jornal de un año, en favor del trabajador o del empresario según el número de trabajadores fijos de la empresa). La única novedad radicaba en el reconocimiento del derecho de opción al empresario en todo caso, con independencia del número de trabajadores fijos de la empresa, siempre y cuando

el despido hubiera sido motivado por la supuesta participación del trabajador en un conflicto colectivo con inobservancia de las normas legales vigentes, y salvo que la sentencia declarase que el trabajador no hubiera tenido participación alguna en el conflicto (art. 103).

En el supuesto de que el trabajador hubiera optado por la readmisión pero esta no se produjese o se hiciese irregularmente, la entonces nueva Ley de Procedimiento Laboral preveía que el Magistrado de Trabajo acordase el abono de una indemnización al trabajador, fijando él mismo su cuantía, que no podría ser inferior al sueldo de 6 meses ni superior al de 4 años.

Para la fijación de la cuantía el Magistrado debía atender a determinadas circunstancias que concurrieran en el trabajador (antigüedad en la empresa, cargas familiares y facilidad o dificultad para encontrar nueva ocupación), sin considerar las circunstancias de la empresa -y, por tanto, sin tener en cuenta su dimensión- (art. 208 y ss.). Solamente en el caso de que por sentencia firme se declarase improcedente el despido de un trabajador que ocupase un puesto para el que fuera preciso

ingresar al servicio de la empresa por oposición o concurso-oposición, la readmisión era obligada para la empresa si el trabajador hubiese optado por ella (art. 213).

92.- La Ley de Relaciones Laborales (Ley 16/1976 de 8 de abril) introdujo, en su artículo 35, un importante cambio con respecto de la situación anterior proporcionando una mayor estabilidad en el empleo, al establecer que en caso de despido sin causa justa sólo cabría la readmisión del trabajador despedido, sin posibilidad de sustituir la readmisión por una indemnización³⁵².

Este efecto tenía dos excepciones, no produciéndose cuando las partes hubieran llegado a

³⁵² A pesar de ello, y siendo las innovaciones introducidas por el precepto importantes, esta Ley, en su conjunto, no era tan favorable a la estabilidad en el empleo, ya que como contrapeso al artículo 35, se introdujeron ciertas medidas que la precarizaban: ampliación del plazo de prescripción de las faltas imputables al trabajador, eliminación de la garantía existente anteriormente en favor de los trabajadores ingresados en la empresa por oposición o por concurso-oposición, mayor flexibilidad para los traslados, etc. En este sentido: DE LA VILLA GIL, L.E., en AA.VV. *Relaciones de Trabajo. Comentarios al Real Decreto Ley 17/1977*. Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas. Madrid, 1977, págs. 45 y ss.

un acuerdo para sustituir la readmisión por una indemnización, ni cuando el Magistrado, atendiendo a circunstancias excepcionales que impidiesen la normal convivencia laboral, resolviese dejar sin efecto la readmisión mediante el señalamiento de una compensación económica. Este último punto era de vital trascendencia para las pequeñas empresas, dado que, el menor número de trabajadores por ellas empleados permitía al Magistrado apreciar con más claridad que la readmisión de un trabajador improcedentemente despedido podría acarrear mayores problemas de disciplina y de convivencia laboral en este tipo de empresas.

Como consecuencia de esta potestad valorativa acerca de la convivencia laboral que se atribuía al juez, la pequeña y mediana empresa "no tenía nada que temer"³⁵³ de este artículo 35 de la L.R.L.

93.- El R.D.L. de 8 octubre 1976 suspendió, en principio hasta el 30 de septiembre de 1977, la aplicación del artículo 35 de la L.R.L.,

³⁵³ ALBIOL MONTESINOS, I.; CAMPS RUIZ, L.M.; JUANIZ MAYA, J.R.; LOPEZ GANDIA, J.; RAMIREZ MARTINEZ, J.M.; y SALA FRANCO, T., en *Nueva regulación de las Relaciones de Trabajo (Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo)*. Valencia, 1977, pág. 63.

sustituyéndolo por la disposición contenida en su artículo 10. Esta norma establecía, para el caso de despido sin justa causa, la readmisión del trabajador en la mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, además del pago de los salarios de tramitación.

Ahora bien, para el caso de que el empresario no procediera a la readmisión o lo hiciera irregularmente, este Real Decreto-Ley preveía que el Magistrado sustituyese la obligación de readmitir por una indemnización que, fijada atendiendo a la antigüedad del trabajador en la empresa, a las condiciones del contrato de trabajo que se extinguiera, a las posibilidades de una nueva colocación, así como a las circunstancias personales y familiares del trabajador, no podía ser inferior a dos meses de salario por año de servicio ni exceder de cinco anualidades.

Con esta disposición desaparecen las diferencias de tratamiento del despido improcedente según el tamaño de la empresa, teniendo presente que ni tan siquiera en la fijación de la indemnización se tenía en cuenta la dimensión de la empresa.

94.- Con el Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977 se modifica nuevamente el régimen del despido improcedente. El artículo 37 preveía, como consecuencias del despido improcedente, la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como el pago del salario dejado de percibir desde la fecha del despido hasta la efectiva readmisión del trabajador.

La novedad que con esta Ley se introdujo afectaba a los supuestos de no readmisión o de readmisión no realizada en la debida forma, casos para los que se estableció la sustitución por parte del Magistrado de la obligación de readmitir por la declaración de extinción del contrato de trabajo y la indemnización por resarcimiento de perjuicios.

La cuantía de dicha indemnización, sin que pudiera ser inferior a dos meses de salario por año de servicio ni superior a cinco anualidades, venía fijada por el Magistrado de Trabajo a su prudente arbitrio, considerando la antigüedad del trabajador en la empresa, las condiciones del contrato de trabajo que se extinguiese, las posibilidades de encontrar nueva colocación adecuada, la dimensión

y características de la empresa, así como las circunstancias personales y familiares del trabajador.

El R.D.L.R.T. tenía muy presente el tamaño de la empresa a la hora de establecer la indemnización a entregar al trabajador improcedentemente despedido, ya que, junto a la referencia realizada en el apartado 4º del artículo 37 a la dimensión de la empresa dentro de los criterios a tener en cuenta para la fijación de la cuantía de la indemnización, en el apartado 5º se establecía la posibilidad de que el Magistrado de Trabajo rebajara, a su prudente arbitrio, el tope mínimo de la indemnización en los casos de empresas que ocupasen menos de 25 trabajadores fijos, en atención a las circunstancias concurrentes. De esta forma resultaba que la protección ante el despido otorgada a los trabajadores empleados en estas pequeñas empresas era mínima.

95.-En la Ley 8/1980 de 10 de marzo de Estatuto de los Trabajadores se permite al empresario para que opte, en el caso de despido declarado improcedente, entre la readmisión o el abono de una indemnización (cifrada en 45 días de salario por

año de servicio con el tope máximo de 42 mensualidades) y el pago de los salarios de tramitación.

El derecho de opción corresponde en todo caso al empresario, salvo que se trate de representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso la opción corresponde a los mismos. De este modo el derecho a optar entre la readmisión o la indemnización se hace depender del carácter de representante del trabajador y no de la dimensión de la empresa, tal y como sucedía en la L.C.T. y el Decreto 2381/73, lo que pone de manifiesto que la intención del legislador no fue la de proporcionar una mayor protección a las pequeñas empresas, sino la de proteger a los trabajadores con funciones de representación, para evitar que fueran despedidos por ser considerados molestos por el empleador dada su actividad representativa.

96.- No obstante la preocupación por la pequeña y mediana empresa, manifestada en un tratamiento de favor, no desaparecía en la redacción originaria del E.T.

En efecto, el apartado 4º de su artículo 56

contenía un importante beneficio en favor de las empresas de menos de 25 trabajadores. En estos casos, si el empresario hubiera optado por la indemnización, ésta quedaba reducida en un veinte por ciento y, además, el cuarenta por ciento de la cantidad resultante lo pagaba el Fondo de Garantía Salarial. Con esta disposición el despido improcedente quedaba, por tanto, muy abaratado en las empresas de estas dimensiones, ya que el empresario solamente debería satisfacer el 60% del 80% de la indemnización (esto es, el 48% del total).

Así pues, el artículo 56.4 del E.T. se situaba en la misma línea que el R.D.L.R.T., si bien en este caso ya no jugaba el libre arbitrio del juez para rebajar la indemnización, ya que ahora esta rebaja venía impuesta por la ley.

97.- Esta disposición fue criticada por la doctrina y fue, asimismo, objeto de una cuestión de inconstitucionalidad. A la misma se le acusaba, por parte de la doctrina, de suponer un tratamiento desigual respecto a los despidos disciplinarios y por causas objetivas en las PYMEs de difícil justificación, conduciendo el régimen de favor

proporcionado por esta regulación a que, en la práctica, la pequeña empresa pudiese despedir de un modo privilegiado por causas objetivas o disciplinarias no probadas o injustificadas.

Asimismo se decía que dicha disposición suponía un abaratamiento del despido a costa de una institución (Fondo de Garantía Salarial) cuya finalidad originaria quedaba así desnaturalizada.

Se le achacaba también el producir distorsiones en el régimen jurídico de extinción del contrato de trabajo; y, por último, el que, -al tener un coste económico similar al despido por causas objetivas o económicas o tecnológicas, con la ventaja de no tener que someterse al procedimiento previsto en el artículo 51 del E.T.-, se favorecía el uso fraudulento del precepto, dándose auténticos despidos por causas tecnológicas o económicas camuflados de despido disciplinario.

98.- Por su parte, la Magistratura número 18 de Madrid, planteó una cuestión de inconstitucionalidad sobre este artículo por entender que infringía diversos preceptos constitucionales, tanto desde la perspectiva del

trabajador como de la empresa.

Desde el punto de vista del trabajador porque suponía una desigualdad de trato entre quien era improcedentemente despedido en empresas de 25 o más trabajadores y quien lo era en empresas con menor volumen de empleo, no existiendo, a juicio del Magistrado ponente, una justificación objetiva y razonable de tal desigualdad que eliminase la tacha de inconstitucionalidad.

Desde la perspectiva de la empresa también se producía, siempre a juicio del Magistrado ponente, una discriminación contraria al art. 14 de la C.E., ya que ante un mismo hecho ilícito -despido improcedente- las consecuencias eran distintas para unas y otras empresas. Teniendo presente, además, que con cargo al FO.GA.SA., financiado con la aportación de todas las empresas, se sufragaba la responsabilidad de sólo una parte de las empresas, socializando de este modo la responsabilidad por un acto ilícito.

En la resolución de esta cuestión de inconstitucionalidad se vertieron diferentes consideraciones por parte de los diversos sujetos

intervinientes, no siendo tampoco unánime la sentencia del Alto Tribunal por la que se resolvía la cuestión (S.T.Co. 6/1984 de 24 de enero), ya que el Magistrado Francisco Tomás y Valiente formuló un voto particular.

El punto de partida del análisis de la cuestión fue, visto la evidente diferencia de trato dado a las empresas en atención a su volumen de plantilla, averiguar si la misma tenía una causa suficiente, esto es, si el objetivo perseguido con esta desigualdad tenía una justificación objetiva y razonable.

Según el Tribunal Constitucional, la finalidad de la distinción realizada por el art. 56.4 del E.T. era, dada la estructura económica española, donde el número de pequeñas y medianas empresas era -y es- preponderante, la de proteger a la pequeña y mediana empresa en conexión con una consideración global de la crisis del empleo y de la forma de salir de ella, puesto que es a este tipo de empresa al que se le ha venido atribuyendo una mayor aptitud para la creación de empleo.

Siendo, por lo tanto, la protección a la PYME

la finalidad del artículo 56.4 del E.T., el citado Tribunal mantuvo que cabría conectar la misma con principios de política social y económica y fines o bienes constitucionalmente protegidos, de manera que resulta que dicha finalidad no es en sí misma contraria a la Constitución, ya que conecta con la potestad legislativa del Estado para la ordenación de la economía (reconocida en los arts. 38 y 53.1 de la C.E.) y para regular distintas relaciones de trabajo con un régimen diverso (art. 35.2), e incluso con las características del Estado Social de Derecho (art. 1).

En segundo lugar, en el análisis de la constitucionalidad del art. 56.4 del E.T., se valoraba la existencia de una relación de proporcionalidad entre los medios empleados (reducción de la indemnización en caso de despido improcedente en empresas de menos de 25 trabajadores), y la finalidad perseguida (protección a las PYMEs), así como si el criterio de diferenciación escogido (empresas de más o menos de 25 trabajadores) era acorde con la Constitución.

El Tribunal Constitucional, al efectuar el análisis del alcance y sentido de las medidas

adoptadas, y en respuesta a las críticas vertidas sobre el criterio de diferenciación³⁵⁴, atendía al carácter de la indemnización, resultando que, según este Tribunal, se trataba de una indemnización "ex lege", sin relación alguna con los perjuicios ocasionados (puesto que de otro modo la distinción de la indemnización según el número de trabajadores sí sería discriminatoria), valorada en función del tiempo de duración de la relación laboral y del número de sus trabajadores, debiéndose considerar como una cantidad que sustituía a la indemnización por daños y perjuicios, y que operaba de modo similar a la cláusula penal en los contratos.

Desde esta perspectiva, el que la cuantía fuese

³⁵⁴ Críticas procedentes tanto por parte del Magistrado ponente como por parte del Abogado del Estado, que entendían que es contrario a la Constitución dar un trato desigual a los trabajadores en función de una circunstancia personal o social, sin considerar las circunstancias económicas de la empresa, por cuanto, como argumentaba el Abogado del Estado, una disminución de los costes de la indemnización por despido improcedente para las pequeñas y medianas empresas sólo es admisible con respecto de aquellas cuya mala situación económica hiciera imposible o muy difícil el pago de la indemnización, pudiendo producirse en otro caso una discriminación contraria al art. 14 de la C.E. entre empresas de menos de 25 trabajadores que se encuentren en buena y mala situación económica; estimando, por lo demás, que el criterio adoptado no es índice seguro de la capacidad económica de las empresas, dado el contexto tecnológico en el que se desenvuelven.

inferior en las PYMEs suponía una desigualdad que estaba en consonancia con la finalidad de protección a las mismas dadas sus mayores dificultades económicas y la mayor dificultad de convivencia que la readmisión podía producir en ellas, todo ello prescindiendo de que en casos concretos la situación económica de una pequeña empresa fuese mejor que la de una grande, o que las dificultades de la convivencia fueran menores, ya que al regular el legislador el sistema de extinción de forma global, la valoración de si la desigualdad era o no discriminatoria debía hacerse en términos generales³⁵⁵.

³⁵⁵ Con esta apreciación no coincidía plenamente el Magistrado Francisco Tomás y Valiente, que fue el autor del voto particular a esta sentencia. Este Magistrado consideraba justificado, en base a finalidades de política social, que la cuantía de la indemnización no consistiese en el resarcimiento individualizado de los perjuicios producidos. Igualmente entendía justificado, en atención a los mismos criterios de política social, la protección a las empresas de menos de 25 trabajadores.

Sin embargo no estimaba justificada la reducción de la indemnización que recibía el trabajador en los casos en que éste prestase sus servicios en empresas de menos de 25 trabajadores, juzgando conveniente la socialización de la financiación del 20% en que se reducía la indemnización en estos supuestos, de modo que no recayese sobre el trabajador, evitando con ello que el trabajador se viese doblemente perjudicado, primero por el despido improcedente y, posteriormente, por ser el sujeto que debía soportar la reducción de la indemnización en virtud del beneficio otorgado por la Ley al autor del acto ilícito que dio lugar a la misma.

99.- Con la Ley 32/84 de 2 de agosto, por la que se modifica el E.T., se derogó el mecanismo de apoyo a la pequeña y mediana empresa contenido en el apartado 4º del artículo 56, siendo sustituido por el del artículo 33.8 en redacción dada por esta misma Ley: desaparecía la reducción del 20% de la indemnización legal que recibían los trabajadores en caso de despido improcedente para pequeñas empresas, y se mantenía, para empresas de menos de 25 trabajadores, el que el Fondo de Garantía Salarial abonase el 40% de la indemnización legal que les correspondiese, pero procediendo exclusivamente en el caso de trabajadores cuya relación laboral se hubiera extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 del E.T.

La razón de la supresión de este mecanismo de apoyo a la PYME no era otra que la de evitar el uso fraudulento que se había detectado del art. 56.4, a través del cual extinciones de contrato que en realidad se debían a causas económicas o tecnológicas se tramitaban por la vía del despido disciplinario.

100.- En todo caso, tras la sentencia del

Tribunal Constitucional declarando que el artículo 56.4 del E.T. no era contrario a la Constitución, no se plantearía problema alguno para la reincorporación de este tipo de medidas en apoyo para las PYMES, tal y como se solicita desde sectores empresariales.

d".- EL DESPIDO NULO.

101.- En los artículos 280 y ss. de la nueva Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por el R.D.L. 521/1990 de 27 de abril, se establece el procedimiento para garantizar la ejecución, en sus propios términos, de la sentencia firme que declare el despido nulo.

Entre las medidas a adoptar para lograrlo, el art. 282 de esta norma señalaba, hasta que ha sido derogado por la Ley 11/1994, la obligación del empresario de ingresar una cantidad, no inferior al importe del salario diario del trabajador ni superior a cuatro veces esa cantidad, por cada día de retraso en el cumplimiento de la obligación de readmitir, debiendo fijarse el importe de dicha cantidad por el juez, quien debería atender para ello las circunstancias en que se produjo el

despido, la dimensión y situación económica de la empresa y el puesto que ocupaba el trabajador.

De este modo, la dimensión de la empresa jugaba algún papel, si bien pequeño, en la regulación del despido nulo. En la actualidad, tras la supresión del art. 282 de la L.P.L. ha desaparecido esta referencia a la dimensión de la empresa, con lo que en el régimen jurídico del despido nulo no se encuentra posibilidad alguna de otorgar un tratamiento diferenciado a las pequeñas y medianas empresas.

b'.- *EL DESPIDO POR CAUSAS OBJETIVAS.*

102.- Hasta la reforma sufrida por el Estatuto de los Trabajadores en virtud de la Ley 11/1994 de 19 de mayo, era en relación al despido por causas objetivas, regulado en el artículo 52, donde el Estatuto introducía un régimen de extinción de los contratos de trabajo exclusivo para las pequeñas empresas. Se trataba de la disposición contenida en el punto c) de este artículo que establecía, para las empresas de menos de 50 trabajadores, la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo *"por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo*

individualizado, cuando no proceda utilizar los servicios del trabajador en otras tareas de la Empresa en la misma localidad."

Pero la limitación de esta causa de extinción de la relación laboral a las empresas que no alcanzasen el umbral de los 50 trabajadores no siempre existió: el precedente inmediato de la norma (el art. 39.1.c) del R.D.L.R.T. de 4 de marzo de 1977)³⁵⁶, no limitaba esta causa de despido para las pequeñas empresas. De esta forma, el despido objetivo por necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo no era una medida exclusiva de las pequeñas empresas.

Tampoco en el texto del Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores venía recogida esta medida como algo exclusivo de las empresas de menos de 50 trabajadores.

³⁵⁶ Norma que contempló, por vez primera en el ordenamiento español, la figura del despido por razones objetivas basado en necesidades de funcionamiento de la empresa. Concretamente por los motivos contenidos en el artículo 49, en los apartados b) (falta de adaptación del trabajador a las modificaciones tecnológicas de su puesto de trabajo); c) (necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo); y d) (faltas de asistencia al trabajo). No así por el motivo contenido en el apartado a) referido a la ineptitud del trabajador, puesto que ya la Ley del Contrato de Trabajo de 1944 lo contemplaba como causa justa de extinción del contrato de trabajo en su artículo 77.

La reducción del ámbito de esta causa de despido objetivo a las pequeñas empresas fue propuesta, en la Comisión de Trabajo del Senado, por el Grupo Parlamentario Catalunya, Democracia i Socialisme y por el Socialista.

En la defensa de la enmienda presentada por el Grupo Socialista (enmienda nº. 42), su portavoz se basó en el tema del reparto de riesgos que supone el artículo 52 del E.T. (artículo 50 en el proyecto), alegando que en caso de incumplimiento o de imposibilidad de cumplimiento de la obligación, los riesgos se reparten según cual sea la esfera a la que se pueden imputar, y que, si bien en el caso de ineptitud del trabajador el riesgo corresponde al trabajador, en los supuestos de falta de adaptación del trabajador a las modificaciones realizadas en su puesto de trabajo y de necesidad de amortizar un puesto de trabajo individualizado, los riesgos hacen más referencia a la esfera del empresario.

Siguiendo con la defensa de esta enmienda, se decía que no todas las empresas pueden eludir el riesgo de responder a los acontecimientos que hagan imposible una continuación del contrato de trabajo por haber sobrevenido una causa que impida el cumplimiento de la

obligación, y que, como el criterio de 50 trabajadores es el utilizado como definitorio de una empresa en la cual no cabe normalmente apreciar los avances de la tecnología ni la organización de una estructura empresarial moderna, parecía razonable limitar el despido por causas objetivas de los apartados b) y c) del art. 50 del proyecto (52 en el texto definitivo) a estas empresas. Se trataba, pues, de no extender una protección a aquellas empresas que, presumiblemente, dadas sus dimensiones, no necesitarían de la misma.

El portavoz del *Grupo Parlamentario Centrista* se manifestó en contra de dicha enmienda argumentando que las causas citadas en el artículo 52 se fundamentan en circunstancias que concurren en todo tipo de empresas, independientemente de la dimensión de su plantilla, por lo que ésta resultaba irrelevante.

En la votación que siguió en la Comisión de Trabajo esta enmienda fue rechazada por 13 votos en contra frente 9 a favor y 1 en blanco.

La redacción del art. 52.c) del E.T., en virtud de la que se limitaba esta modalidad de extinción del contrato de trabajo a las empresas de menos de 50 trabajadores, se aprobó en el Pleno del Senado, donde

este precepto aparecía modificado respecto del aprobado por la Comisión de Trabajo.

El Presidente del Senado advirtió de dicha modificación (a propuesta de los Grupos Parlamentarios de *Catalunya, Democracia y Socialisme; Socialista Andaluz; Socialista; y Unión de Centro Democrático*), que se produjo al permitir la Mesa del Senado que fuesen admitidas propuestas de modificación con posterioridad al término del plazo de formulación de votos particulares. Preguntados los Grupos Parlamentarios, no se opusieron a esta modificación, con lo que la misma se incorporó al texto del dictamen y fue votada como parte de él, quedando aprobada.

Por último, en el debate en el Pleno del Congreso de los Diputados sobre las modificaciones introducidas por el Pleno del Senado se aceptaron las enmiendas del Senado respecto del art. 52, aprobándose finalmente la limitación del despido objetivo por amortización individual de un puesto de trabajo a las empresas de menos de 50 trabajadores.

103.- Sin embargo, la introducción de semejante límite tampoco parece que hubiera tenido gran relevancia pues, tal y como ya puso de relieve la

doctrina con anterioridad al E.T., el hecho de que esta causa de extinción estuviera supeditada a la imposibilidad de utilizar al trabajador en otro puesto de trabajo (el cual debía ser adecuado a la titulación, categoría e ingresos salariales del trabajador, tal y como exigía el Tribunal Supremo en sentencia de 24 abril 1982 -Ar. 2511-), hacía que sólo tuviera sentido en este tipo de empresas, por ser difícil que en las grandes no se pudiera efectuar un traslado a otro puesto de trabajo adecuado³⁵⁷.

104.- Así pues, las empresas de menos de 50 trabajadores tenían reconocida una doble posibilidad para extinguir un contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas: la del artículo 51, que exigía -y exige-, expediente administrativo previo, cuando el despido afecte a un colectivo de trabajadores; y la del artículo 52.c), que, al seguir el procedimiento previsto en el art. 53, no exigía ni negociación con los representantes de los trabajadores ni autorización de la autoridad competente, aplicable en las ocasiones en que el despido afectase a un único trabajador.

³⁵⁷ En este sentido también se manifiesta la S.T.C.T. de 10 de octubre de 1980 (Ar. 5118).

Al no exigir ni negociación con los representantes de los trabajadores ni autorización previa alguna, la iniciativa para resolver los contratos quedaba, en los casos en que fuera de aplicación el art. 52.c) del E.T., en manos del empresario, puesto que tan solo debía probar la necesidad de amortizar el puesto de trabajo de que se tratase. Prueba que, por lo demás, solamente era necesaria *a posteriori*, si el trabajador decidía impugnar la decisión empresarial. De este modo, como pone de relieve GOERLICH PESET³⁵⁸ con palabras de la S.T.S. de 27 de julio de 1989 (Ar. 5926), la posibilidad contemplada en el art. 52.c) para las empresas de menos de 50 trabajadores suponía simplemente *"una alternativa más ágil y rápida"*, para la extinción contractual basada en causas económicas o tecnológicas.

Es precisamente por esta mayor facilidad para proceder al despido por lo que en no pocas ocasiones, tal y como se ha venido denunciando desde diversos sectores, se han realizado *"cadenas"* de despidos individuales para llevar a efecto reestructuraciones de plantilla que deberían haber seguido la vía del art. 51 del E.T. Práctica fraudulenta ésta que ha sido posible

³⁵⁸ GOERLICH PESET, J.M., *El Despido Económico y Tecnológico...*, cit., pág. 84.

en la medida en que tanto la doctrina³⁵⁹ como la jurisprudencia³⁶⁰ habían admitido la posibilidad de que se acudiese a la extinción prevista en el art. 52.c) aun después de haberse ya utilizado, o incluso tras un expediente de regulación de empleo, siempre y cuando aquélla no respondiese a las mismas causas que las extinciones anteriores, criterio éste cuya concreción podía llegar a ser "*bastante difícil*"³⁶¹.

105.- Tras la reforma operada por la Ley 11/1994, la causa de extinción contemplada en el art. 52.c) ha desaparecido, quedando este artículo como complementario a lo previsto en el art. 51 sobre despidos colectivos, de modo que, como señala el precepto en su actual redacción, "*cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo*", será posible la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, debiendo seguirse el procedimiento previsto en el art. 53.

³⁵⁹ AA.VV. *Nueva regulación de las Relaciones de Trabajo*, cit., págs. 73 y 74.

³⁶⁰ SS.T.C.T. de 28 de octubre de 1981 (Ar. 6212), y de 10 de junio de 1983 (Ar. 5482).

³⁶¹ GOERLICH PESET, *op. cit.*, págs. 228 y 229.

106.- Una última apreciación cabe realizar en torno al despido por causas objetivas en las pequeñas empresas, si bien no referida a la causa contenida en el apartado c) del art. 52 del E.T., sino al apartado d) de este mismo precepto (por faltas de asistencia al trabajo), y como consecuencia nuevamente de la falta de representantes de los trabajadores en estas empresas.

En este apartado se recoge la posibilidad de extinguir el contrato por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, que alcancen el 20% de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25% en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del centro de trabajo supere el 5% en estos mismo períodos de tiempo. De esta última coletilla precisamente se deriva la importancia de la existencia de representantes de los trabajadores, ya que éstos tienen la posibilidad de controlar el índice de absentismo a través de la información a que tienen derecho al respecto³⁶².

³⁶² Es el art. 64.1.7. del E.T. el que establece el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados por el empresario, trimestralmente al menos, del índice de absentismo que se haya producido en la empresa así como de sus causas.

c'.- LOS DESPIDOS COLECTIVOS.

107.- Con relación a esta causa de extinción del contrato de trabajo se plantean tres órdenes de peculiaridades respecto de la pequeña y mediana empresa, relativos, uno al propio concepto de despido colectivo, formulado atendiendo, entre otros criterios, a la dimensión de la empresa; otro al procedimiento para efectuar estos despidos; y, el tercero, referido a la indemnización a percibir por el trabajador afectado.

a".- CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO.

108.- Con anterioridad a la reciente reforma del art. 51 del E.T. producida por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, la normativa española no recogía una definición "correctora"³⁶³ de los despidos colectivos tal y como hace la Directiva 129/75, en virtud de la cual la aplicación de la normativa de los despidos colectivos se reserva, como hemos visto, para aquellos supuestos en los que el número de despidos sobrepase, en un determinado período de

³⁶³ Correctora en tanto que del concepto de despidos colectivos quedan excluidos algunos que, aun siéndolo conceptualmente, se consideran jurídicamente como despidos individuales plurales.

tiempo y según el número de trabajadores empleados en la empresa, el mínimo establecido.

La ausencia de una definición de despido colectivo, así como la distinta configuración jurídica de este régimen de extinción de la relación laboral, había levantado el debate acerca de la adecuación de nuestra normativa a lo dispuesto en la Directiva 129/75, concluyéndose que la regulación normativa que la legislación española hacía de la extinción por causas económicas, tecnológicas y fuerza mayor se adecuaba a las previsiones de la norma comunitaria, por cuanto ésta establece un régimen mucho más flexible que el existente en nuestro país hasta hace pocas fechas³⁶⁴.

³⁶⁴ Así, por ejemplo, COLINA ROBLEDO, RAMIREZ MARTINEZ y SALA FRANCO (*op. cit.*, pág. 311) han considerado que la ausencia de una noción de despido colectivo en la normativa española no era contraria a la Directiva de 1975, en tanto que ello no supone sino una ampliación del ámbito de aplicación de las normas sobre despido colectivo, lo que queda cubierto por el art. 5 de la propia Directiva al admitir normas nacionales más favorables. Incluso la propia Comisión reconocía en su informe dirigido al Consejo sobre el grado de aplicación de la Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos que la normativa española era ampliamente conforme con la intención general de la Directiva e incluso con la mayor parte de las soluciones específicas de ésta. *Rapport de la Commission au Conseil sur l'état d'application de la directive concernant*

109.- Con la nueva regulación dada a los despidos colectivos, la normativa española se acerca más a las previsiones contenidas en la Directiva, contemplando una definición de despido colectivo similar a la contenida en la Directiva 129/75, adquiriendo el volumen de empleo de la empresa, por consiguiente, un destacado papel en la diversificación del régimen jurídico de los despidos colectivos.

De este modo, según el art. 51 del E.T., en su redacción actual, se consideran despidos colectivos, *"la extinción del contrato de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción"*, cuando, en un período de 90 días, la extinción afecte a un determinado número de trabajadores en función del volumen de empleo de la empresa:

- Al menos 10 trabajadores en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores.
- Al menos el 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa, en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.

le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs (Directive du Conseil 75/129 du 17 février 1975), -SEC.(91) 1639 final-, pág. 77.

- 30, por lo menos, en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores.

Además, como dispone este mismo precepto, también constituirán despidos colectivos, la extinción de los contratos de trabajo, producida como consecuencia de la cesación total de la actividad empresarial debido a alguna de las causas referidas, que afecte a la totalidad de la plantilla, *"siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco"*.

De este modo, las empresas de menos de 6 trabajadores quedan excluidas completamente del régimen jurídico previsto en el art. 51 del E.T., mientras que las de más de 5 pero menos de 10 también quedarán excluidas siempre que no se trate de una extinción que afecte a todos los trabajadores de la empresa. En tales casos, se deberá estar a lo dispuesto, para la extinción de contratos de trabajo fundada en alguna de las causas referidas, en los artículos 52.c), -según redacción dada por la Ley 11/1994-, y 53 del E.T.

110.- En relación al concepto de despido colectivo cabe apreciar alguna diferencia con los parámetros propuestos por la Directiva 129/75.

Según ésta, y como ya se ha visto, quedan fuera del régimen previsto en la misma las empresas de 20 o menos trabajadores, si se acoge el primer criterio definitorio (referido a un período de 30 días); o las de menos de 20, si al que se atiende es al segundo de los criterios propuestos (que se refiere a un período de 90 días).

Estas diferencias en la dimensión de las empresas parece deberse, como entiende GOERLICH PESET³⁶⁵, y se desprende del informe del C.E.S. emitido a petición del Gobierno sobre la reforma del mercado de trabajo, en *"las dimensiones típicas de la empresa española, -normalmente inferiores a las europeas-"*³⁶⁶.

111.- Por lo que se refiere al cómputo del número de extinciones de contratos para determinar la aplicación o no de las reglas previstas en el art. 51 E.T., este precepto establece que se tengan en cuenta todas aquellas extinciones producidas por iniciativa del empresario en virtud de otros

³⁶⁵ GOERLICH PESET, J.M., *El Despido Económico y Tecnológico*, cit., pág. 524.

³⁶⁶ "Dictamen del Consejo Económico y Social...", cit., pág. 109.

motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el apartado tercero del artículo 49 del E.T. (expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato), siempre que su número sea, cuanto menos, de cinco³⁶⁷.

Se recoge así lo dispuesto en la Directiva 129/75 (tras la modificación introducida por la Directiva 56/92), si bien cabe apreciar una diferencia entre lo establecido en la Directiva y lo previsto en el E.T.: en la norma comunitaria no se excluye expresamente del cómputo de extinciones a las que se produzcan por la llegada a término de la duración del contrato (sea por expiración del tiempo convenido o por la ejecución de la obra o servicio objeto del contrato).

No obstante no parece que ello contravenga lo previsto en la Directiva, pues en todo caso estas extinciones no se producen por iniciativa del

³⁶⁷ Como señala GOERLICH PESET, este inciso "se refiere, sin duda, a las jubilaciones anticipadas o bajas incentivadas que suelen acompañar a los fenómenos de regulación de empleo" ("La extinción del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores reformado: el nuevo régimen del despido disciplinario y de los despidos por causas económicas", *Tribuna Social*, nº. 43, 1994, pág. 83).

empresario.

112.- En último término, sobre la definición de lo que constituye despido colectivo, hay que destacar el intento del legislador de evitar las prácticas fraudulentas tendentes a evitar el procedimiento previsto en el art. 51, consistentes en realizar sucesivas extinciones en un número inferior a los umbrales señalados. En tales casos, y siempre que no concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, *"las nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de Ley, y serán declaradas nulas y sin efecto"*.

Resulta así que los intentos del legislador por evitar la utilización fraudulenta de las disposiciones del E.T. referidas a los despidos colectivos van a tropezar con el mismo inconveniente con el que se encontraba el recurso fraudulento al antiguo art. 52.c) del E.T., esto es, la dificultad que existe para probar si existe o no esa identidad de causas³⁶⁸.

³⁶⁸ *Vid. supra.*

*b".- EL PROCEDIMIENTO PARA LA EXTINCIÓN DEL
CONTRATO DE TRABAJO POR DESPIDOS COLECTIVOS.*

113.- También el procedimiento para efectuar el despido colectivo se ha visto afectado por las modificaciones introducidas por la Ley 11/1994. Sin embargo, hay que empezar este apartado dedicado al procedimiento (dadas las posturas encontradas que al respecto han mantenido los agentes sociales, y en virtud de la centralidad que la cuestión ha tenido en los distintos debates referidos a la modificación del procedimiento de extinción de los contratos de trabajo por despido colectivo), señalando que tales modificaciones no han supuesto la total eliminación del requisito de autorización administrativa previa, puesto que el apartado segundo del art. 51 contempla la necesidad de que el empresario solicite autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento previsto en este precepto legal.

La cuestión de la necesidad de obtener una autorización previa a las reducciones de plantilla ha sido de siempre objeto de una reivindicación empresarial, con más fuerza si cabe para las PYMES,

tendente a obtener su desaparición³⁶⁹.

Con la nueva redacción dada a los artículos 51 y 52.c) del E.T., se ha dado en parte satisfacción a las demandas empresariales, ya que si bien la autorización administrativa previa permanece en

³⁶⁹ En apoyo de esta pretensión las posturas empresariales recuerdan el hecho de que la Directiva de la C.E.E. 129/1975 de 17 de febrero no exige autorización administrativa alguna para proceder a este tipo de despido, exigiéndose la adecuación de la normativa española a esta Directiva. Olvidan, sin embargo, quienes reivindican semejante adecuación que, tal y como señala el artículo 5 de dicha Directiva, la misma "no menoscaba la facultad de aplicar o establecer disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables a los trabajadores", de modo que esta Directiva no hace sino establecer un suelo normativo, un mínimo que permite la existencia de regulaciones más favorables para los trabajadores en esta materia, habiendo considerado la doctrina (ALVAREZ ALCOLEA, M., "Autorización administrativa, despidos colectivos y convergencia", Jornadas sobre política de convergencia y reformas laborales del mercado de trabajo, San Sebastián, 1992, pág.6; LOPEZ LOPEZ, J., "La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español: La Directiva de 17 de febrero de 1975 sobre despidos colectivos", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 27, 1986, pág. 363; RAMIREZ MARTINEZ, "Extinción del contrato de trabajo por causas económicas: normas comunitarias y régimen español", *Actualidad Laboral*, nº. 33, 1987, pág. 1817), que la exigencia de autorización administrativa es un requisito de la legislación nacional más favorable a lo regulado en la Directiva.

Por lo todo anterior cabe concluir que, en lo que a esta cuestión se refiere, la normativa española se adecúa perfectamente a las directrices fijadas por la norma comunitaria, de modo que, lo que se podrá exigir será, en todo caso, que la regulación española sobre la materia recoja exclusivamente el mínimo marcado por aquella.

términos generales, ésta ha desaparecido en los supuestos en que se trate de empresas de reducidas dimensiones, esto es, respecto de aquellas empresas que no alcancen los umbrales de ocupación a que hace referencia el art. 51 para definir lo que constituye un despido colectivo.

114.- Una vez apuntado lo anterior, se trata ahora de analizar las modificaciones que ha experimentado el procedimiento de despidos colectivos, y en qué medida la dimensión de la empresa juega como factor diversificador en este punto.

115.- Las especialidades que presenta el procedimiento en el caso de que sean PYMES las empresas que insten el expediente derivan, unas veces, de la voluntad del legislador y, otras, de las propias características de estas empresas.

1º.- ESPECIALIDADES DERIVADAS DE LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR.

116.- Hasta la reciente reforma existía un triple procedimiento para llevar a cabo los despidos por causas económicas o tecnológicas: un

procedimiento "ordinario" (el que debía seguirse en virtud de las reglas contenidas en el art. 51 del E.T.); y dos procedimientos "abreviados", (el derivado de las especialidades procedimentales previstas en el art. 51.13; y el contemplado en el apartado c) del art. 52), siendo la dimensión de la empresa, así como la repercusión social que pudieran tener estos despidos, los factores que determinaban el seguimiento de uno u otro procedimiento³⁷⁰.

De este modo, la primera modalidad del procedimiento "abreviado" quedaba relegada a las empresas cuyo personal no excediese de 50 trabajadores, así como para los casos en que los trabajadores afectados no superasen el 5 por 100 del personal del centro; mientras que la segunda modalidad era de aplicación exclusiva en las empresas de menos de 50 trabajadores.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, los plazos se reducían a la mitad (computándose las fracciones por exceso), y la documentación justificativa era la estrictamente necesaria a

³⁷⁰ GOERLICH PESET, J.M., *El Despido Económico y Tecnológico*, cit., págs. 203 y ss.

juicio de la Autoridad laboral competente. Además, no era preceptivo, ni en los casos de empresas de menos de 50 trabajadores, ni cuando el expediente estuviera motivado por causas tecnológicas o fuerza mayor, que el informe de un censor jurado de cuentas figurase entre la documentación justificativa que el empresario debía aportar a la hora de solicitar de la autoridad laboral autorización para la extinción de los contratos, cuando no se hubiera logrado alcanzar un acuerdo con los representantes legales de los trabajadores (art. 51.5).

Como consecuencia de la reducción de los plazos contemplados en la antigua redacción del artículo 51 del E.T., resultaba en estos casos: a) que el período de discusión y consultas con los representantes de los trabajadores a que venía obligado el empresario, tenía una duración de 15 días naturales, en lugar de los 30 contemplados con carácter general; b) que concluido ese período con acuerdo entre las partes, éste se debía notificar a la autoridad laboral, quien tenía que determinar la extinción en el plazo de 8 días; c) que, en los supuestos en que no se hubiese alcanzado un acuerdo tras el citado período, el empresario debía

solicitar autorización de la autoridad laboral, la cual tenía que resolver en el plazo de 15 días; d) y, por último, que en el término de 8 días debía presentar recurso de alzada, el cual debía resolverse en el plazo de 8 días naturales.

Ante esta reducción automática de los mencionados plazos en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores o cuando los trabajadores afectados no superen el 5% del personal del centro, se planteaba la cuestión de si la normativa española se adecuaba o no a las directrices fijadas por la Directiva 129/75.

En la disposición comunitaria se señala únicamente que deberá mediar un plazo de 30 días desde la notificación de los despidos a la autoridad competente y la efectividad de los mismos (art. 4.1), y si bien se contempla la posibilidad de que tal plazo sea reducido, se atribuye la facultad de hacerlo a la autoridad competente³⁷¹.

De este modo parece que lo que el legislador

³⁷¹ El párrafo segundo del artículo 4.1 de esta Directiva dice "Los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente la facultad de reducir el plazo contemplado en el primer párrafo".

comunitario ha pretendido no es sino que, en atención al caso concreto, la autoridad que deba tratar del asunto decida, para evitar perjuicios innecesarios derivados de una dilación excesiva del procedimiento, el acortamiento del citado plazo³⁷². Sin embargo, lo que el ordenamiento español contemplaba era una reducción *ex lege* del plazo, ya que con lo establecido en el artículo 51 del E.T. se producía una reducción automática, en atención al criterio objetivo de la dimensión de la empresa o del porcentaje de trabajadores afectados, no dejando posibilidad alguna para que la autoridad decidiese acerca de la cuestión³⁷³.

La segunda modalidad del procedimiento "abreviado", era la contemplada en el art. 52.c) del E.T. para los casos de empresas de menos de 50 trabajadores, siempre y cuando la extinción tuviera

³⁷² En este sentido: COLINA ROBLEDO, M; RAMIREZ MARTINEZ, J.M.; y SALA FRANCO, T., *Derecho Social Comunitario, cit.*, pág. 308.

³⁷³ Subrayando la disparidad existente entre la normativa comunitaria y la antigua redacción del E.T. en este punto: RAMIREZ MARTINEZ, J.M. "Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas...", *cit*, pág. 1816.

un alcance individualizado³⁷⁴, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente.

117.- Finalmente, por lo que se refiere al fundamento de semejantes simplificaciones, éste se encontraba, como apuntaba GONZALEZ ORTEGA³⁷⁵, de un lado, en la toma en consideración de la escasa capacidad económica de las PYMEs, las cuales no se encuentran en condiciones de soportar una situación de incertidumbre económica demasiado prolongada, consecuencia de una dilación procedimental excesiva. Por otra parte, se consideraba que la pequeñas empresas no tenían, en la mayoría de los casos, la capacidad técnica para elaborar todos los documentos que se requieren en el procedimiento de despido colectivo. Pero la razón última radicaba en la escasa repercusión numérica que suelen poseer los despidos colectivos en las pequeñas empresas.

³⁷⁴ Si bien esta modalidad de extinción del contrato de trabajo quedaba incluida dentro de los despidos objetivos, lo cierto es que, como señala GOERLICH PESET, "el art. 52.c) E.T., aunque incluiría otros supuestos (señaladamente, la fuerza mayor) sería también un supuesto de despido económico y/o tecnológico que, por razones de oportunidad, queda exceptuado del tratamiento general". GOERLICH PESET, J.M., *El Despido Económico y Tecnológico...*, cit., pág. 83.

³⁷⁵ GONZALEZ ORTEGA, S. "Piccola Impresa ...", cit., págs. 77 y 78.

118.- Ahora bien, si una de las razones que explicaba este régimen diferenciado para proceder a los despidos por causas económicas o tecnológicas era el de proporcionar una protección a las pequeñas y medianas empresas, cabe señalar, a este respecto, la perplejidad que a estos efectos causaba la no utilización de un único umbral para determinar la diversificación procedimental (mientras que el procedimiento abreviado del art. 52.c) y el apartado 5º del art. 51, -a la hora de liberar de la obligación de incluir el informe de un censor jurado de cuentas-, se referían a empresas de menos de 50 trabajadores; el art. 51.13 hablaba de empresas cuyo personal no excediese de 50 trabajadores, incluyendo, por lo tanto, a aquellas que llegasen a reunir, sin sobrepasarla, la cifra de 50), lo que demuestra una cierta confusión a la hora de decidir lo que constituye una pequeña o mediana empresa.

119.- Por lo demás, el hecho de que existiera un doble procedimiento para las empresas de dimensiones más reducidas, no debe sorprender, por cuanto una de ellas, -la del art. 52.c)-, no sólo se establecía en función de la dimensión de la empresa sino también en atención al carácter

individualizado de la extinción³⁷⁶.

120.- Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, el procedimiento para efectuar a despidos colectivos ha variado notablemente. Sin embargo, tras esta reforma, la importancia del factor dimensional no sólo no ha disminuido sino que se ha visto reafirmada³⁷⁷, y ello no sólo por la relevancia que ha adquirido este parámetro en la definición de lo que constituye un despido colectivo, sino también, -y como resultado de ello-, por las importantes consecuencias que el mismo supone a la hora de proceder a despidos que responden a unas mismas causas.

De este modo, las extinciones que queden englobadas dentro de lo que se ha definido como despido colectivo, quedan sujetas al procedimiento contemplado en los apartados segundo y siguientes del art. 51.

³⁷⁶ Así lo señala GOERLICH PESET, *"El Despido..."*, cit., pág. 213.

³⁷⁷ En este mismo sentido, DEL REY GUANTER, *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*, cit., pág. 75.

121.- Lo anterior supone, como primera consecuencia, que el empresario deberá recabar autorización de la Autoridad Laboral competente, para proceder a la extinción de los contratos de trabajo, debiendo acompañar a la solicitud que se le presente a aquella, la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores, debiendo adjuntar en ambos casos *"toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar"*.

Esta consulta con los representantes de los trabajadores tiene señalado un plazo máximo que varía en función del volumen de efectivos de la empresa: si bien se establece el plazo de 30 días con carácter general, el mismo viene reducido a 15 días en el caso de empresas de menos de 50 trabajadores. El potencial menor número de trabajadores que pueden verse afectados y, por consiguiente, el menor número de situaciones a discutir, parecen constituir el fundamento de esta rebaja temporal en la fase de consultas.

122.- En relación al objeto sobre el que deben versar tales consultas, el ordenamiento español no

establece diferencia alguna en atención a la dimensión de la empresa (en todo caso esta consulta *"deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial"* -art. 51.4-).

Sin embargo, el volumen de obligaciones empresariales sí que se diversifica según este parámetro, ya que cuando la empresa cuente con 50 o más trabajadores, el empresario deberá acompañar a la documentación que aporte para la iniciación del expediente, un plan en el que se contemplen las medidas anteriormente señaladas. De esta forma se exige que el empresario aporte de entrada algunas propuestas tendentes a lograr los objetivos que se pretenden conseguir en la fase de consultas, proporcionando una base sobre la que iniciar las negociaciones.

Con esta nueva obligación (cuya motivación parece ser, también en este caso, el alcance social que puede llegar a revestir el despido colectivo),

se trata, como apunta GOERLICH PESET³⁷⁸, de superar la monetización que venía presidiendo en la fase de consultas de los despidos colectivos, si bien para que ello surta efectos es necesario, como señala este autor, que semejante obligación vaya acompañada de la posibilidad de un control administrativo.

123.- En este punto, destaca, -a diferencia de lo que sucedía con la normativa anterior-, la correcta utilización del distinto umbral utilizado por el legislador: mientras que el que motiva la reducción del período de consultas a 15 días está fijado en menos de 50 trabajadores; el umbral que implica la necesidad de que el empresario aporte en la documentación iniciadora del expediente un plan que contemple las medidas tendentes a atenuar las consecuencias para los trabajadores y a la viabilidad del proyecto empresarial, se sitúa en 50 o más trabajadores, de modo que vienen a ser la empresas de menos de 50 trabajadores las que quedan exceptuadas de este requisito, siendo éstas también las que tienen establecido una menor duración del período de consultas.

³⁷⁸ *El Despido Económico y Tecnológico...*, cit., pág. 530.

Se configura, de este modo, el umbral de "menos de 50 trabajadores" como uno de los umbrales cuantitativos que se tienen como reflejo de diversidades cualitativas entre las empresas.

124.- En último término hay que hacer referencia a la cuestión de la adecuación de la normativa española a la Directiva 129/75 por lo que se refiere a la necesidad de que entre la notificación a la autoridad laboral y el momento en que los despidos surtan efecto deba pasar un plazo mínimo de 30 días, lo que en la nueva regulación tampoco se cumple, pues si bien los plazos ya no se reducen a la mitad en función de la dimensión de la empresa, lo cierto es que con la reforma el plazo concedido a la autoridad laboral para que resuelva la extinción de los contratos se ha fijado en 15 días naturales.

125.- Así pues, con las innovaciones introducidas por la Ley 11/1994, las relaciones entre el art. 51 y el 52.c) del E.T. han quedado clarificadas, pudiéndose determinar con mayor precisión cuándo procederá la aplicación de las reglas derivadas de uno u otro precepto.

Actualmente, con la nueva normativa en vigor, las extinciones de contratos que se produzcan por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 del E.T.³⁷⁹, pero que se den en un número inferior al señalado en dicho precepto, se calificarán como despido objetivo y seguirán el procedimiento del art. 53 del E.T., en virtud de lo establecido en el art. 52.c) de este mismo cuerpo legal.

Así, el procedimiento que deba seguirse en estos supuestos es mucho más sencillo por cuanto, además de no necesitar autorización previa, tampoco será necesario abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores. A lo único que obliga el art. 53 es, además de a dar una comunicación escrita al trabajador expresando la causa y de poner a su disposición una indemnización igual a la que debería satisfacer de haber seguido el procedimiento previsto en el art. 51 (es decir, de 20 días de salario por año de servicio con el

³⁷⁹ En relación a esta cuestión, DEL REY GUANTER plantea, ante el silencio del art. 52.c) sobre la interpretación de las causas que señala el art. 51.1, si sería de aplicación la definición que este segundo precepto contiene de las mismas, concluyendo que, ante la inexistencia de un pronunciamiento expreso en sentido contrario que justifique dejar de lado esa elección interpretativa, habrá que estar a lo señalado en el art. 51.1. (*Op. cit.* pág. 80).

máximo de 12 mensualidades), a conceder un plazo de preaviso de 30 días computado desde la entrega de la documentación personal del trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo, debiéndose dar una copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

126.- Por lo demás, el seguimiento de uno u otro procedimiento determina la existencia de una importante diferencia relativa a la tutela que el ordenamiento jurídico extiende a los trabajadores que se hayan visto afectados por un despido de este tipo.

De este modo, tal y como apunta DEL REY GUANTER³⁸⁰, mientras que en el caso del art. 51 del E.T. el control es ejercido por la autoridad administrativa en un momento anterior al despido, sirviendo de complemento a la decisión empresarial; el control del art. 52.c) se produce con posterioridad a la decisión empresarial, cuando, en virtud de una eventual reclamación, se someta la decisión empresarial al control de la autoridad

³⁸⁰ *Op. cit.*, págs. 88 y ss.

judicial, siendo, por tanto, mucho menos incisivo "desde la perspectiva del condicionamiento del poder empresarial"³⁸¹.

127.- Con todo lo señalado queda, pues, puesto de relieve cómo la dimensión de la empresa continúa jugando un importante papel a la hora de determinar el procedimiento a seguir en la extinción de los contratos de trabajo por despido colectivo.

La relevancia de este factor juega, al igual que ocurría anteriormente, en un doble sentido: de un lado, determinando la necesidad de seguir el procedimiento previsto en el art. 51 (surgida al calificar del despido como colectivo), o el previsto en el art. 53; y de otro, matizando, en determinadas ocasiones, el procedimiento previsto en el art. 51 del E.T.

³⁸¹ Este autor se ha planteado, por lo demás, si el diferente órgano encargado de ejercer tal control (autoridad administrativa en un caso, y autoridad judicial en otro), puede incidir en el contenido del control a efectuar, en tanto que mientras la autoridad administrativa debe atender al interés público, parece que la judicial deba hacer una valoración ceñida a los intereses de las partes en conflicto. Sobre el particular entiende DEL REY, que puesto que el interés colectivo ya se ha tomado en cuenta en el momento de efectuar la diversificación procedimental, y puesto que no existe indicación expresa del legislador en tal sentido, la respuesta ha de ser negativa (op. cit. págs. 90 y 91).

128.- En cuanto a la determinación del procedimiento a seguir para extinguir el contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cabe decir que actualmente la dimensión de la empresa tiene, a estos efectos, una doble trascendencia: "originaria" y "derivada". *Originaria* por cuanto que el número de trabajadores que deben verse afectados por los despidos, para que éstos puedan ser calificados como colectivos, varía en función de la dimensión de la empresa (sucediendo que cuanto menor es el tamaño de la empresa más elevado es el porcentaje de operarios que deben resultar afectados: más del 10% en empresas de hasta 99 trabajadores³⁸², el 10% en las empresas de entre 100 y 300, y menos del 10% en las empresas de más de 300 trabajadores³⁸³). *Derivada* en tanto que el factor del número mínimo de trabajadores afectados por el despido se encuentra directamente vinculado con la dimensión de la empresa, (de este modo, y como ya se ha señalado, al optar por el número de

³⁸² Aumentando el porcentaje según va disminuyendo la dimensión de la empresa, al estar fijado en 10 el número de trabajadores que deben verse afectados.

³⁸³ Disminuyendo el porcentaje a medida que aumenta el tamaño de la empresa, pues 30 es el número de trabajadores que deben quedar afectados en estas empresas.

10 como el mínimo de trabajadores que deben quedar afectados para calificar el despido como colectivo, -salvando la excepción contenida en el párrafo tercero del art. 51.1-, las empresas con un volumen de empleo por debajo de dicho umbral quedan fuera de la aplicación de las reglas contempladas en el art. 51).

De esta forma se evidencia el interés del legislador en proporcionar un procedimiento más simple a las empresas de menores dimensiones para proceder a extinguir contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, remitiéndoles al contemplado en el art. 53 del E.T. en lugar del previsto en el 51.

129.- Por lo que se refiere a las matizaciones que cabe encontrar en el procedimiento regulado en el art. 51 en función de la dimensión de la empresa, resalta la existencia de alguna importante diferencia en relación con la regulación anterior. En efecto, actualmente la reducción en la documentación a aportar por el empresario ya no queda a juicio de la autoridad laboral en función de la dimensión de la empresa, sino que es la Ley la que ha establecido las diferencias que puede

existir en la documentación a aportar por el empresario, limitándola a la presentación del "plan social".

Por lo demás, tampoco se prevén actualmente reducciones de todos los plazos justificadas en atención al número de trabajadores de la empresa, sino que únicamente el período de consultas se ve afectado por esta circunstancia, quedando el resto de plazos previstos en la norma idénticos para todas las empresas que queden sujetas a este procedimiento.

2º.- PECULIARIDADES DERIVADAS DE LAS PROPIAS CARACTERISTICAS DE LAS PYMES.

130.- En cuanto a las particularidades en el procedimiento fruto de las propias características de la pequeña y mediana empresa, cabe mencionar que la obligación empresarial de abrir un período de discusión y consultas con los representantes legales de los trabajadores en los supuestos de despidos colectivos (al igual que sucede con los casos de traslados y de modificaciones de condiciones de trabajo), y de facilitarles la información y documentación acreditativa del

expediente, podrá presentar algunas peculiaridades en las pequeñas empresas debido a la posible falta de representantes de los trabajadores titulares del derecho a ser consultados e informados.

En efecto, si bien las empresas de menos de 6 trabajadores, -donde no existirán representantes unitarios de los mismos puesto que el art. 62 del E.T. establece el límite mínimo para poder contar con Delegados de Personal en ese umbral-, quedan en todo caso fuera del procedimiento previsto en el art. 51 del E.T., hay que tener presente que esta misma situación de ausencia de representantes de los trabajadores se presenta incluso en aquellas empresas en que, por su dimensión, éstos tienen reconocido el derecho a elegir Delegados de Personal y miembros del Comité de Empresa, al no hacerse efectivo este derecho.

Además, y, si bien tras la Ley Orgánica de Libertad Sindical habrá que entender también a los representantes sindicales como representantes legales, hay que tener presente que sólo a los Delegados Sindicales de aquellas Secciones Sindicales constituidas en empresas o centros de trabajo *que ocupen a más de 250 trabajadores* (y que

representen a sindicatos que tengan presencia en los Comités de Empresa), se les reconoce, en el artículo 10.3.3º. de la L.O.L.S., el derecho a ser oídos por la empresa con carácter previo a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general, y a los afiliados a su sindicato en particular³⁸⁴.

³⁸⁴ En este sentido, reconociendo el derecho de los Delegados Sindicales participar en la consulta prevista en el art. 51 del E.T. en base a lo dispuesto por el art. 10.3.3º. de la L.O.L.S., se manifiesta el T.C.T. en las sentencias de 10 de abril de 1986 (Ar. 2973), y de 12 de febrero de 1987 (Ar. 4551), poniéndose de manifiesto, en la primera de las señaladas, que ello no supone que dicho acuerdo deba alcanzarse conjuntamente con el Comité de Empresa, por entender que una solución distinta haría imposible el acuerdo dado que bastaría la oposición de una Sección Sindical, independientemente de su implantación, para que aquél no fuera alcanzado, estimando, además, que el Comité de Empresa proyecta la estructura sindical de la empresa, al reflejar su composición el éxito alcanzado por las distintas candidaturas, las cuales pueden ser presentadas por los sindicatos, y tomando en consideración el que los acuerdos del Comité de Empresa se alcanzan por mayoría, sin exigir unanimidad.

Otra manifestación de ese derecho de la representación sindical a participar en los períodos de consultas ha sido recogida en el libro *Derecho del Trabajo*, 6ª edición, de AA.VV, dirigido por SALA FRANCO (pág. 901), donde se considera que el art. 177.1 de la L.P.L. de 1990 admite implícitamente dicha participación al señalar, en la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical, que cabe solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando se trate de presuntas lesiones que impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de, entre otras cuestiones, la reestructuración de plantillas. También se decantan por reconocer a los Delegados Sindicales el derecho a participar en este período de consultas, ALBIOL MONTESINOS, I, "Extinción del

131.- En estos casos, visto que no es posible la consulta con los representantes legales de los trabajadores, será necesario que la misma se celebre con todos y cada uno de los trabajadores de la empresa, no bastando con que únicamente se consulte a los que se vean directamente afectados por la reestructuración de plantilla, puesto que la decisión que recaiga al respecto afectará, si bien indirectamente, a los intereses del resto de los trabajadores de la empresa.

Así lo ha entendido, tal y como señala la doctrina³⁸⁵, tanto la "jurisprudencia administrativa" (Resolución de la Dirección General de Empleo de 29 de abril de 1983), como la jurisprudencia del T.S. (sentencias de 24 de

contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas", en *Comentarios a las leyes laborales*, (dir. E. BORRAJO), EDERSA, Vol. IX, 2º, pág. 291; y DURAN LOPEZ, F., en "Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España", *Documentación Laboral*, nº. 22 de 1987, pág. 78.

³⁸⁵ ALBIOL MONTESINOS, I., "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: Práctica judicial (I)", *Actualidad Laboral*, nº. 10, 1991, pág. 128; DURAN LOPEZ, F., en "Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España", *Documentación Laboral*, nº. 22 de 1987, pág. 82; GOERLICH PESET, J.M., *El Despido Económico...*, cit., págs. 283 y 284; SALA FRANCO, T. y LOPEZ TARRUELLA, F. "La modificación de la prestación de trabajo", Ed. Deusto, 1991, pág. 89.

septiembre de 1986 -Ar. 4646-, y de 22 de abril de 1989 -Ar. 2878-), y la del T.C.T. (sentencia de 16 de diciembre de 1987 -Ar. 28452-), si bien esta última referida al supuesto de modificación de las condiciones del contrato de trabajo³⁸⁶.

Además, tal y como señalan las citadas S.T.S. de 24 de septiembre de 1986, y la S.T.C.T. de 16 de diciembre de 1987, será necesaria la unanimidad de todos los trabajadores en la toma de las decisiones³⁸⁷.

132.- Con esta tendencia jurisprudencial contrasta sin embargo la S.T.C.T. de 22 de junio de 1983 (Ar. 5968), que ha mantenido la no necesidad

³⁸⁶ Ahora bien, para que se pueda tener en cuenta la voluntad de los trabajadores deberá darse, en todo caso, una ausencia de órganos de representación de los mismos, por cuanto, como se señala reiteradamente por las resoluciones de la D.G.E. (Ress. de 13 de noviembre de 1980, 9 de abril de 1981, 14 de abril de 1981), *"los pactos vinculantes para la autoridad laboral a efectos de homologación son los suscritos entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores"*.

³⁸⁷ Sin embargo, la Resolución de la D.G.E. de 29 de abril de 1983 contempla la posibilidad de que los trabajadores, en el supuesto de inexistencia de representantes legales, actúen recurriendo al procedimiento del art. 80 del ET, esto es, sometiendo a la asamblea de los trabajadores la decisión, que se resolverá con el voto de la mitad más uno de los trabajadores de la empresa.

de autorización administrativa para el caso de inexistencia de representación del personal³⁸⁸.

133.- La situación de ausencia de representantes de los trabajadores que puede presentarse fácilmente en las PYMEs, y sus consecuencias sobre el procedimiento para llevar a efecto despidos colectivos, fue tomada en cuenta por los representantes de los partidos nacionalistas valencianos en el *Grupo Mixto (Unión Valenciana*, en el Congreso de los Diputados, y *Esquerra Nacionalista Valenciana* en el Senado).

Los representantes de estos partidos presentaron enmiendas en las respectivas Cámaras (enmienda nº. 34 al texto debatido en el Congreso, y enmienda nº. 58 en el trámite seguido en el Senado), con el objetivo de que se tuviera en cuenta la posible ausencia de órganos de

³⁸⁸ En esta sentencia se puede leer lo siguiente: "...y que dicha empresa carece de representación sindical, por lo que en aplicación de la doctrina mantenida por esta Sala en su S. de 19 de enero 1982 (R. 183), sobre el citado art. 41 de que es la empresa la que decide y únicamente si la representación legal de los trabajadores caso de existir se oponga, ha de someterse su decisión a través del oportuno expediente administrativo a la aprobación de la Autoridad Laboral, tampoco se advierte infracción alguna del mencionado precepto, ya que no era necesario iniciar esa vía administrativa".

representación de los trabajadores en las pequeñas y medianas empresas. La solución propuesta por estos parlamentarios consistía en nombrar, en el plazo de tres días, una comisión que tendría por objeto realizar las funciones de tales representantes³⁸⁹. En ninguna de las dos ocasiones las enmiendas propuestas fueron aprobadas.

134.- Sobre este particular, SALA FRANCO ha sugerido que la posible solución de la ausencia de estructuras de representación de los trabajadores en las PYMEs para aquellos casos en que la normativa prevea su intervención, podría ser el de una negociación articulada "donde se pactasen mecanismos de garantía tales como que los representantes legales de los trabajadores fuesen a estos efectos, en defecto de los propios de empresa, los sindicatos negociadores del convenio colectivo aplicable", tal y como se ha venido a hacer en la propia Ley de reforma al hablar de las

³⁸⁹ Esta consideración a la posible ausencia de representantes de los trabajadores en las empresas de reducidas dimensiones no sólo la refirieron los citados enmendantes al procedimiento del art. 51, sino que idénticas consideraciones y soluciones proponían para el caso de movilidad geográfica y de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, sin que, en ningún caso, las enmiendas propuestas resultasen aprobadas.

cláusulas de descuelgue salarial³⁹⁰.

c".- LA INDEMNIZACIÓN PARA EL TRABAJADOR AFECTADO POR LA EXTINCIÓN DE SU CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCION.

135.- La indemnización que corresponde al trabajador en estos supuestos viene establecida, en el apartado 10 del art. 51 del E.T., en veinte días por año de servicio, con un máximo de 12 mensualidades.

En cuanto a la misma, y por lo que se refiere a los trabajadores de las pequeñas empresas, no se plantea peculiaridad alguna (los trabajadores percibirán la misma indemnización independientemente de la dimensión de la empresa para la que trabajen); en cambio, respecto de los empresarios, sí que existen diferenciaciones según el tamaño de su empresa, ya que en los casos de empresas de menos de 25 trabajadores deberán afrontar tan solo el 60% de la indemnización, al correr el otro 40% a cargo del Fondo de Garantía

³⁹⁰ SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo*, cit., pág. 11.

Salarial, tal y como dispone el art. 33.8 del E.T.

Este trato de favor para los empresarios de menos de 25 trabajadores se introdujo con la reforma que sufrió el E.T. con la Ley 32/1984 de 2 de agosto, por la que se sustituyó el apoyo que el art. 56.4 del E.T. contenía para la PYME por éste que aquí nos ocupa, con la intención de evitar el uso fraudulento que se venía haciendo de dicha disposición.

Esta medida, -que como vemos lejos de perjudicar al trabajador, lo beneficia, ya que gracias a ella se le asegura el pago del 40% de su indemnización a cargo del FO.GA.SA. (siendo normalmente más fácil obtener el pago de este organismo que no del empresario)-, no persigue la finalidad de constituirse en una garantía de cobro para el trabajador, sino que, partiendo de la menor capacidad económica de las pequeñas empresas, trata de facilitar a las mismas el proceso de su reestructuración y adaptación a los cambios tecnológicos y de mercado³⁹¹ ³⁹², procurando

³⁹¹ Como señala GARCIA MURCIA, "el <<bien protegido>> por el precepto es la organización productiva de pequeñas dimensiones, no tanto los trabajadores de la misma". ("La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial", cit., pág. 153).

conciliar, como señala la reciente Instrucción de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial (Instrucción de 29 de junio de 1994, B.O.E. del 2 de agosto), *"la garantía o compensación para los trabajadores cuyo contrato se debe extinguir por una causa ajena a su conducta, con que la efectividad de estas garantías no supongan una carga económica excesiva para las empresas de pequeño tamaño"*.

De no hacerlo así se dejaría a la empresa, como señala GONZALEZ ORTEGA, ante la opción, *"en todo caso negativa, de escoger entre el mantenimiento artificial y antieconómico de una plantilla sobredimensionada, o proceder a una serie de despidos cuyo coste podría poner en peligro su*

³⁹² Precisamente porque con esta disposición se pretende facilitar a las PYMES su proceso de reestructuración, proporcionando mayores posibilidades de que se alcance un acuerdo entre las partes en conflicto, la jurisprudencia (por todas, la S.T.S., de unificación de doctrina, de 27 de junio de 1992 -Ar. 4684-), ha resuelto la necesidad de que el Fondo abone el 40% de la indemnización legal aun cuando la empresa haya satisfecho al trabajador una indemnización que suponga una mejora respecto de la legalmente prevista (cantidad que se deberá abonar, según señala la sentencia citada, a la empresa, cuando ésta haga constar que la indemnización satisfecha contempla el importe total que haya de cobrar cada trabajador; o a los trabajadores, cuando nada se señale en este sentido).

propia supervivencia"³⁹³.

136.- La peculiaridad más negativa que cabe atribuir a la ventaja que reciben las empresas de menos de 25 trabajadores para realizar sus ajustes de plantilla, deriva de la falta absoluta de toma en consideración de la verdadera capacidad económica de la empresa, limitándose el legislador a presuponer la debilidad económica de las empresas de estas dimensiones, presunción que, por las razones que se han venido apuntando a lo largo de este trabajo, puede estar muy lejos de la realidad.

Además, la cuestión viene agravada por cuanto la jurisprudencia ha dejado claro que "la responsabilidad que -el art. 33.8 del E.T.- establece con cargo al Fondo de Garantía Salarial es pura", esto es, "no está sujeta a condición o término, de modo que puede exigirse <<sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del

³⁹³ GONZALEZ ORTEGA, S., "Piccola Impresa e Diritto del Lavoro in Spagna", cit. pág. 79, quien por todo ello considera que la finalidad última de la norma no es otra que la conservación de la ocupación.

empresario>>"³⁹⁴.

Esta circunstancia se deriva, precisamente, del fin que el legislador ha pretendido alcanzar con esta medida, es decir, al suponer la atribución de esta responsabilidad al FO.GA.SA. "no tanto una garantía de cobro para el trabajador,..., cuanto una medida de apoyo o protección de las pequeñas empresas... que, sea por causas económicas, sea por motivos tecnológicos, precisan de una reestructuración de la plantilla"³⁹⁵.

137.- No obstante lo apuntado, tras la reforma del art. 51 del E.T. producida por la Ley 11/1994, quizá deberían replantearse los criterios que jugaban anteriormente para determinar la procedencia de aplicar la reducción de la indemnización contemplada en el art. 33.8 E.T.

Así lo entiende DEL REY GUANTER³⁹⁶, para quien si bien hasta este momento podría argumentarse que

³⁹⁴ S.T.S. de 27 de junio de 1992 (Ar. 4684), fundamento jurídico quinto.

³⁹⁵ Auto del T.S. de 19 de abril de 1993 (Ar. 2928).

³⁹⁶ DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa...*, cit., pág. 76.

todas las empresas que acudían al procedimiento del art. 51 del E.T. se encontraban en una situación de necesidad económica que justificaba el disfrute de la ayuda prevista en el art. 33.8³⁹⁷, a partir de la reforma, al ampliarse las causas que permiten el acceso al procedimiento de despidos colectivos, dando entrada a causas que nada tienen que ver en sí mismas con la capacidad económica de la empresa, sería necesario reconsiderar la aplicación del art. 33.8 de modo que se exigiera a la empresa encontrarse en una situación económica desfavorable.

138.- Por lo demás, la ayuda del 33.8 pierde ahora, tras la ley 11/1994, parte de su original sentido, por cuanto si con la medida contemplada en este precepto lo que se pretendía era *"establecer una protección a las empresas presumiblemente pequeñas y por consecuencia de poca potencia*

³⁹⁷ Puesto que la económica venía siendo la causa fundamental alegada para seguir la vía del art. 51, y la autoridad administrativa venía exigiendo, para apreciar esta causa, que la empresa se encontrase en una situación de pérdidas. Además, incluso las causas tecnológicas tenían una inmediata traducción económica *"en la medida en que las reconversiones o cambios organizativos urgen por problemas económicos de rentabilidad empresarial"* (Derecho del Trabajo, dirigido por SALA FRANCO, cit., pág. 899).

económica"³⁹⁸, hay que tener presente que precisamente las de dimensiones más reducidas (y, por tanto, en la lógica del legislador, las económicamente más débiles), van a quedar relegadas del procedimiento del art. 51 del E.T., debiendo someterse al previsto en el art. 53, que no prevé ningún tipo de ventaja similar³⁹⁹.

Esta situación derivada de la actual normativa la ha venido a solventar la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial mediante la ya citada Instrucción de 29 de junio de 1994. En ella se acuerda que el FO.GA.SA abone el 40 por 100 de la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en empresas de menos de 25 trabajadores, también en los casos en que se

³⁹⁸ S.T.S.J. de Cataluña de 20 de junio de 1991 (*Información Laboral*, ed. Lex Nova, marginal nº. 2738).

³⁹⁹ Como contrapartida cabría señalar que en los casos en que se trate de despidos individuales, las indemnizaciones se van a ver reducidas de hecho, pues si bien la ley establece la misma cuantía para el caso de despidos colectivos o individuales por estas causas (arts. 51.8 y 53.1), lo cierto es que al no existir la posibilidad de negociar con los representantes del personal en estos casos, no cabrá la posibilidad de acordar indemnizaciones superiores a las legales (en este sentido, SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994, pág. 10).

siga la vía del artículo 52.c) del E.T. y no sólo cuando los contratos se extingan en virtud del artículo 51⁴⁰⁰.

La motivación dada por la Secretaría General del Fondo para llevar a cabo esta extensión de la medida prevista en el art. 33.8 del E.T. se centra en la identidad de causa existente entre los procedimientos de los artículos 51 y 52, en tanto que, -partiendo del hecho de que la dualidad procedimental ha aparecido tras la Ley 11/1994, situándose, por consiguiente, el art. 33.8, en un contexto en que la extinción por causas económicas solamente tenía previsto un único procedimiento (el del art. 51)-, *"si, como se dijo, el criterio del legislador al trasladar al Fondo de Garantía Salarial el pago de indemnizaciones en ciertos casos era el de valorar la necesidad de reducir costes del despido en pequeñas empresas cuando éstas tengan que reducir empleo por cambios de*

⁴⁰⁰ Por lo demás, cabría apuntar que en las normas laborales y de seguridad social del proyecto de ley de medidas tributarias, sociales, de gestión financiera, del personal al servicio de las Administraciones Públicas y de organización, se prevé la modificación del artículo 33.8 del E.T., de modo que establezca expresamente su aplicabilidad también en los casos de extinción del contrato de trabajo por las causas previstas en el apartado c) del art. 52.

situación económica, idéntica valoración deben merecer ahora los supuestos que tengan que acogerse al procedimiento del artículo 51 y aquellos a los que corresponde el trámite del artículo 52".

Así pues, a partir de la Instrucción dada por el FO.GA.SA., el descuento en la indemnización a abonar por el empresario previsto en el art. 33.8 se aplicará no sólo a las extinciones realizadas según el procedimiento del art. 51, sino también a aquellas otras en que, por no alcanzar los umbrales numéricos señalados en dicho precepto que sirven para catalogar un despido como colectivo, deba seguirse la vía de los artículos 52.c) y 53 del E.T.

Con ello desaparece el incentivo a evitar comportamientos fraudulentos que deriva del tenor literal de la redacción del Estatuto, en cuanto que la no aplicación del art. 33.8 a los despidos calificados objetivos según lo dispuesto en el art. 52.c) podría evitar que las empresas de menos de 25 trabajadores tendiesen a realizar prácticas para eludir la aplicación del art. 51., por cuanto ello comportaría la pérdida de la reducción del 40% de la indemnización legal que les correspondiese pagar

a los trabajadores.

d'.- LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR MUERTE, JUBILACIÓN O INCAPACIDAD DEL EMPRESARIO.

139.- El Estatuto de los Trabajadores establece en su artículo 49.7⁴⁰¹ que el contrato de trabajo se extinguirá "por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo cuarenta y cuatro, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante".

Así pues, en esta disposición se contempla la extinción del contrato de trabajo por la desaparición de una de las partes contratantes -en este caso el empresario-, pudiendo decirse, en general, que mientras en las PYMES las causas de esa desaparición del empresario serán su muerte, jubilación o incapacidad, en las de mayores dimensiones ello se producirá por la extinción de su personalidad jurídica. Y esto es así porque, si bien la muerte, jubilación o incapacidad del empresario no son causas de extinción del contrato exclusivas para las pequeñas empresas (como tampoco lo

⁴⁰¹ Artículo al que se le ha dado nueva redacción por la Ley 36/1992 de 28 de diciembre.

es respecto de las grandes la extinción de la personalidad jurídica del contratante), lo cierto es que se dará con mayor frecuencia en aquellas. La razón es obvia: es normalmente en este tipo de empresas donde el empresario se identifica con una sola persona física, siendo empresas de titularidad individual⁴⁰².

140.- En la regulación de la extinción de los contratos de trabajo motivada por la desaparición del empresario, existen diferencias según éste sea una persona física o jurídica, siendo más ventajoso para la empresa el primer caso.

Las ventajas que para el empresario individual se derivan de esta diferente regulación son de dos ordenes: procedimentales y de tipo patrimonial.

a).- LAS VENTAJAS PROCEDIMENTALES.

141.- En primer lugar, se producen ventajas procedimentales, siendo mucho más sencillo extinguir los contratos de trabajo por desaparición

⁴⁰² Apreciación que viene confirmada en el "*Plan de medidas de adecuación legislativa a la realidad de la PYME española*" de CEPYME, donde, citando el censo de establecimientos industriales del INE, se dice que más del 70% de los titulares de pequeñas y medianas empresas son empresarios individuales.

del empresario cuando se trate de una persona física, ya que en este caso bastará acreditar la muerte del mismo, su jubilación, o su declaración de incapacidad, siempre y cuando no se continúe con la actividad de la empresa⁴⁰³. En cambio, en los casos en que el empresario sea una persona jurídica, será necesario seguir el procedimiento establecido en el art. 51 del E.T., porque así lo dispone el art. 49.7 *in fine* del mismo texto legal, lo que supone que para la extinción de los contratos de trabajo no bastará que se haya acordado la disolución de la sociedad, sino que será imprescindible acreditar la situación de crisis de empresa debida a causas económicas o tecnológicas o a fuerza mayor.

La innecesariedad de seguir el procedimiento previsto en el artículo 51 en los supuestos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario ha sido recordada, frente a los que defendían lo contrario, por la jurisprudencia del T.C.T.⁴⁰⁴, y

⁴⁰³ En caso contrario lo único que se habría producido sería un cambio en la titularidad de la empresa que, como establece el art. 44 del ET., no extingue por sí mismo la relación laboral.

⁴⁰⁴ Entre otras, en las SS.T.C.T. de 4 de mayo de 1982 (Ar. 2623), de 8 de octubre de 1985 (Ar. 5467), y de 20 de noviembre

por el propio Tribunal Constitucional que, en el fundamento jurídico primero de la sentencia 37/86 de 20 de marzo, reconoce que estas causas de extinción operan automáticamente, sin necesidad de someterse a los trámites del expediente de regulación de empleo. Con ello se pone fin a la práctica existente con anterioridad de exigir el expediente de regulación de empleo, sin que hubiera una base legal firme que así lo ordenase⁴⁰⁵.

b).- LAS VENTAJAS DE TIPO PATRIMONIAL.

142.- También existen ventajas de tipo patrimonial para los casos en que el empresario sea una persona física. Ello se debe a que la

de 1985 (Ar. 6319).

⁴⁰⁵ Si bien la O.M. de 6 de octubre de 1981 exigía que la extinción de los contratos de trabajo fuese constatada por la autoridad laboral, la jurisprudencia siempre sostuvo que la muerte, jubilación o incapacidad del empresario operaban automáticamente como causa de extinción del contrato de trabajo, haciendo que lo dispuesto por la citada O.M. tuviese importancia únicamente a los efectos de la declaración legal de desempleo. Posteriormente, siguiendo este criterio, el R.D. 625/1985 de 2 de abril (que derogó la O.M. de 6 de octubre de 1981), dispuso que los contratos de trabajo se extinguiesen por la comunicación escrita del empresario, sus herederos o su representante legal, a los trabajadores, comunicación a la que se le atribuyó, además, el valor de medio para acreditar la situación legal de desempleo, siempre y cuando el trabajador no reclamase contra la decisión extintiva.

indemnización a percibir por el trabajador en uno y otro caso de extinción de su contrato es diferente, siendo superior cuando se trate de empresarios que revistan la forma de persona jurídica.

El motivo de la diferente indemnización deriva del hecho de que el art. 49.7 del E.T., en su nueva redacción dada por la Ley 36/1992, establece, para los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, una indemnización en favor del trabajador equivalente a un mes de salario, recogiendo así la postura jurisprudencial que se había mantenido con la anterior redacción de este precepto, que no contemplaba indemnización alguna⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ La jurisprudencia, ante la falta de desarrollo posterior que estableciese el régimen jurídico de la extinción de los contratos por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, entendió aplicable desde un primer momento el artículo 81.2 de la L.C.T., que con anterioridad al E.T. regulaba tal indemnización, estableciéndola en los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecido por las reglamentaciones de trabajo y, en su defecto, por la costumbre (fijándose, por una antigua y constante jurisprudencia -por todas la S.T.C.T. de 12 de noviembre de 1986 [Ar. 11400]-, en una mensualidad de salario). La base legal para entender aplicable dicho precepto resultaba de la Disposición Final cuarta del Estatuto que establece que *"las disposiciones con rango de Ley que regulan cuestiones relativas a jornada, salarios y cualesquiera otros aspectos y*

Frente a la anterior indemnización, el artículo 51 del E.T., que contiene el régimen jurídico de la extinción de los contratos por desaparición de la personalidad jurídica del contratante en virtud a la remisión que para estos casos se hace al mismo, prevé una indemnización consistente en veinte días de salario por año de servicio, con el límite máximo de doce mensualidades

143.- La diferencia indemnizatoria que existe en uno y otro caso de desaparición del empresario fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad, resuelta por el Tribunal Constitucional en sentencia 37/1986 de 20 de marzo.

Dicha cuestión de inconstitucionalidad fue presentada por la Magistratura de Trabajo nº.9 de Barcelona por entender que el art. 49.7, al no reconocer indemnización alguna al trabajador que hubiese visto extinguido su contrato por muerte de su empresario, era claramente discriminatorio con respecto a otras situaciones similares (las reguladas por el art. 51 del E.T.) donde sí se

circunstancias de las relaciones laborales individuales no reguladas por esta Ley, continuarán en vigor en calidad de normas reglamentarias y podrán ser derogadas o modificadas por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo".

reconoce una indemnización, quedando vulnerado en este modo el art. 14 de la Constitución.

El Abogado del Estado, en sus alegaciones, ya ponía de manifiesto que no cabe equiparar la muerte del empresario individual con la crisis de empresa, pues son desiguales entre sí, con lo cual ya no se produce una discriminación atentatoria al principio de igualdad. Además, señalaba que podía existir una razón que hubiera llevado al legislador a no equiparar ambos casos, ya que en el caso de muerte del empresario el trabajador sabe, al incorporarse en la empresa, que el contrato está sometido a una causa resolutoria, mientras que el caso de fuerza mayor es absolutamente imprevisible.

En esta cuestión de inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional denegó pronunciarse en base a dos argumentos, contenidos en los dos fundamentos jurídicos de la sentencia. En el primero se decía que el pronunciamiento en relación al cual se planteaba la cuestión -la fijación o no de indemnización- no dependía de la validez del art. 49.7, ya que éste tenía una finalidad meramente enunciativa de las causas de extinción del contrato, sin contener su régimen jurídico, por lo

que dicho precepto resultaba irrelevante a los efectos del fallo que debía dictar el Magistrado.

En el segundo fundamento jurídico se recogía la constante jurisprudencia que estima aplicable, en calidad de disposición reglamentaria, el art. 81.2 de la L.C.T. a los supuestos de extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación o incapacidad del empresario, no pronunciándose sobre la constitucionalidad de este precepto en razón a la rebaja de rango sufrida por el mismo, y como consecuencia de que el art. 35.1. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige que se trate de una norma con rango de Ley para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

144.- Posteriormente, si bien antes de que se dictase la S.T.Co. 37/1986 de 20 de marzo, se planteó nuevamente al propio Tribunal Constitucional (esta vez en recurso de amparo, resuelto por la S.T.Co. 7/1987 de 28 de enero), la posible inconstitucionalidad del artículo 49.7 del E.T.

Una vez conocido por el recurrente el contenido de la Sentencia 37/1986, se matizó, en posterior

escrito de alegaciones, que no se postulaba la nulidad del citado art. 49.7 del E.T., sino la de los efectos basados en el artículo 81.2 de la L.C.T.

Se argumentaba que el Estatuto de los Trabajadores contempla el despido por causas objetivas, y que de entre todas las causas extintivas que se agrupan bajo el despido objetivo, sólo la relativa a la muerte, jubilación o incapacidad del empresario dejaba de producir efectos compensatorios, por lo que el silencio que al respecto mantenía el art. 49.7 no podía llevar a la conclusión de que fuese de aplicación, en estos casos, la vieja norma de la L.C.T., dado que ésta atenta contra el principio de igualdad proclamado en el art. 14 de la Constitución, debiendo por consiguiente ser anulado, dejando libertad de criterio a los Tribunales para llenar el vacío producido mediante la interpretación analógica del ordenamiento positivo vigente.

A pesar de ello, tampoco en esta ocasión el Alto Tribunal entró a considerar la cuestión, entendiendo que si bien en sí misma cabría ser considerada por la vía del recurso de amparo, en el

caso en concreto existían obstáculos para que ello pudiera tener lugar.

Estos obstáculos eran, en primer lugar, que en la demanda de amparo no se hizo alegación alguna acerca de la violación del derecho proclamado en el art. 14 de la C.E. a causa de la aplicación del art. 81.2 de la L.C.T., sin que, por otra parte, constase a este Tribunal que los solicitantes de amparo hubiesen agotado vía judicial alguna frente a los actos de fijación de indemnizaciones en aplicación del citado art. 81.2 de la L.C.T.

En consecuencia el Tribunal Constitucional concluye que es de aplicación lo ya declarado en S.T.Co. 79/1982 de 20 de diciembre, según la cual *"la transformación de la demanda, alterando los elementos configuradores de la pretensión, como son la 'causa petendi' y el 'petitum' y la falta de previo proceso judicial respecto a tales actos y su impugnación, son, como bien se comprende, razones suficientes que vedan todo análisis en orden al enjuiciamiento desde la perspectiva de los derechos constitucionales de las indicadas disposiciones o de sus actos aplicativos"*, razón por la cual el Tribunal estimó que no podía prosperar el recurso

de amparo interpuesto. Así pues, tampoco en este caso el Tribunal Constitucional se pronunció respecto del fondo del asunto.

145.- Sin embargo, a pesar de esta falta de pronunciamientos sobre el fondo de la cuestión en las Sentencias 37/1986 y 7/1987, el Tribunal Constitucional, en Auto 429/83 de 28 de septiembre, ya manifestaba su opinión al respecto al señalar que *"correspondiendo al legislador la determinación de las justas causas de extinción de un contrato, le corresponde también la determinación de sus efectos. Y otro tanto hay que decir cuando ello compete a los Tribunales. No resultaría así irrazonable que se haya establecido una gradación en los efectos de las causas de extinción ajenas a la voluntad del trabajador, constituyendo diversos grupos que podrían ser: las causas de extinción ajenas a la voluntad del trabajador que suponen además un incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte del empresario; las causas de extinción ajenas a la voluntad del trabajador, centradas en la imposibilidad objetiva o dificultad de continuar con la actividad de la empresa (fuerza mayor y causas económicas y tecnológicas); y las causas de extinción ajenas a la voluntad del*

trabajador y centradas en la imposibilidad subjetiva o en el ejercicio de derechos del sujeto (muerte, incapacidad o jubilación)".

Con este Auto queda puesto de manifiesto que la postura del Tribunal Constitucional no es contraria al hecho de que la indemnización a satisfacer al trabajador en los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, sea distinta a la que le pertenece en los supuestos en que la extinción se deba a fuerza mayor o a causas económicas o tecnológicas.

146.- Acerca del art. 49.7 del E.T. cabe hacer un último comentario. Se trata de la finalidad perseguida por el legislador a la hora de introducir la jubilación del empresario como causa de extinción del contrato de trabajo.

En el texto originario de Proyecto de Ley del Estatuto no se mencionaba dicha causa de extinción, siendo a partir de una enmienda (la número 93) planteada por el *Grupo Parlamentario Coalición Democrática* en la Comisión de Trabajo del Congreso, que la jubilación del empresario pasó a figurar en el texto del artículo 49.7 del E.T. La

justificación dada en defensa de dicha enmienda descansaba en la necesidad de otorgar protección a los pequeños empresarios que desarrollasen una actividad en su propia empresa, de modo que también éstos, al alcanzar determinada edad, pudieran acogerse a una situación de descanso.

Resulta así que la jubilación se configura como un derecho que se reconoce al empresario cuando concurre el requisito *de facto* exigido para ello, esto es, tener la edad mínima prefijada por la ley, no existiendo norma alguna que obligue o imponga en estos casos la continuación de la explotación de la industria⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de junio de 1986.

2.- LAS RELACIONES COLECTIVAS.

A) *LOS ACTORES SOCIALES.*

147.- Los principales actores en las relaciones laborales en las PYMEs son, como en el resto de empresas, los empresarios y sus asociaciones empresariales; los trabajadores, con sus representantes unitarios y sindicales; y el Estado. El desarrollo y la forma de las relaciones laborales dependen de la orientación y estrategias de estos tres actores, así como de su específico poder en el proceso de negociación colectiva.

a) LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.

148.- Una característica de las PYMEs, que influye grandemente en las relaciones laborales que en ellas se dan, es la débil presencia de representantes de los trabajadores.

El escaso índice de afiliación a los sindicatos existente en España y el hecho de que no quepa elegir representantes unitarios en las empresas de menos de 6 trabajadores, son la causa de esta escasa representación de

los trabajadores en la PYME. Pero además, aparte de la exclusión legal que se hace de las muy pequeñas empresas de la posibilidad de elegir representantes unitarios, la realidad señala que el número de casos donde este derecho es realmente ejercido parece depender del tamaño de la empresa⁴⁰⁸. Este hecho puede sugerir que las regulaciones restrictivas pudieran no tener tanta importancia como normalmente se piensa.

149.- Por otra parte, además de la menor presencia sindical en el lugar de trabajo, cuando el sindicato sí aparece en el interior de la empresa, se encuentra en una situación de desventaja si se trata de una pequeña empresa, por cuanto los derechos y facilidades de que van a disponer los representantes sindicales de los trabajadores para llevar a cabo sus funciones, van a ser menores que los ostentados por sus homólogos en las grandes empresas. Así, por ejemplo, el derecho a disponer de locales para el adecuado desarrollo de las actividades de las Secciones Sindicales o el derecho a disponer de un mayor crédito de horas mensuales, si bien estas diferenciaciones pueden quedar explicadas en atención al número de trabajadores empleados y a la necesidad de estas mayores facilidades

⁴⁰⁸ A las causas de la menor presencia de representantes de los trabajadores en las PYMEs se le dedica mayor atención posteriormente.

para la atención de sus funciones representativas⁴⁰⁹.

150.- Por último cabe señalar que no existen sindicatos especiales que representen los intereses de los trabajadores de las PYMES. Son pues los mismos sindicatos para todos los trabajadores, independientemente de la dimensión de la empresa para la que trabajen. Este hecho supone que no se tengan en cuenta las peculiaridades que presentan las pequeñas empresas a la hora de negociar convenios colectivos, y que no se tenga una comprensión clara de los problemas que afectan a las PYMES.

151.- Sin embargo este panorama está cambiando debido esencialmente a la concienciación de los sindicatos sobre la importancia de la pequeña y mediana empresa, dado el volumen de trabajadores empleados en este tipo de empresa que, con el proceso de atomización progresiva de las unidades productivas, adquiere día a día una mayor relevancia. De este modo surgen propuestas como la de la elaboración de un "*Código de Derechos para los trabajadores de las PYMES*"; la de constituir, dentro del sindicato, equipos de atención permanente a la pequeña y mediana empresa; la de crear bancos de horas sindicales conjuntos

⁴⁰⁹ Cuestiones éstas que se analizan más detalladamente en el apartado dedicado al estudio de la representación de los trabajadores en la pequeña empresa.

para los Delegados de las PYMES de cada rama⁴¹⁰; o, por último, la de articular mecanismos de presencia sindical y participación en las PYMES a través de la figura de delegados sectoriales y territoriales⁴¹¹.

b) LAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES.

152.- Frente a lo que ocurre con las representaciones de los trabajadores, en España sí existen asociaciones empresariales de la pequeña y mediana empresa, surgidas en oposición a las grandes patronales por entender que las mismas no representan los intereses específicos de las PYMES, ni recogen sus peculiaridades.

Las asociaciones existentes son:

1º) La Confederación General de la Pequeña y Mediana Empresa (COPYME), nacida en 1977 con objeto de defender al pequeño y mediano empresario frente a la gran patronal.

2º) La Confederación Española de la Pequeña y

⁴¹⁰ Propuestas lanzadas en los documentos aprobados en el 5º Congreso Confederado de CC.OO., celebrado en Madrid los días 4, 5, 6, y 7 de diciembre de 1991.

⁴¹¹ Propuesta formulada en la *Iniciativa Sindical de Progreso* elaborada por CC.OO. y U.G.T. a finales de 1991.

Mediana Empresa (CEPYME), aparecida igualmente en 1977, contando en el momento de su constitución con organizaciones que ya estaban integradas en la CEOE, sin que la adscripción a la CEPYME supusiera una ruptura con la gran patronal.

Esta organización, como pone de relieve PEREZ ESPINOSA⁴¹², debido a su escaso reconocimiento como interlocutor válido en los grandes temas de la política laboral y a ciertas dificultades financieras, se vio forzada a acordar su afiliación a la CEOE, quedando como *"la organización que defiende los intereses específicos de las Pequeñas y Medianas Empresas y rinde a las mismas los servicios que necesitan en función de su dimensión"*, mientras que la CEOE se sitúa como *"órgano cúpula de todos los intereses empresariales"*⁴¹³.

3º) Como consecuencia de la disconformidad de un sector dentro de la CEPYME de la aproximación de ésta a la CEOE, en 1981 se constituyó la Unión de

⁴¹² PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F. "Los protagonistas de la negociación colectiva", en *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, cit., pág. 119.

⁴¹³ Acuerdo de afiliación de CEPYME a CEOE, Madrid, 5 de marzo de 1980 (reproducido en *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, cit., págs. 291 y ss).

Organizaciones de Pequeña y Mediana Empresa, Artesanos y Empresarios Autónomos de España (UNIPYME), con el objetivo de luchar por los intereses específicos y diferenciados de las pequeñas y medianas empresas. Objetivo que consideran no se puede alcanzar desde las organizaciones representativas de las grandes empresas ya que, si bien los intereses de grandes empresas y PYMES *"alguna vez son coincidentes..., la divergencia es frecuente y la contradicción no está ausente, comportando todo ello generalmente unas actitudes distintas ante los acontecimientos económicos y sociales"*⁴¹⁴.

Sin embargo, estas representaciones rara vez intervienen en la determinación de la política laboral y, cuando lo hacen, actúan al junto a la gran patronal (C.E.O.E.), por lo que en pocas ocasiones mantienen unas posturas claramente diferenciadas.

Por lo demás, cabría añadir que el sector de la pequeña empresa no aparece tan bien organizado como el de la grande a causa de la heterogeneidad de los intereses de las PYMES.

⁴¹⁴ UNIPYME, *¿Por qué las PYMES necesitan sus organizaciones específicas?*, 1981. (Documento reproducido en *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, cit., págs. 293 y ss).

153.- Todo ello pone de manifiesto que las organizaciones representativas de los distintos intereses de las PYMEs es débil no sólo para los sindicatos, sino también para las asociaciones empresariales, dejando un gran margen de actuación a la regulación individual de las relaciones laborales.

c) EL ESTADO.

154.- El Estado ha sido siempre un importante sujeto de las relaciones laborales, interviniendo en la regulación de las mismas (asegurando un salario mínimo, extendiendo convenios colectivos, estableciendo jornadas máximas...), de modo que ha concedido ciertas garantías para las pequeñas empresas difícilmente obtenibles a través de la negociación con los empresarios.

Este papel del Estado en las relaciones laborales es de mayor trascendencia en las pequeñas empresas, puesto que en las grandes, con el juego de la autonomía colectiva, se mejora en numerosas ocasiones los mínimos fijados por la regulación estatal. Es por ello por lo que las centrales sindicales tienden a pedir para las PYMEs un mínimo de derechos infranqueable, que asegure cierta equiparación entre las grandes y las pequeñas empresas. Por su parte los pequeños empresarios, dada a la debilidad de la contraparte

social para negociar, pretenden mantener su libertad de negociación, seguros de su supremacía para imponer las condiciones de trabajo que más les interesen.

Pero frente al papel desempeñado por el Estado en la extensión de unas mínimas condiciones laborales, en la actualidad el Estado también actúa como desregulador, interviniendo a menudo para imponer excepciones a la regulación legal cuando ésta debe aplicarse en PYMES, dejando por ello el sector desregulado. Con esta política se protegen los intereses empresariales en lugar de asegurar derechos mínimos para los trabajadores.

B) LA REPRESENTACION DE LOS TRABAJADORES EN LAS PYMES.

155.- En materia de representación sindical y unitaria del personal, la dimensión de la empresa -en términos de número de trabajadores ocupados-, es un importante factor que la legislación toma en cuenta. Resulta así que tanto el Estatuto de los Trabajadores, a la hora de regular los órganos de representación unitaria así como sus competencias y facilidades para el desarrollo de su cometido, como la Ley Orgánica de Libertad Sindical, cuando hace lo propio con los órganos sindicales, atienden al número de trabajadores como criterio diferenciador.

Las explicaciones dadas a las distintas previsiones que la normativa laboral contempla en tema de representantes de los trabajadores según el tamaño de la empresa son de diverso orden.

LOPEZ GANDIA y DOMINGUEZ GONZALEZ⁴¹⁵ señalan tres: en primer lugar, el hecho de que para apreciar el interés colectivo siempre parece haberse exigido una cierta consistencia dimensional, de modo que sólo se reconocen y tutelan los derechos colectivos de los trabajadores en aquellos casos en que exista una cierta colectividad a nivel de empresa⁴¹⁶. En segundo lugar se menciona un argumento de tipo económico-organizativo, según el cual la extensión de los derechos sindicales a la pequeña empresa supondría una carga excesiva para las mismas, al conllevar un incremento de los costes económicos, así como una merma de la facultad empresarial de organización de la actividad productiva, todo lo cual sería difícilmente soportable por las empresas de reducidas dimensiones. En último término se

⁴¹⁵ LOPEZ GANDIA, J. y DOMINGUEZ GONZALEZ, A. "Régimen jurídico laboral vigente para las PYME", *Régimen jurídico-laboral de las PYMEs en España*, Egraf S.A., 1985, págs. 126 y ss.

⁴¹⁶ Así, ponen el ejemplo estos autores, de la regulación del derecho de huelga llevada a cabo por el R.D.L. 17/1977, en la que se exigían determinados requisitos cuantitativos para el ejercicio de este derecho, (requisitos que fueron declarados posteriormente inconstitucionales por la S.T.Co. de 8 de abril de 1981).

señala un argumento gradualista, según el cual la diversificación de los derechos sindicales en función de la dimensión de la empresa vendrían justificados por una extensión gradual de tales derechos, comenzando por la gran empresa para luego extenderse paulatinamente a la mediana y pequeña⁴¹⁷.

A los anteriores podría añadirse el de que por debajo de ciertos niveles de empleo, el legislador ha estimado que las relaciones entre los agentes sociales son lo bastante fluidas y están lo suficientemente personificadas como para no requerir de estructuras de representación de los trabajadores⁴¹⁸. Como apunta CUEVAS LOPEZ⁴¹⁹, con la

⁴¹⁷ Este último argumento es objeto de una especial crítica por los autores del artículo en cuestión en cuanto que con la aplicación de dicho criterio no se produce cambio alguno en la realidad existente: mientras que para los trabajadores de las grandes empresas, con la legislación de promoción de la representación del personal, no se logra sino el reconocimiento por vía legal de una situación de hecho, consolidándose conquistas ya alcanzadas; los de las empresas menores quedan sin la tutela adecuada, con el riesgo de que con semejante legislación se perpetúe la situación de inferioridad en que se encuentran estos trabajadores, al no proporcionar el apoyo necesario para superar las dificultades de sindicalización y de implantación de organizaciones de los trabajadores que se presentan en estas empresas.

⁴¹⁸ En estos términos se manifiesta ALBIOL MONTESINOS en "*Comités de empresa y ...*", cit., pág. 22. En el mismo sentido, RIVERO LAMAS, J., en "Umbrales de la representación sindical en las empresas. (Sobre la aplicación de los artículos 8º y 10 de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical)", *-Documentación Laboral*, nº. 21, 1987, págs. 44 y 45-, donde, por lo demás,

exigencia de un límite mínimo en el número de trabajadores preciso para la creación del órgano de representación, el derecho positivo *"trata de evitar la proliferación de representaciones en unidades que, por su escasa entidad, se entiende que no la necesitan"*.

156.- De lo que se trata a continuación es de apreciar en qué medida repercuten sobre las pequeñas y medianas empresas las diferenciaciones que contiene la normativa laboral en materia de representación, para lo cual se analizarán separadamente las dos formas de representación de los trabajadores existentes: la unitaria y la sindical.

a) LA REPRESENTACIÓN UNITARIA.

157.- Como es sabido, cuando el Estatuto de los Trabajadores, en el Título segundo, establece los órganos de representación de base electiva de los trabajadores, lo hace distinguiendo según el número de trabajadores de la

señala que *"a fin de cuentas, lo que pretende traducir aquella regulación limitando su aplicación mediante el establecimiento de 'umbrales de efectivos', es que el tratamiento reconocido con carácter garantizador por la norma ha de procurar fijar y mantener una relación, más o menos aproximada y constante, entre la extensión de los derechos y el volumen de trabajadores de las empresas"*.

⁴¹⁹ CUEVAS LOPEZ, J., *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*, cit., pág. 112.

empresa o centro de trabajo.

De este modo resulta que, según el artículo 62 del E.T., la representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de 50 y más de 10 trabajadores corresponde a los Delegados de Personal, pudiendo existir igualmente un Delegado de Personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, siempre que así lo decidan éstos por mayoría. Por otra parte, el Comité de empresa, definido en el artículo 63 como el "*órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses*", debe constituirse en cada centro de trabajo cuyo censo sea de 50 o más trabajadores.

Así pues, el número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo va a determinar la posibilidad de contar con una u otra forma de representación, dependiendo igualmente de este factor el número de representantes⁴²⁰.

⁴²⁰ Resulta de este modo que, según establece el artículo 62 del E.T., las empresas de hasta 30 trabajadores tendrán derecho a contar con un Delegado de Personal, mientras que las empresas entre 31 y 49 tendrán 3. Por lo que se refiere a los Comités de Empresa, el artículo 66 del E.T. fija la siguiente escala:

- De 50 a 100 trabajadores, 5.
- De 101 a 250 trabajadores, 9.
- De 251 a 500 trabajadores, 13.

Con ello se configura un modelo de representación de los trabajadores de las pequeñas empresas distinto del previsto para las empresas mayores; resultando, por lo demás, que en cierto tipo de pequeñas empresas (las de menos de 6 trabajadores), no existirá obligación legal de establecer representantes del personal, pudiendo pactarse su presencia con el empresario, pero en cualquier caso, a menos que así se acordase expresamente, sin todo el elenco de derechos, garantías y facilidades que el Estatuto recoge para los Delegados del Personal y miembros del Comité de Empresa⁴²¹.

158.- Para valorar adecuadamente el alcance que el establecimiento de distintos modelos de representación tiene sobre las empresas, se hace necesario indagar sobre varios aspectos. En concreto se debe: a) identificar cuál es el criterio de referencia que adopta la normativa (si la empresa o centro de trabajo); b) determinar si los

De 501 a 750 trabajadores, 17.

De 751 a 1.000 trabajadores, 21.

De 1.000 en adelante, 2 por cada mil o fracción con el máximo de 75.

⁴²¹ En este sentido, expresando la posibilidad de que en los centros de menos de 6 trabajadores existan estructuras representativas de los trabajadores, se manifiesta ALBIOL MONTESINOS, quien subraya el hecho de que, para que esta posibilidad se convierta en realidad, no basta con la decisión mayoritaria de los trabajadores, sino que se deberá contar también con la voluntad empresarial. (ALBIOL MONTESINOS, I. "Comités de empresa...", cit., pág. 23).

distintos órganos de representación tienen las mismas competencias o si, por el contrario, estas difieren en algún aspecto; c) ver si, y en su caso en qué medida, las facilidades y garantías reconocidas a estas representaciones varían en función de la dimensión de la empresa; d) observar las diferencias que pueda existir en el procedimiento de elección de una y otra institución.

a'.- EL CRITERIO DE REFERENCIA: ¿LA EMPRESA O EL CENTRO DE TRABAJO?.

159.- Por cuanto respecta al criterio a que se refiere la legislación para calcular el número de trabajadores a tomar en cuenta a efectos del establecimiento de estructuras representativas, el legislador se ha inclinado, de entre la doble alternativa posible, por el criterio del centro de trabajo⁴²². Los motivos para ello los circunscribe

⁴²² En este sentido: ALBIOL MONTESINOS, (*Comités de Empresa... cit.* pág. 18); ALONSO OLEA (*El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1987, págs. 276 y ss.); BORRAJO DACRUZ ("Delegados sindicales: ¿En la empresa o en el centro de trabajo?", *Actualidad Laboral*, nº. 34, 1987, pág. 1.854); RODRIGUEZ PIÑERO ("El reconocimiento legal de los Delegados Sindicales y las representaciones sindicales <<al margen>> de la Ley", *Relaciones Laborales*, nº.14, 1989, pág. 6); SALA FRANCO y ALBIOL MONTESINOS (*Derecho Sindical*, segunda edición, Valencia, 1992, págs. 182 y ss.). De modo diverso lo entiende OJEDA AVILES, quien considera que la disyuntiva que plantea el E.T. entre centro de trabajo y empresa, debe resolverse en

BORRAJO DACRUZ a "*las razonables exigencias del principio de inmediación en las relaciones entre la base de los representados y su representación*"⁴²³.

Las consecuencias que se derivan de la elección del centro de trabajo como criterio de referencia no son otras que un mayor número de empresas carentes de representantes de los trabajadores, así como ofrecer la posibilidad de que se produzcan maniobras empresariales tendentes a privar a los trabajadores de sus estructuras representativas por el procedimiento de reducir el número de trabajadores en determinados centros de trabajo⁴²⁴.

160.- En cierta medida para evitar esto último,

sentido *pro operario*, de forma que deberá atenderse al establecimiento cuando éste alcance por sí mismo la dimensión exigida, y a la empresa, cuando ninguno de sus establecimientos aisladamente reúna el número mínimo de trabajadores requerido, pero sí en su conjunto (OJEDA AVILES, A. *Derecho Sindical*, cuarta edición, Madrid, 1988, pág. 251).

⁴²³ BORRAJO DACRUZ, E. "Delegados sindicales: ¿En la empresa o en el centro de trabajo?", *cit.*, pág 1.854.

⁴²⁴ Además, como señala RODRIGUEZ PIÑERO, al centrarse la atención en el lugar donde las decisiones empresariales pueden incidir directamente sobre los trabajadores y no sobre el lugar donde tales decisiones son adoptadas, "*se garantiza una proximidad a los problemas que no coincide siempre con la proximidad a la resolución efectiva de los mismos*". (RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La representación de los trabajadores a nivel de empresa", *Relaciones Laborales*, nº. 2, 1993, pág. 14.

y en previsión de posibles situaciones de empresas con varios centros, algunos de ellos con un número de trabajadores suficiente para contar con representación del personal y otros no, el Estatuto de los Trabajadores establece una serie de criterios correctores en relación con el Comité de Empresa⁴²⁵. De este modo, el artículo 63.2 del E.T. establece que *"en la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los 50 trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un Comité de Empresa conjunto. Cuando unos centros tengan 50 trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán Comités de Empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro"*.

Con estas disposiciones (que responden, como apunta MIÑAMBRES PUIG, al principio de "mejor una

⁴²⁵ A pesar de que el Estatuto de los Trabajadores refiere estos criterios correctores a los Comités de Empresa, RAMIREZ MARTINEZ entiende que pueden aplicarse asimismo respecto de los Delegados de Personal, considerando posible la existencia de Delegados en aquellos supuestos en que existan varios centros de trabajo, algunos con más de 10 trabajadores y otros con menos, de manera de que se elijan Delegados en el/los centro/s que ocupen a más de 10 trabajadores, y los restantes, si ocupan en su conjunto a más de 10, elegirán conjuntamente a un Delegado (RAMIREZ MARTINEZ, M, *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981).

representación que ninguna"⁴²⁶) se evita, en alguna medida, el vacío de órganos de representantes de los trabajadores derivado del fenómeno de descentralización de las empresas, si bien dicho remedio no es completo, pues afecta únicamente a aquellas empresas con varios centros en una misma provincia, o bien en provincias distintas pero en municipios limítrofes, no contemplándose, por tanto, los supuestos de empresas con varios centros de trabajo en distintas provincias que no estén situados en municipios limítrofes.

161.- Dos son las cuestiones que suscita la aplicación de estos criterios correctores, una referida a la posibilidad de que los centros establezcan estructuras propias de representación (Delegados de Personal) sin necesidad de reagruparse con otros centros; y, la segunda, relativa a los requisitos exigidos para establecer un Comité conjunto cuando se trate de empresas que en una misma provincia tengan unos centros con 50 o más trabajadores y otros con un volumen de efectivos inferior a dicha cifra.

⁴²⁶ MIÑAMBRES PUIG, C., *El Centro de Trabajo, cit.*, pág. 195.

Sobre la primera de las dudas, la jurisprudencia⁴²⁷ ha venido excluyendo la posibilidad de que en los supuestos contemplados en este precepto, los distintos centros pudiesen designar una representación propia (Delegados de Personal), sin reagruparse con otros centros con objeto de elegir un Comité de Empresa, en base al carácter imperativo con el que está formulado el artículo 63.2 del E.T., imponiendo el agrupamiento en un Comité de Empresa conjunto.

Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas, cabe señalar que el criterio referido a los supuestos en que una empresa tenga, dentro de una misma provincia, unos centros con 50 trabajadores y otros con menos, nada dice acerca de la necesidad de que con el reagrupamiento de éstos últimos se alcance el umbral de los 50 trabajadores para constituir con todos ellos un Comité de Empresa conjunto, por lo que una parte de la doctrina ha considerado que en estas ocasiones la constitución de un Comité de Empresa conjunto no se encuentra subordinada a que la suma de los trabajadores de tales centros alcance la cifra de

⁴²⁷ Entre otras, las SS.M.T. de Madrid 723/86 de 11 de noviembre; 66/86 de 28 de noviembre; 479/86 de 12 de noviembre; y 446/86 de 22 de noviembre.

50⁴²⁸, configurándose de este modo una excepción a la regla general de 50 trabajadores como umbral a partir del cual cabe la constitución de Comités de Empresa.

Sobre el particular, lo que la jurisprudencia ha admitido en tales ocasiones ha sido la constitución de un único Comité de Empresa conjunto para todos los centros de la provincia, independientemente de que alcancen o no, aisladamente considerados, el mínimo legal exigido para constituirlo por sí solos. En este sentido, la S.T.C.T. de 9 de junio de 1986 (Ar. 5310) señala que *"si bien el invocado art. 63.2 del Estatuto de los Trabajadores no prevé el supuesto de aquellas empresas que, además de un centro de trabajo con plantilla superadora de 50 trabajadores, tuviera en la misma provincia otros centros, cuyos censos, aun sumados entre sí, no alcanzaran tal número, no contiene prohibición alguna que impida que al constituirse el Comité del primero de dichos centros, se hiciera con el ámbito conjunto que previene el propio precepto para el distinto supuesto que se contempla. Tal ausencia de prohibición induce a pensar*

⁴²⁸ En este sentido se manifiesta ALBIOL MONTESINOS, entendiendo que en tales supuestos el Comité de Empresa deberá estar integrado por cinco miembros, por cuanto ésta es la cifra mínima señalada en el art. 66.1 del E.T. (Comités de empresa..., cit., págs. 21 y 22).

que es legalmente posible la formación de un comité conjunto de los centros en los que concurren dichas circunstancias".

162.- Dentro de la doctrina española, quien más ha mostrado una actitud crítica respecto de la solución que ofrece el E.T. a la hora de adoptar los criterios que permiten la constitución del Comité de Empresa, ha sido RIVERO LAMAS.

Según este autor, quien considera que el ámbito al que se remite el E.T. para el cómputo del número de trabajadores es el centro de trabajo, la norma legal *"fomenta la dispersión de las representaciones colectivas en perjuicio de su proyección solidaria"*, de manera que los órganos de representación quedan distanciados entre sí *"en perjuicio de su acción unitaria en la empresa como organización económica principal y centro decisorio que se proyecta sobre las unidades productivas menores"*. Además, estima inadecuados los mecanismos para extender la constitución de los Comités de Empresa previstos en el artículo 63.2 por cuanto suponen *"agravar los desajustes entre el volumen del colectivo real y su representación, por mor de una agrupación artificiosa de centros, extendiendo la aplicación del régimen de*

representación unitaria a supuestos en los que no existe el volumen censal mínimo para la constitución de comité"⁴²⁹.

También se muestra crítico con la adopción de estos criterios correctores CUEVAS LOPEZ⁴³⁰, quien considera que al darse preeminencia al criterio automático del volumen de empleo (obtenido, por lo demás, artificialmente, al computar a trabajadores de distintos centros), se pierde la correspondencia que debe existir entre la representación y el colectivo de trabajadores representado, apareciendo una representación sin base homogénea, "*de ámbito impropio*", poco adecuada para desarrollar una función coherente y eficaz.

163.- En mi opinión, si bien considero que es loable la finalidad perseguida con el establecimiento de los criterios correctores del art. 63.2 del E.T. (es decir, la extensión de la representación de los trabajadores a aquellas unidades que por no contar con el censo suficiente carecen de legitimación para

⁴²⁹ RIVERO LAMAS, J. "Umbrales de la representación sindical...", *cit.*, págs. 57 y ss.

⁴³⁰ CUEVAS LOPEZ, J., *Estructura y función...*, *cit.*, págs. 113 y 114.

ostentar representación propia), existen, ciertamente, algunos desajustes en las medidas adoptadas por el legislador.

Así, no se entiende por qué se les priva de representación propia a unos centros que reúnen un número de trabajadores suficiente para ello, por el solo hecho de estar radicados en una provincia donde su misma empresa cuenta con otros centros, en alguno de los cuales sí se supera la cifra de 50 trabajadores, ya que de este modo resultan perjudicados todos aquellos centros con más de 6 trabajadores pero menos de 50 que podrían gozar de representación propia, viéndose avocados a compartir una representación para todos ellos, con lo que la lejanía de los representantes respecto de los representados se acentúa.

b'.- LAS FUNCIONES DE LOS DELEGADOS DE PERSONAL Y DE LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE EMPRESA.

164.- Una de las muchas cuestiones que se suscitaron tras la promulgación de la Ley 8/1980 por la que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores, fue la de las competencias que tenían atribuidas los distintos órganos de representación unitaria del personal, es decir, Delegados de Personal y Comités de Empresa,

discutiéndose si estos dos órganos de representación compartían las mismas funciones⁴³¹ o si, por el contrario, éstas eran distintas en uno y otro caso.

El tema surgió en base a que el Estatuto parecía asignarles competencias diferentes ya que, de un lado, el artículo 64 refería las competencias en él previstas exclusivamente al Comité de Empresa; y, de otro, el artículo 62.2 contemplaba, si bien con grandes dosis de indeterminación y vaguedad, algunas competencias específicas para los Delegados de Personal⁴³².

En relación con este tema, cabe referirse a la postura mantenida por CUEVAS LOPEZ, quien, considerando

⁴³¹ Esta era la postura mantenida, entre otros, por los profesores DE LA VILLA, GARCIA BECEDAS, y GARCIA-PERROTE, en *Instituciones de Derecho del Trabajo*, de 1983, pág. 365, en base a que una interpretación contraria carecería de todo fundamento de peso, aduciendo además, la paridad de trato que el Estatuto de los Trabajadores concede a ambos órganos de representación unitaria. Reconociendo la igualdad de funciones se manifestó, asimismo, RAMIREZ MARTINEZ, en *El Estatuto de los Trabajadores...*, cit., pág. 480.

⁴³² El apartado segundo del artículo 62 establecía: " Los delegados de personal ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos, interviniendo en cuantas cuestiones se susciten en relación con las condiciones de trabajo del personal que representen y formulando reclamaciones ante el empresario, la autoridad laboral o las entidades gestoras de la Seguridad Social, según proceda, sobre el cumplimiento de las relativas a higiene y seguridad en el trabajo y Seguridad Social".

que Delegados de Personal y Comités de Empresa responden a necesidades y cometidos diversos⁴³³, se mostraba contrario a la automática equiparación de funciones de ambos órganos de representación. Precisamente por ello, por entender que uno y otro órgano cumplían funciones específicas, este autor criticaba el hecho de que se dividiese la representación de la empresa en unipersonal y colegiada según las dimensiones de la empresa, afirmando que cada órgano podría, cubriendo su propio espacio, coincidir dentro de un mismo ámbito orgánico o territorial⁴³⁴.

165.- En todo caso, la cuestión acerca de las competencias, distintas o no, de Delegados de Personal y Comités de Empresa, se zanjó con la reforma del Estatuto operada en virtud de la Ley 32/1984 por la que se modificó, entre otros, el artículo 62, donde se señala, en su nueva redacción, que *"los Delegados de Personal ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos, y tendrán las mismas competencias establecidas para los*

⁴³³ De este modo señalaba que mientras *"el órgano unipersonal extiende su acción a cuanto se refiere a la relación laboral, ... el colegiado amplía su campo a los dominios económicos y financieros de la empresa"*. (CUEVAS LOPEZ, J. *Estructura y función...*, cit., pág. 230).

⁴³⁴ Op. cit., pág. 227.

Comités de Empresa", equiparándose por consiguiente las funciones de uno y otro órgano de representación, y haciendo que la diferencia entre ellos sea únicamente terminológica.

Ciertamente, como puso en su momento de manifiesto la doctrina, quizá hubiera sido más conveniente modalizar las funciones de uno y otro órgano en función de la dimensión de la empresa, ya que no es descabellado pensar que las pequeñas empresas, debido a su menor disposición de medios y a su menor infraestructura, no puedan cumplir satisfactoriamente con alguno de los requisitos derivados de las nuevas competencias atribuidas a los Delegados de Personal⁴³⁵,

⁴³⁵ Con un razonamiento similar, el diputado del Grupo Centrista MORENO GARCIA defendía, el texto propuesto frente a la enmienda nº. 551 presentada por el Grupo Comunista en el Congreso de los Diputados, por la que se pretendía la incorporación al artículo 60 del proyecto (62 del texto definitivo) de un párrafo por el que se equiparasen expresamente las facultades de los Delegados de Personal a las que se atribuyen al Comité de Empresa. Así, señalaba este diputado, *"realmente, no sería fácil dar las mismas competencias a la representación de una empresa donde hay 15 trabajadores que a la representación de una empresa donde hay 15.000. Ni sería, lógicamente, la misma capacidad de trabajo con respecto a la representación de los trabajadores, ni la misma exigencia se le podría poner al titular de la empresa para dar datos, para estar en conversaciones, para tener una serie de competencias importantes que lo son en empresas de tipo mediano o grande..., pero en las empresas pequeñas, igual en Derecho comparado que en España, el delegado de personal tiene unas funciones lógicamente limitadas, reducidas,*

fundamentalmente en lo que se refiere a los derechos de información pasiva de contenido económico (evolución general del sector al que pertenece la empresa, situación de la producción y ventas de la entidad, programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa); así como a los relativos al tema de la seguridad e higiene en la empresa (índices de absentismo y siniestralidad, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, estudios sobre el medio ambiente laboral, etc.-), lo que, al entender de RODRIGUEZ SAÑUDO, conducirá al surgimiento de conflictos de difícil solución, dejando a la Ley "abandonada a la inseguridad de su aplicación en la práctica"⁴³⁶.

Así, la cuestión de las materias que deben ser objeto de información, la periodicidad en que ésta deba proporcionarse, el modo en que deba ser facilitada, etc., son puntos en los que la dimensión de la empresa debería haber desempeñado una función diversificadora de la normativa sobre las competencias de Delegados de Personal y Comités de Empresa, por cuanto se trata de competencias que "hay que medirlas esencialmente en

comparativas al propio tamaño de la empresa".

⁴³⁶ RODRIGUEZ SAÑUDO, F. "La reforma del Título II de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", cit., págs. 24 y 25.

términos de costos económicos y de dedicación de tiempo para elaborarlas, que son mayores a medida que disminuye la dimensión de la empresa"⁴³⁷.

Por todo ello, concluía RODRIGUEZ SAÑUDO, con la reforma operada en virtud de la Ley 32/1984 se perdió la oportunidad de, manteniendo la paridad en el tratamiento de ambas representaciones, adaptar el contenido del artículo 64 a las características propias de las empresas de menor dimensión.

La misma objeción cabría formular a la reciente reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994 de 19 de mayo, puesto que si uno de los hilos conductores de la misma ha sido la adaptación de la normativa laboral a las peculiaridades de las empresas, no se ha aprovechado para diferenciar las funciones que deben desempeñar los órganos de representación unitaria en base a la dimensión de la empresa.

c'.- GARANTÍAS Y FACILIDADES RECONOCIDAS A LOS
ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN UNITARIA.

166.- Una vez constatado que ambas representaciones

⁴³⁷ DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa...*,
cit., pág. 104.

ostentan las mismas competencias, lo que se pretende seguidamente es comprobar si Delegados de Personal y Comités de Empresa tienen atribuidos por ley los mismos medios para su ejercicio, de manera que pueda llegarse a determinar si ambas representaciones cuentan con los mismos instrumentos para el eficaz desempeño de sus funciones.

Los medios para favorecer el ejercicio de las funciones de los representantes de los trabajadores tienen una doble vertiente. De un lado se trata de concederles las facilidades apropiadas para el desempeño rápido y eficaz de sus funciones, lo que supone necesariamente dotarles de los instrumentos adecuados para facilitar la comunicación con sus representados. De otro, se trata de reconocerles las garantías adecuadas que aseguren su protección frente a todo acto del empresario que pueda perjudicarles por razón de su condición de representantes o de las actividades que desarrollen como tales.

167.- Pero ni las facilidades ni las garantías con que debe revestirse a los representantes del personal son ilimitadas. En este sentido, los artículos 1 y 2 del Convenio 135 de la O.I.T., relativo al tema, contemplan ciertos límites. Así, mientras el artículo

1 condiciona la protección de los representantes frente a decisiones empresariales a que "*actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor*"; el artículo segundo supedita las facilidades a concederles a "*las características del sistema de relaciones obrero-patronales del país y las necesidades, importancia y posibilidades de la empresa en cuestión*" (art.2.2), sin que tales facilidades perjudiquen "*el funcionamiento eficaz de la empresa interesada*" (art. 2.3).

En estas disposiciones se pone de manifiesto la distinta naturaleza de los límites que pesan sobre los mecanismos existentes para facilitar la actividad representativa: mientras que en el caso de las garantías se trata de límites ajenos a la empresa, que no tienen otro objeto que evitar posibles actuaciones abusivas de los representantes amparados en la protección que se les debe otorgar por su condición; en el caso de las facilidades, lo que debe tenerse en cuenta no es más que las propias circunstancias de la empresa, debiendo valorarse si ésta puede soportar las cargas en que se traducen los mecanismos de apoyo a la actividad de los representantes de los trabajadores.

168.- Dentro de la normativa laboral española, el

Estatuto de los Trabajadores reconoce una serie de garantías (prohibición de despido, o de cualquier otra sanción, del representante motivado en las acciones realizadas en el ejercicio de su representación; prohibición de la discriminación económica y profesional del representante; prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas; y libertad para la expresión de sus opiniones), tanto a Delegados de Personal como a miembros del Comité de Empresa, sin considerar, por lo tanto, la dimensión de a empresa a la hora de su regulación.

Es en la regulación de determinadas facilidades donde se produce una discriminación de las empresas según su tamaño, respondiendo ello a la necesidad de no imponer cargas cuyo cumplimiento resultaría demasiado gravoso para determinadas empresas. Esto es lo que sucede con la regulación de la obligación de proporcionar un local a los representantes de los trabajadores, así como con la regulación de los créditos de horas que se les debe conceder para el ejercicio de sus funciones⁴³⁸.

⁴³⁸ En relación a la obligación de proporcionar un tablón de anuncios la doctrina estima que, a pesar de que ésta se encuentra formulada junto a la obligación de proporcionar un local, la cual se condiciona a las características propias del

169.- Por lo que se refiere a la obligación de proporcionar un local, el artículo 81 del Estatuto dispone la necesidad de que en las empresas o centros de trabajo, "*siempre que sus características lo permitan*", se ponga a disposición de los Delegados de Personal o del Comité de Empresa un local adecuado en el que puedan desarrollar sus actividades y comunicarse con los trabajadores. El hecho de que el precepto condicione la obligación de proporcionar el local a las características del centro de trabajo o de la empresa, sirve de fundamento para entrar a valorar la dimensión de la empresa como uno de los factores que permitirán considerar que una empresa no está afectada por dicha obligación⁴³⁹.

Respecto de esta cuestión, la doctrina entiende que el derecho a local se configura como un derecho a nivel de centro de trabajo y no de empresa, razonando que es el primero y no ésta la unidad que se toma como

centro, no cabe considerar que sucede lo mismo con la obligación de proporcionar un tablón, puesto que por su naturaleza siempre será de posible cumplimiento. (En este sentido: ALBIOL MONTESINOS, *op. cit.* pág. 197; ALONSO OLEA. M. *El Estatuto de los Trabajadores... cit.*, pág. 327).

⁴³⁹ Ahora bien, como señala OJEDA AVILES, la dimensión de la empresa no puede, por sí sola, ser condición determinante para una negativa del empresario (OJEDA AVILES, M. *Derecho Sindical*, 4ª edición, Madrid, 1988, pág. 278).

referencia en la Ley para el montaje de estructuras representativas, estimando además que las características a tener presentes son las del centro de trabajo, y no las de la empresa⁴⁴⁰.

Una importante consecuencia derivada de esta postura consiste en que podría darse la circunstancia de que algunos centros de trabajo, e incluso la totalidad de los mismos, pertenecientes a empresas con capacidad suficiente, tanto económica como de infraestructura, para proporcionar locales a los representantes, quedaran relevados de dicha obligación en atención a sus propias características, sin considerar las de la empresa en su conjunto. Por otra parte, considerar el centro de trabajo y no la empresa como ámbito dentro del cual debe configurarse el derecho a local, supone un importante obstáculo para que los Comités de Empresa Conjuntos puedan contar con esta facilidad cuando, precisamente por sus características, es este tipo de comité quien más se encuentra necesitado de un lugar de reunión donde desarrollar normalmente su tarea representativa.

⁴⁴⁰ En este sentido, ALBIOL MONTESINOS, I. "Comités de empresa y delegados de personal", cit., pág. 198. BORRAJO DACRUZ, E. "Delegados sindicales..." cit. pág. 1854.

En todo caso, tampoco parecería demasiado razonable exigir a la empresa la puesta a disposición de un local en favor de los representantes de los trabajadores en atención al volumen de efectivos por ella empleado, cuando éstos se encuentren excesivamente dispersos. Entiendo que en este supuesto sería de interés tener en cuenta el factor geográfico para determinar la exigencia de conceder o no ésta facilidad a los representantes de los trabajadores, de manera que si entre los distintos centros mediara una "distancia razonable" sí que pudiera exigirse. Por lo demás, si lo que se pretende es excluir de esta obligación a aquellas empresas para las cuales su cumplimiento pudiera resultar excesivamente gravoso, debería permitirse su exención siempre y cuando se atendiese a criterios que objetivamente demostrasen la imposibilidad o especial penosidad que pudiera suponer el cumplimiento de la misma.

170.- En segundo lugar, sobre el crédito de horas que debe concederse a cada uno de los miembros del Comité de Empresa o de los Delegados de Personal, en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, el artículo 68.e) del E.T. establece una escala en función del número de trabajadores de la empresa:

Hasta 100 trabajadores, 15 horas.

De 101 a 250 trabajadores, 20 horas.

De 251 a 500 trabajadores, 30 horas.

De 501 a 750 trabajadores, 35 horas.

De 751 en adelante, 40 horas.

Con esta regulación del crédito de horas en atención al número de trabajadores de la empresa, el E.T. ha supuesto una reducción de las horas atribuidas a los representantes del personal para el ejercicio de sus funciones, ya que la normativa anterior al Estatuto (el Decreto 1878/1979 de 23 de julio), concedía un crédito de 40 horas mensuales a todos los representantes de los trabajadores, independientemente de la dimensión de la empresa⁴⁴¹.

Una justificación al hecho de tomar el número de trabajadores para ampliar el número de horas que se concede a cada representante, es la de que a medida que es mayor la cantidad de trabajadores más compleja se vuelve la tarea de representación, al ser más frecuentes, y de una mayor magnitud, los problemas y

⁴⁴¹ Hecho que motivó diversos debates en la tramitación parlamentaria del Estatuto de los Trabajadores.

cuestiones que se plantean⁴⁴².

Recientemente DEL REY GUANTER⁴⁴³ ha mostrado su contrariedad con el hecho de que la escala prevista en el art. 68.e) del E.T. no establezca distinciones en el crédito de horas reconocido a los representantes de los trabajadores por debajo del umbral de los 100 trabajadores, por cuanto que con los niveles que actualmente se contemplan, se atribuye el mismo crédito a las empresas que cuenten con 20 trabajadores que a aquellas que empleen a 80, lo que es clasificado por el citado autor como "excesivo", en tanto que estas divisiones parecen "demasiado groseras" en un tema que tiene indudable trascendencia económica.

A mi juicio ello no es completamente cierto, en tanto que, de la combinación de las escalas previstas en los arts. 62.1, 66.1 y 68.e), resulta que según se incrementa el volumen de efectivos de la empresa también aumenta el número de representantes, así como

⁴⁴² En este sentido, BARREIRO GONZALEZ, G. *El crédito de horas de los representantes de los trabajadores*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984, págs. 61 y 62; SALA FRANCO y ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Sindical*, Valencia, 1992, pág 261. También la S.T.C.T. de 23 de noviembre de 1987 (Ar. 26772).

⁴⁴³ DEL REY GUANTER (*La dimensión de la empresa...*, cit., pág. 107)

el número de horas concedido a cada uno de ellos⁴⁴⁴, lo que tiene como consecuencia una menor disponibilidad de tiempo de los representantes por trabajador, a medida que disminuye la dimensión de la empresa⁴⁴⁵.

Precisamente es por ello por lo que BARREIRO GONZALEZ⁴⁴⁶, propugna que se conceda a todos los

⁴⁴⁴ Así lo pusieron de relieve, en los debates parlamentarios del E.T., los diputados Camacho, del *Grupo Parlamentario Comunista*, en la defensa de la enmienda 557 presentada por su grupo; y Bandrés Molet, del *Grupo Mixto*, en la defensa de la enmienda nº. 163.

⁴⁴⁵ De este modo, por lo que se refiere a los Delegados de Personal, mientras que en una empresa con 30 empleados el Delegado de Personal dispondrá de 15 horas (30 minutos por trabajador); en una empresa de 49, los 3 Delegados podrán emplear un total de 45 horas (54,6 minutos por trabajador).

Igualmente sucede en relación con los miembros del Comité de Empresa: mientras en una empresa de 100 trabajadores, los 5 miembros del Comité tendrán derecho, en conjunto, a 75 horas (45 minutos por trabajador), en las empresas de 1000, los 21 miembros de este órgano dispondrán de un total de 840 horas (50,4 minutos por trabajador).

⁴⁴⁶ Para este autor el juego combinado de los artículos 68.e) y 62.1 y 66.1 del E.T., supone un cierto trato de favor para las grandes empresas, ya que al estancarse en 40 el crédito de horas mensuales a partir de 751 trabajadores, y al aumentar tan sólo en un 2 por mil o fracción el número de representantes, con el límite máximo de 75, el coste económico de las horas de representación es proporcionalmente menor a medida que aumenta el tamaño de la empresa (*Op. cit.* pág. 63).

Esta ventaja otorgada a las grandes empresas contrasta con la finalidad perseguida por el precepto, que no es otra que la protección a la pequeña empresa, así como la adecuación de la normativa a sus necesidades (según señalaba el diputado PEREZ MIYARES del *Grupo Centrista*, en la defensa al texto

representantes el mismo número de horas, compensando las mayores complejidades derivadas del mayor número de trabajadores, únicamente con el incremento del número de representantes⁴⁴⁷.

Donde, en mi opinión, sí pudiera ser necesario diversificar el número de horas concedido a los representantes de los trabajadores en función de la dimensión de la empresa, es en relación a los Delegados de Personal ya que, dado el escaso juego que posibilita el número de los mismos a elegir (1 en las empresas de hasta 30 trabajadores y 3 en las de hasta 49), parece imprescindible introducir diferencias en cuanto al número de horas de que van a disponer los mismos, cuestión ésta que aparece como más trascendente si se tiene en cuenta que las diferencias cualitativas que puedan existir entre las distintas empresas según su tamaño, se hacen más patentes a medida que éstas se

propuesto frente a las enmiendas presentadas al mismo en los debates parlamentarios sobre el E.T.). Contrasta asimismo con esta finalidad, el hecho de que la proporción del número de horas de los representantes en función del volumen de efectivos de la empresa sea más elevada en las empresas de 31 a 49 trabajadores (véase nota anterior).

⁴⁴⁷ BARREIRO GONZALEZ, G. *Op. cit.*, pág. 62.

hacen más pequeñas⁴⁴⁸.

En el resto de los casos, las posibles inadecuaciones entre el número de horas y el de trabajadores podrían resolverse introduciendo una mayor graduación en los niveles (previstos en el art. 66) relativos al número de representantes en función del volumen de empleo.

Por lo demás, y si bien una diferenciación en el crédito de horas en función de la situación económica de la empresa, tal y como sugiere DEL REY GUANTER⁴⁴⁹, parece en principio algo razonable, hay que tener presente que la Recomendación 143 de la O.I.T. establece que los representantes deberán contar con el "tiempo libre necesario", por lo que una excesiva diversificación de la normativa en este punto atendiendo al citado criterio podría dejar a la legislación española al margen de la línea marcada por

⁴⁴⁸ En este mismo sentido, DEL REY GUANTER, (*op. cit.*, pág. 13), quien pone el ejemplo de las mayores diferencias que existe, desde la perspectiva de las relaciones laborales, entre una empresa de 10 trabajadores y otra de 40, frente a las que cabe apreciar entre una empresa de 460 y otra de 500, a pesar de que la diferencia en el número de trabajadores es la misma (40).

⁴⁴⁹ *Op. cit.*, pág. 107.

tal Recomendación⁴⁵⁰.

d'.- DIFERENCIAS EN EL PROCEDIMIENTO DE ELECCIÓN DE
AMBOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN UNITARIA.

171.- Una última cuestión a la que cabe hacer referencia dentro del análisis de la influencia de la dimensión de la empresa sobre la regulación de los órganos de representación unitaria, es la relativa a las diferencias que es posible encontrar en los procedimientos de elección de ambos tipos de representación, regulados en los artículos 69 y ss. del Estatuto.

En este sentido, si bien en la determinación de los sujetos electores y elegibles no se establece diferenciación alguna según el tamaño de la empresa, en cuestiones como la promoción de elecciones, colegios electorales, constitución de la Mesa electoral, votación, etc., el número de trabajadores de la empresa

⁴⁵⁰ En este sentido cabe referirse a las opiniones manifestadas por BARREIRO GONZALEZ (*op. cit.*) y DE LA VILLA GIL (*La participación de los trabajadores en la empresa*. Madrid. 1980), quienes consideran que si bien la actual regulación del crédito de horas puede haber aliviado la carga económica de las pequeñas empresas al realizar un trato diferenciado según la dimensión de la empresa, podría mantenerse que esta regulación es contraria a la Recomendación 143 de la O.I.T.

sí ejerce un importante papel diversificador.

172.- Por lo que se refiere a la promoción de elecciones a representantes de los trabajadores hay que tener presente que, en los casos en que el centro de trabajo tenga entre 6 y 10 trabajadores, serán únicamente los propios trabajadores del centro los que, por decisión mayoritaria, podrán promover elecciones, quedando excluidas de tal posibilidad tanto las organizaciones sindicales más representativas, como las que cuenten con un mínimo de un 10 por ciento de representantes en la empresa (sujetos legitimados, según el artículo 67 del E.T., para promover elecciones a Delegados de Personal y miembros del Comité de Empresa). Ello se deduce del tenor literal del artículo 62, en el que se señala que en estos casos podrá haber un Delegado de Personal *"si así lo decidieran éstos (los trabajadores) por mayoría"*, sin que la voluntad de los trabajadores para la iniciación del proceso electoral en estos supuestos pueda ser sustituida por la voluntad de las organizaciones sindicales más representativas⁴⁵¹.

⁴⁵¹ En este sentido, la S.M.T. de Baleares 541/86 de 27 de noviembre, y la S.T.S.J. de Navarra de 15 de marzo de 1991 (As. 2123), donde se dice que el reconocimiento legal, -en el art. 67 del E.T.-, a los sindicatos más representativos de iniciativa en materia electoral, no les autoriza *"para promover*

La razón de ser de esta exclusión de los sindicatos respecto de la promoción de elecciones de representantes unitarios de los trabajadores parece estribar en la toma en consideración por parte del legislador de las peculiares circunstancias de las unidades productivas de reducidas dimensiones, ya que la estrecha convivencia entre trabajadores y empresario en este tipo de empresas crea un ambiente de trabajo que podría verse enrarecido con la presencia de elementos interpuestos en las relaciones, normalmente individualizadas, que existen en este tipo de empresas, por lo que la sindicalización de las relaciones laborales de la empresa puede ser un factor no querido incluso por los propios trabajadores⁴⁵².

Este es el motivo por el que resulta criticable la corriente jurisprudencial que, teniendo como objetivo el facilitar la presencia de representantes de los trabajadores en las pequeñas empresas, ha venido siendo muy benévola con el requisito de que sean los propios

dicha elección en empresas o centros de trabajo de entre seis y diez trabajadores en que la adopción de este instrumento representativo de participación en la empresa no cuenta con el apoyo mayoritario de la plantilla, al punto de sustituir por la suya propia la voluntad de la mayoría de los trabajadores a la que la Ley ha supeditado su asunción".

⁴⁵² Vid. *infra*.

trabajadores los que, por mayoría, acuerden la celebración de elecciones⁴⁵³.

173.- También respecto de la constitución de colegios y Mesas electorales la normativa pone su mirada en el volumen de efectivos de la empresa para decidir su número.

De este modo, mientras que en la elección de Delegados de Personal solamente existirá un colegio electoral, en la elección del Comité de Empresa, cuando las empresas ocupen más de 50 trabajadores, el censo de electores y elegibles se distribuirá en dos colegios: uno integrado por los técnicos y administrativos, y otro por los trabajadores especialistas y no cualificados.

La finalidad de los dos colegios en empresas de más de 50 trabajadores es la de intentar respetar los intereses minoritarios que puedan existir en la plantilla, esto es, *"permitir la presencia en el comité de representantes de un grupo pequeño del centro de trabajo, que en principio no alcanzaría representación, pero que puede tener una identidad propia que haga*

⁴⁵³ En este sentido, CRUZ VILLALON, J., "El desarrollo del proceso electoral 'sindical'...", cit., págs. 32 y 33.

aconsejable tal diferenciación"⁴⁵⁴.

El motivo de que se circunscriba esta posibilidad a las empresas de más de 50 trabajadores puede consistir en el hecho de que en las de menos volumen de empleo, el número de representantes a elegir (uno en las empresas de 6 a 30 trabajadores, y tres en las de 31 a 49) tampoco podría permitir una representación de intereses minoritarios.

Sobre esta cuestión, llama la atención la incongruencia del legislador a la hora de determinar el umbral que dará lugar a la distribución del censo en dos colegios, ya que si la idea es la de que ello sea así cuando se trate de elegir Comités de Empresa⁴⁵⁵, al escoger el umbral de "más de 50 trabajadores", quedan fuera de esta norma las empresas que cuenten con un volumen de empleo de 50 trabajadores, las cuales, según establece el art. 63 E.T., deberán elegir un Comité de Empresa.

Por lo demás, y si bien el precepto habla

⁴⁵⁴ CRUZ VILLALON, "El desarrollo del proceso electoral 'sindical'...", *cit.*, pág. 59)

⁴⁵⁵ En este sentido, PEREZ DEL RIO, T., "La reforma de la representación unitaria en la empresa", *cit.*, pág. 181.

exclusivamente de *empresas* de más de 50 trabajadores, entiendo que lo sensato es referir esta cifra al ámbito espacial que se vea afectado por las elecciones (centro de trabajo o empresa).

Estas dos últimas cuestiones han sido corregidas en las disposiciones de desarrollo de las normas sobre elecciones de los representantes de los trabajadores en la empresa. Así, tanto el derogado R.D. 1311/1986 como el actualmente en vigor R.D. 1844/1994, hablan de empresas o centros de trabajo de 50 o más trabajadores (art. 8.2 del R.D. 1311/1986, y el 6.3 del R.D. 1844/1994). De este modo se resuelven las disfuncionalidades que cabe apreciar en el texto del Estatuto de los Trabajadores en relación a la constitución de colegios electorales.

174.- De otra parte, acerca de la Mesa electoral también cabe apreciar diferencias según la cantidad de trabajadores ocupados: tanto el número Mesas como el procedimiento que las mismas deben seguir varían en función de este parámetro.

Así, por lo que se refiere al primero de los temas planteados, debe tenerse en cuenta que en los centros de trabajo de menos de 50 trabajadores así como en las

elecciones de colegio único existirá una única Mesa, mientras que en los demás centros de trabajo se constituirá una Mesa en cada colegio por cada 250 trabajadores electores⁴⁵⁶ o fracción (arts. 73.1 del E.T. y 5.1 del R.D. 1844/1994⁴⁵⁷).

En cuanto al procedimiento de actuación de la Mesa, éste difiere según el órgano de representación que se vaya a elegir (Delegados de Personal o Comités de empresa), con unos plazos más reducidos en el supuesto de elecciones de Delegados de Personal, sin que puedan transcurrir en este caso más de 10 días entre la constitución de la Mesa y la fecha de las elecciones (art. 74 E.T.).

Resulta, por consiguiente, que la dimensión de la empresa, al ser el criterio que implica la elección de uno u otro tipo de órgano, es el factor decisivo que

⁴⁵⁶ Nótese que en este caso el volumen de empleo hace referencia al número de trabajadores que tengan la condición de electores (es decir, que sean mayores de 16 años y que tengan una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes), por lo que esta cifra no tiene por qué coincidir necesariamente con el volumen de efectivos que prestan sus servicios en la empresa o centro de trabajo.

⁴⁵⁷ Si bien el art. 5.1 del R.D. 1844/1994 solamente hace referencia a *trabajadores*, habrá que entender que se trata de *trabajadores electores*, tal y como prevé el Estatuto de los Trabajadores y como señalaba el derogado R.D. 1311/1986.

determina el procedimiento que debe seguir la Mesa.

Sobre el particular hay que referirse a las posturas jurisprudenciales contradictorias que se han venido manteniendo sobre la posibilidad de que, en las elecciones de Delegados de Personal, se efectúe la votación el mismo día de la constitución de la Mesa electoral⁴⁵⁸.

Las sentencias que así lo han entendido argumentan que el art. 74.2 sólo señala un plazo máximo para que ésta lleve a cabo todos sus cometidos (10 días), debiendo fijar ella misma los plazos para llevarlos a efecto "*con criterios de razonabilidad y según lo aconsejen las circunstancias*", considerando que el hecho de que no se fije un plazo mínimo no es debido a un olvido del legislador, sino que éste deja un margen de discrecionalidad a la Mesa para que en atención a las peculiares características de las pequeñas empresas, señale los plazos de los distintos actos que tiene encomendados⁴⁵⁹.

⁴⁵⁸ Véase CRUZ VILLALON, "El desarrollo del proceso electoral...", *cit.*, pág. 66.

⁴⁵⁹ En este sentido, entre otras, S.M.T. de Avila 275/86 de 29 de noviembre; S.M.T. de Granada 501/86 de 23 de octubre; S.M.T. de Málaga 875/86 de 30 de diciembre.

De otra parte, ha habido sentencias que, frente a la anterior corriente jurisprudencial, han venido señalando la necesidad de que, en todo caso, medie un plazo de 24 horas entre la constitución de la mesa y la votación, dado que en caso contrario el proceso electoral carecería de las garantías suficientes, al no ser posible que, con un plazo inferior, la Mesa pueda realizar adecuadamente los cometidos que tiene por Ley encomendados (en especial, la presentación de otras candidaturas, o alguna impugnación sobre las presentadas)⁴⁶⁰.

Este tema ha quedado resuelto con la Ley 11/1994 por la que se ha reformado, entre otros preceptos, el apartado segundo del art. 74. Con esta reforma, el legislador parece haber atendido a esta última tendencia jurisprudencial, pues este precepto contempla ahora expresamente un plazo mínimo entre la constitución de la Mesa y la celebración de la votación en las unidades de reducidas dimensiones. Concretamente, el último párrafo de este precepto señala que *"en el caso de elecciones en centros de trabajo de hasta treinta trabajadores en los que se*

⁴⁶⁰ Así lo entienden, entre otras, la S.M.T. de Alicante 50/87 de 29 de enero; y la S.M.T. de Madrid 243/87 de 3 de diciembre.

elige un solo delegado de personal, desde la constitución de la Mesa hasta los actos de votación y proclamación de candidatos electos, habrá de transcurrir veinticuatro horas, debiendo en todo caso la Mesa hacer pública con la suficiente antelación la hora de celebración de la votación".

175.- Importantes diferencias (determinadas indirectamente por el número de trabajadores de la empresa o del centro de trabajo), se encuentran también en el modo de llevar a cabo la votación de los representantes de los trabajadores.

Así, por lo que se refiere a la elección de Delegados de Personal (órgano de representación unitaria de los trabajadores en empresas o centros de menos de 50 trabajadores), el artículo 70 del E.T. dispone: *"En la elección para Delegados de Personal, cada elector podrá dar su voto a un número máximo de aspirantes equivalente al de puestos a cubrir entre los candidatos proclamados. Resultarán elegidos los que obtengan el mayor número de votos. En caso de empate, resultará elegido el trabajador de mayor antigüedad en la empresa".*

Por su parte, el artículo 71, relativo a la

elección para el Comité de Empresa (obligatorio solamente en centros de trabajo o empresas de 50 o más trabajadores), establece, en su apartado 2.a), que *"cada elector podrá dar su voto a una sola de las listas presentadas para los del Comité que corresponda a su colegio..."*, añadiéndose en el apartado 2.c) *"dentro de cada lista resultarán elegidos los candidatos por el orden en que figuren en la candidatura"*⁴⁶¹.

⁴⁶¹ Con anterioridad a la ya referida Ley 32/1984, el Estatuto contemplaba un régimen diverso para el caso de elecciones para el Comité de Empresa, en el que, distinguiéndose según el número de trabajadores, se concedía a éstos una mayor trascendencia a la hora de determinar los concretos candidatos. Resultaba así que en el artículo 71 se preveía un doble sistema de elección, distinguiendo entre los centros con censo de hasta 250 trabajadores y aquellos otros con censo superior. En el primer caso, la elección se equiparaba a la de los Delegados de Personal, de modo que el elector debía votar a cualquiera de los candidatos que se presentasen, independientemente de la candidatura por la que lo hicieran. En el segundo, cada candidatura formaba una lista separada pudiendo el elector dar su voto a una sola de ellas, si bien, a diferencia de la actual normativa, se le permitía cierta intervención en la designación de los concretos representantes, al possibilitársele la eliminación de un tercio de los nombres sistema. Como señala RODRIGUEZ SAÑUDO (*"La reforma..."*, cit., pág. 18.), se trataba de un *"sistema de 'lista cerrada' pero que permitía una cierta intervención personal del elector, al menos en la opción en favor de determinados candidatos y no de otros dentro de la misma candidatura"*.

Así pues, con la reforma producida se logra, a través de la acentuación de la sindicalización de los Comités de Empresa, un mayor afianzamiento de la presencia sindical en la empresa, en perjuicio de la mayor libertad del elector existente en la

Las diferencias en el procedimiento de elección de uno y otro tipo de representación son evidentes, resultando que mientras en el caso de los Delegados el elector vota directamente candidatos, en el de los Comités vota listas de candidatos ya confeccionadas por la organización que las presenta.

La consecuencia que de ello se deriva es que en el primer supuesto la elección está mucho más personalizada, pudiendo el trabajador escoger libremente de entre las personas presentadas independientemente de que pertenezcan o no a la misma candidatura. En este supuesto la mayor importancia en la composición final del órgano de representación recae sobre el propio elector, frente a los grupos que presentan las distintas candidaturas.

Cosa bien distinta ocurre en el caso de elecciones para Comités de Empresa, donde el trabajador debe escoger una sola de las listas presentadas, resultando elegidos dentro de las mismas, como establece el art. 71.2.c), los candidatos que se presenten "*por el orden en que figuren en la candidatura*". Ello supone un mayor peso de la organización que presente la candidatura,

quien decidirá no solamente a quién incluir en la misma, sino también en qué orden figuraran los candidatos, asegurándose el sindicato de este modo la elección de sus hombres de confianza⁴⁶². De este modo se aleja de los propios representados la decisión última de cuales sean los concretos trabajadores que deban ostentar la condición de representantes del personal, revistiendo la elección de un carácter más sindical.

Este distinto sistema de determinación de los representantes parece lógico en tanto que, si bien en los centros de reducidas dimensiones puede existir una proximidad personal entre electores y candidatos, en virtud de la cual se vean los primeros posibilidades para realizar una valoración general de la personalidad de los segundos, en las empresas mayores esto resulta mucho más difícil, siendo lo más sencillo que el elector escoja entre una u otra lista de candidatos en atención a la organización que la presenta, sin tener que decidirse por los concretos individuos.

176.- De todo lo expuesto cabe concluir que el proceso electoral aparece más simplificado respecto de

⁴⁶² En este sentido, OJEDA AVILES, *op. cit.*, pág. 258.

las unidades productivas de dimensiones más reducidas, procurando que en las mismas el proceso sea más ágil, sin excesivas dilaciones. Y ello tanto por decisión del legislador como por la propia jurisprudencia, que ha venido siendo menos exigente en el cumplimiento de las formalidades legales en estas empresas⁴⁶³.

CRUZ VILLALON⁴⁶⁴ formula una serie de objeciones a esta opción, al constatar que lo cierto es que es en estas unidades donde se presentan más reclamaciones al no cumplirse ni siquiera con los mínimos exigidos por la legislación electoral, siendo además en estas empresas donde, a pesar de cumplirse con las formalidades legales, se ha denunciado el carácter ficticio del proceso electoral en tanto que el representante de los trabajadores no actúa como tal. Todo ello lleva a concluir a este autor acerca de la

⁴⁶³ Destaca en este sentido es la S.M.T. de Baleares 519/86 de 17 de noviembre, que decide la validez del nombramiento del Delegado de Personal por acuerdo de la mayoría de los trabajadores, sin que se haya observado, por tanto, el procedimiento adecuado para ello. Fundamenta el fallo la Magistratura argumentando que *"en las pequeñas empresas, donde es fácil comprobar la voluntad de los trabajadores, resultaría de excesivo rigor anular el proceso electoral por meras infracciones del procedimiento, aunque sean notorias, cuando no exista sombra de dudas sobre la firmeza de la voluntad de los trabajadores afectados y no conste se haya privado de sus derechos a otros posibles candidatos"*.

⁴⁶⁴ Op. cit., pág. 70.

necesidad de una modificación normativa del proceso electoral que evite la reproducción de estas irregularidades.

e'.- LA PROBLEMATICA QUE PLANTEA LA REPRESENTACION UNITARIA EN LAS PYMES.

177.- Dos son los problemas que presenta la representación unitaria de los trabajadores en las PYMES: el primero se refiere a la poca presencia de estructuras representativas de los trabajadores en su seno; el segundo, al hecho de que, en ocasiones, cuando existen tales estructuras, las mismas no se han establecido atendiendo al objetivo prioritario de representar los intereses de los trabajadores de estas empresas.

a".- LA EXCESIVA SINDICALIZACION DEL PROCESO ELECTORAL.

178.- En este último sentido cabe señalar que al utilizarse el criterio de audiencia sindical como baremo de la representatividad de los sindicatos, lleva a éstos a anteponer el interés por obtener una mayor presencia sindical a aquél de proporcionar unas estructuras de representación de

los intereses de los trabajadores en el seno de las empresas⁴⁶⁵.

Por lo demás, como pone de manifiesto CRUZ VILLALON⁴⁶⁶, el hecho de que el cómputo de la representatividad se realice en base a los representantes elegidos y no en base al número de votos, hace que la elección de representantes unitarios en las pequeñas empresas tenga mayor trascendencia que en las grandes o medianas, al conseguirse con menos votos mayor número de representantes. De aquí la postura mantenida por el citado autor de defender la necesidad de atender al número de votos en lugar del número de representantes, así como ser más estrictos en cuanto a la exigencia de que se observen las formalidades legales para promover la representación de los trabajadores en los pequeños centros productivos.

179.- Así pues, se debe en buena medida a la sindicalización del proceso electoral esa falta de una auténtica representación de los intereses de

⁴⁶⁵ En este sentido, CRUZ VILLALON (*op. cit.* págs. 72 y 73).

⁴⁶⁶ *Ibidem*, pág. 73.

los trabajadores de estas empresas, sindicalización que origina que en numerosas ocasiones el proceso se inicie sin tener en cuenta la voluntad de los propios trabajadores.

b".- LA POCA PRESENCIA DE ESTRUCTURAS DE REPRESENTACION DE LOS INTERESES DE LOS TRABAJADORES EN LAS PYMES.

180.- Una preocupación que ha venido apareciendo en los distintos países de nuestro entorno ha sido la referida a la necesidad de ampliar el campo de aplicación de las estructuras de representación de los trabajadores, de modo que a través de diversos mecanismos (fundamentalmente mediante la reducción progresiva del número mínimo de trabajadores exigido para establecer órganos de representación en la empresa) se logre su implantación en mayor número de empresas⁴⁶⁷, compatibilizándose esta medida con la dirigida a disminuir las cargas que deban soportar las

⁴⁶⁷ CORDOVA, E., "Participación de los trabajadores en las decisiones dentro de la empresa. Tendencias y problemas actuales". *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 101, nº. 2, 1982, pág. 147.

pequeñas y medianas empresas⁴⁶⁸.

A este respecto es interesante hacer alguna referencia a las experiencias llevadas a cabo en el derecho comparado, fundamentalmente en el derecho francés.

En relación al caso francés, el problema de la ausencia de representantes de los trabajadores en las pequeñas y medianas empresas francesas fue puesto de manifiesto en el llamado *informe Bélier*⁴⁶⁹ de 29 de marzo de 1990, donde, se constata que menos del 40% de los trabajadores de establecimientos con un volumen de efectivos entre

⁴⁶⁸ Es el caso de la reciente ley francesa de 20 de diciembre de 1993, que, entre otras cosas, reduce el crédito de horas disponibles por los representantes de personal en las empresas de menos de 50 trabajadores; reduce la obligación de reunión del Comité de Empresa a una cada dos meses como mínimo (en lugar de tener que reunirse todos los meses) en las empresas con un volumen de empleo inferior a 150 trabajadores; y prevé la posibilidad de fusionar las instituciones de Delegados de Personal y Comités de Empresa en las empresas con un volumen de efectivos inferior a 200 trabajadores. (Sobre el particular, COHEN, M., "L'application des nouvelles dispositions relatives à la représentation du personnel", *Droit Social*, nº. 2, 1994, págs. 147 y ss.).

⁴⁶⁹ Una referencia a dicho informe puede encontrarse en *Actualidad Sociolaboral*, nº. 2, 1990, págs. 187 y ss.; y también en *European Industrial Relations Review*, nº. 198, 1990, págs. 23 y ss.

10 y 49 empleados cuentan con Delegados de Personal, y que más de un cuarto de establecimientos que cuentan entre 50 y 100 trabajadores carecen de Comité de Empresa, alcanzando el 45% de los establecimientos con más de 50 trabajadores la cifra de los mismos que no tienen Delegados Sindicales.

Ante estos datos, en el citado informe se formularon una serie de propuestas legislativas para potenciar la presencia de representantes de los trabajadores en las pequeñas y medianas empresas, alguna de las cuales se han ido recogiendo en disposiciones legales (la última, la de 20 de diciembre de 1993).

De este modo, en las disposiciones del Derecho del Trabajo francés en esta materia (disposiciones introducidas por la *Ley Auroux* de 28 de octubre de 1982 y la Ley de 18 de enero de 1991, junto a la mencionada de diciembre de 1993) tendentes, precisamente, a favorecer la extensión de la representación de los trabajadores en las PYMEs, son varios los mecanismos que se prevén para favorecer una mejor representación de los trabajadores en las unidades productivas de

dimensiones más reducidas.

Así, junto a los posibles reagrupamientos que cabe realizar para determinar el ámbito de constitución de las distintas estructuras de representación, con objeto de lograr que sean menos los trabajadores carentes de la representación de sus intereses debido a la utilización de umbrales de ocupación como criterio determinante de su establecimiento, existe la posibilidad de que, en empresas pequeñas y medianas, un tipo de representación asuma las competencias de otra a cuya constitución la empresa, por su dimensión, no tiene derecho. Asimismo se contempla la posibilidad de que en las empresas donde no exista representación del personal, los trabajadores vengan asistidos en determinados momentos por sujetos ajenos a la empresa en cuestión (los denominados "*conseiller du salarié*").

181.- Por lo que se refiere a los reagrupamientos de empresas para formar de todas ellas una única unidad a efectos de establecer representantes de los trabajadores, hay que señalar que son tres los que la legislación francesa prevé en materia de representación de los trabajadores:

el "sitio", exclusivamente para los Delegados de Personal; la "unidad económica y social", para todas las instituciones de representación del personal; y el "grupo", exclusivamente para el Comité de Empresa.

182.- En cuanto al "sitio" como ámbito de reagrupamiento de los trabajadores a estos efectos, es el artículo L. 421-1 del *Code du Travail* el que lo contempla. En esta disposición se señala que en los establecimientos que ocupen habitualmente menos de 11 trabajadores (umbral mínimo que permite contar con Delegados de Personal), y cuya actividad se desarrolla en un mismo lugar, la autoridad administrativa podrá (a iniciativa propia o a petición de las organizaciones sindicales) imponer la elección de los Delegados de Personal cuando la naturaleza e importancia de los problemas comunes de las distintas empresas lo justifiquen.

Se trata, por consiguiente, de una noción que aúna distintos establecimientos que se encuentran situados en un perímetro dado (el cual constituye

el "sitio"⁴⁷⁰), prescindiendo de su pertenencia jurídica a empresas distintas, cuando existan problemas comunes a las empresas que lo integran.

Ahora bien, no cabe proceder a realizar este reagrupamiento en todo caso, pues además de exigirse la necesidad de que existan unos problemas comunes, la Ley requiere que se alcance un cierto volumen de empleo, siendo necesario que los trabajadores que presten sus servicios en el "sitio" sumen la cifra de, al menos, 50, con lo que se garantiza la presencia de un colectivo mínimo de trabajadores que justifique el establecimiento de una estructura de representación.

183.- Si el anterior supuesto de reagrupamiento se establece exclusivamente para los Delegados de Personal, el constituido por la "unidad económica y social", se aplica a todas las estructuras de

⁴⁷⁰ La Ley no proporciona una definición de "sitio", pudiendo éste consistir en un centro comercial, una zona industrial o artesanal, un edificio de oficinas, las estaciones turísticas, e incluso una calle peatonal, quedando excluidos tanto el barrio como el pueblo ("L'application du droit syndical et des institutions représentatives dans les entreprises de moins de 50 salariés", MURCIER, J. P., *Droit Social*, nº. 2, 1984, pág. 118).

representación de los trabajadores en la empresa, puesto que si bien la Ley la reconoce expresamente para la constitución del Comité de Empresa (art. L. 431-1), tanto la doctrina como la jurisprudencia la entienden aplicable tanto para Delegados de Personal como Delegados Sindicales⁴⁷¹.

Este reagrupamiento se justifica por la existencia de una colectividad de trabajadores vinculada por intereses profesionales conjuntos y dependiente de una sola dirección, de forma que empresas jurídicamente distintas son consideradas como una sola a los efectos de constituir los distintos órganos de representación⁴⁷².

184.- El último supuesto de reagrupamiento es el constituido por el "grupo", que tiene virtualidad exclusivamente a los efectos de constituir Comités de Empresa (que reciben la denominación, en este supuesto, de Comités de Grupo).

Si bien las ideas de "grupo" y de "unidad

⁴⁷¹ Vid. *supra*, págs. 92 y 93.

⁴⁷² Vid. nota 104.

económica y social" no son, en ocasiones, fácilmente distinguibles, ambos conceptos responden a realidades distintas⁴⁷³. Así, mientras que en el caso de la "unidad económica y social" lo relevante es la dependencia de las actividades por las distintas empresas (ya se trate de actividades complementarias o idénticas), en el "grupo" lo relevante es la participación financiera, de modo que por tal debe entenderse la unidad económica integrada por distintas sociedades en torno a una sociedad dominante⁴⁷⁴.

Esta forma de reagrupamiento no tiene la misma finalidad que las dos anteriores, por cuanto que el objetivo perseguido por el legislador francés con el mismo no ha sido el de favorecer la constitución de estructuras de representación en empresas de pequeñas dimensiones que pudieran haberse visto perjudicadas por una descentralización productiva, sino el de proporcionar a los trabajadores la información del conjunto del grupo, tomándola allí

⁴⁷³ Lo que permite la posibilidad de que exista un grupo, sin que exista, al mismo tiempo, una unidad económica y social, así como que ambas cosas coexistan en un mismo supuesto (en este sentido, LYON-CAEN y PÉLISSIER, *op. cit.*, págs. 761 y 762).

⁴⁷⁴ *Lamy social*, 1994, marginal nº. 1761.

donde ésta se encuentra, esto es, en el centro de decisión que constituye la empresa dominante⁴⁷⁵. Motivo éste que justifica el hecho de que el Comité de Grupo carezca de las funciones consultivas de que goza el Comité de Empresa, limitándose sus competencias a recibir información (art. L. 439-2).

185.- El segundo de los mecanismos empleados por el legislador francés para lograr la mejor representación de los trabajadores en las empresas de dimensiones más reducidas, consiste en conferir a los Delegados de Personal una misión general de suplencia de las otras instituciones de representación cuando, -por no alcanzarse los umbrales que permitan su constitución, o alcanzándose dicho umbral no se haya hecho efectiva su constitución-, no estén presentes en la empresa.

Así, por ejemplo, los Delegados de Personal ejercerán colectivamente las atribuciones económicas del Comité de empresa y participarán en la gestión de obras sociales cuando, contando la empresa con al menos 50 trabajadores, no haya

⁴⁷⁵ COUTURIER, G., "L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière", *Droit Social*, nº. 1, 1983, pág. 31.

podido ser elegido un Comité de Empresa (artículos L. 422-3; 422-5, y 431-3). Igualmente, si la empresa tiene menos de 50 trabajadores⁴⁷⁶, deberán ser consultados por el empresario para proceder a realizar un despido colectivo (art. L. 422-1), y gozarán de competencias en materia de formación profesional (L. 932-7).

En caso de ausencia de Comités de Seguridad e Higiene (obligatorios en empresas que ocupen como mínimo 50 trabajadores), los Delegados de Personal gozarán de las funciones y medios de que vienen revestidos tales Comités (art. L. 236-1).

Además, el Delegado de Personal ejercerá a función de Delegado Sindical cuando un sindicato representativo le designe como tal en una empresa de menos de 50 trabajadores (L. 412-11), si bien ello no le conferirá el beneficio de un crédito de horas complementarias para el ejercicio de sus funciones⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Cabe recordar que el requisito ocupacional mínimo exigido por la normativa francesa para que la empresa pueda contar con Comités de empresa es el de 50 trabajadores.

⁴⁷⁷ Con esta medida la Ley ha respondido al deseo de mejorar la presencia sindical en las pequeñas empresas pero evitando, en la medida de lo posible, aumentar el peso de las

Con toda esta serie de atribuciones al Delegado de Personal éste órgano de representación reviste un carácter polivalente en las pequeñas y medianas empresas (en aquellas que cuenten entre 11 y 50 trabajadores), haciendo desaparecer en buena medida el efecto disuasorio del umbral de los 50 trabajadores⁴⁷⁸.

186.- Finalmente, el tercer mecanismo al que ha acudido la legislación francesa para extender la representación de los trabajadores en el seno de las pequeñas y medianas empresas ha consistido en la creación de la figura del *conseiller du salarié* en virtud de la Ley 89-549 de 2 de agosto de 1989⁴⁷⁹, figura que ha sido más ampliamente

cargas que deban soportar tales empresas, ya que ni se incrementa el número de horas de los representantes de personal ni aumenta el número de trabajadores protegidos por su función de representación del personal (en este sentido, VERDIER, J.M. "La présence syndicale dans l'entreprise et la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel", *Droit Social*, nº. 1, 1983, pág. 40).

⁴⁷⁸ LYON-CAEN y PÉLISSIER, *op. cit.*, pág. 829.

⁴⁷⁹ En realidad la figura que se creó por esta Ley fue la del "asistente del trabajador", habiéndose cambiado el nombre de esta institución con la Ley de 18 de enero de 1991 (cambio de nombre que ha sido calificado de error por la doctrina francesa [RAY, J.E., "Une fausse bonne idée: <<le conseiller du salarié>>", *Droit Social*, nº. 6, junio, 1991, pág. 477] por cuanto el asistente era percibido como un mediador y no como un

regulada por la Ley nº. 91-72 de 18 de enero de 1991.

El origen de esta figura se remonta a las previsiones realizadas por el legislador francés de 1973 en materia de despido individual, quien estableció la necesidad de mantener una reunión con el trabajador que iba a ser despedido, permitiendo que éste se hiciera asistir por una persona elegida por él de entre el personal de la empresa.

El problema que pronto se pudo apreciar es que mientras esta asistencia al trabajador se hacía efectiva en las empresas que contaban con representantes del personal, en las pequeñas empresas, donde normalmente falta esta representación, no se podía verificar dicha ayuda debido al temor de los trabajadores a las represalias del empresario por el mero hecho de asistir a sus compañeros en los trámites previos a su despido (situación que venía agravada por el hecho de que la jurisprudencia no permitía que el trabajador se hiciese asistir de alguna persona

consejero contencioso).

ajena a la empresa⁴⁸⁰).

Ante la constatación de esta realidad se promulgó la Ley de 2 de agosto de 1989 en la que se creó la figura del "asistente del trabajador", ajeno a la empresa, que debía figurar en una lista elaborada por la autoridad administrativa, con objeto de prestar su ayuda a los trabajadores de las empresas que no dispusieran de ninguna institución de representación de los trabajadores⁴⁸¹.

Posteriormente, con la Ley de 1991 además de producirse el cambio de nombre de esta institución, se procedió a su regulación más detallada, precisando los derechos del consejero: crédito de horas, remuneración, protección contra el despido, etc.

La duda que ha suscitado la figura del

⁴⁸⁰ RAY, J.E., "Une fausse bonne idée...". *cit.*, pág. 477.

⁴⁸¹ Si bien se habla de órganos de representación de personal, y los sindicatos, en sentido estricto, no lo son, existe una circular ministerial que considera que la ausencia de representación debe entenderse como la ausencia de representantes elegidos o designados (*Lamy social*, 1994, marginal nº. 2230).

consejero del trabajador ha sido la de si su finalidad consiste en proporcionar una ayuda al trabajador que va a ser despedido o la de facilitar la implantación sindical en las pequeñas empresas, es decir, si tiene por objeto garantizar un derecho individual del trabajador, o si su objetivo es la conquista de un derecho de naturaleza colectiva⁴⁸², constituyendo así "el inicio de la larga marcha hacia la representación del personal en las pequeñas y medianas empresas"⁴⁸³.

187.- Frente a todos estos mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico-laboral francés, los recursos previstos en el nuestro para favorecer una mayor presencia de las instituciones de representación del personal en el seno de las pequeñas y medianas empresas parecen muy limitados.

Ello es más lamentable cuando recientemente ha sido aprobada una norma por la que se ha venido a

⁴⁸² En este sentido, ROCHE, L., ("Le conseiller du salarié: une institution complexe", *Droit Social*, nº.1, 1994, pág. 10), quien considera que la institución obedece a esta doble finalidad.

⁴⁸³ CATHERINE y PATRICIA MAYNIAL, "Le statut du conseiller du salarié: le début de la <<longue marche>> vers la représentation du personnel dans les PME", *Droit Social*, nº. 1, 1994.

introducir importantes modificaciones en la regulación de determinadas instituciones del Derecho del Trabajo con el objetivo de fomentar la negociación colectiva, que es contemplada como *"instrumento fundamental para la deseable adaptabilidad por su capacidad de acercamiento a las diversas y cambiantes situaciones de los sectores de actividad y de las empresas"*⁴⁸⁴.

Y es que si de lo que se trata es de potenciar la negociación colectiva, en detrimento de la norma estatal, para que aquélla sea capaz de adecuar la normativa laboral a los requisitos de las empresas, será necesario potenciar en éstas la presencia de sujetos legitimados para negociar con el empresario, esto es, la existencia de unos sujetos que sean capaces de defender los intereses de los trabajadores ante el empresario.

Esto fue lo que hizo la *Ley Auroux* de 1982 la cual, teniendo como uno de sus objetivos confiar a la negociación y al contrato de trabajo la organización de las relaciones laborales⁴⁸⁵,

⁴⁸⁴ Exposición de motivos de la Ley 11/1994 de 19 de mayo.

⁴⁸⁵ AUROUX, J., "Un nouveau droit du travail?", *Droit Social*, nº. 1, 1983, pág. 2.

impulsó la constitución de órganos de representación en las pequeñas empresas (fundamentalmente a través de la creación del "sitio" como ámbito de constitución de Delegados de Personal)⁴⁸⁶.

b) LA REPRESENTACIÓN SINDICAL.

188.- Como es sabido, la actividad sindical se desarrolló en sus orígenes al margen del lugar de trabajo⁴⁸⁷, siendo necesaria una legislación de apoyo al fenómeno sindical para impulsar la presencia del sindicato en el interior de la empresa.

A pesar de que con esta legislación de fomento del sindicato se ha conseguido efectivamente la promoción del mismo en las empresas, puede afirmarse, sin embargo, que éste no es un resultado que se haya producido de modo generalizado en todas las empresas, apreciándose distintos logros según la dimensión de las mismas, de manera que

⁴⁸⁶ MURCIER, J.P., "L'application du droit syndical et des institutions...", *cit.*, pág. 115.

⁴⁸⁷ Un análisis de las causas que dejaron al sindicato fuera de la empresa puede encontrarse en CRUZ VILLALON, J., "El reconocimiento legal ...", *cit.*, págs. 219 y ss. Asimismo, TOMAS SALA y ALBIOL MONTESINOS, en *Derecho Sindical, cit.*, págs. 172 y 173.

puede llegar a decirse que el reconocimiento del sindicato en el interior de la empresa es una cuestión que ha quedado reducida, casi de manera exclusiva, a las grandes empresas⁴⁸⁸.

En este sentido, subrayando la falta de presencia del fenómeno sindical en las empresas de reducidas dimensiones, se manifestaba JOSE MARIA ZUFIAUR, cuando señalaba que "*los sindicatos y las pequeñas y medianas empresas son entre sí unos perfectos desconocidos*"⁴⁸⁹.

189.- La principal causa de este alejamiento entre el sindicato y la PYME radica en la falta de implantación de las organizaciones sindicales en las pequeñas y medianas empresas. Resulta de este modo que, dentro del panorama general de bajo índice de afiliación sindical, lo cierto es que en los casos en que los trabajadores pertenecen a grandes unidades de explotación, las posibilidades de contar con estructuras sindicales son mayores.

⁴⁸⁸ Un estudio comparado que pone de relieve la subrepresentación de los trabajadores en las PYMEs lo ha realizado BIAGI, M., "La representación de los empleados en las pequeñas y medianas empresas. Un análisis comparado", en *Sindicalismo y cambios sociales*, (Coord. VALDES DAL-RE), C.E.S., 1994, págs. 19 y ss.

⁴⁸⁹ J.M. ZUFIAUR. "Sindicatos y PYME" en *4 cuadernos IMPI. Opiniones para debate*. Pág. 5.

Esta falta de implantación del sindicato en la pequeña empresa puede explicarse por factores diversos, como son la propia estructura de la mano de obra de estas empresas, donde predomina el trabajo femenino y con contrato de duración determinada y a tiempo parcial, que tradicionalmente presentan una menor tendencia a la sindicalización; o también por la actitud que mantienen los mismos sindicatos, quienes tradicionalmente, por el menor esfuerzo que ello requiere, han basado la acción sindical en la gran empresa, olvidando a las PYMEs, siendo por tanto *"el propio esquema de la dinámica de la acción sindical el que ha llevado a una cierta relegación de este tema en los planteamientos sindicales"*⁴⁹⁰.

Por lo demás, también la eficacia general de los convenios colectivos negociados por sujetos que cuentan con los requisitos de legitimación establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, y el hecho de la concentración de la negociación colectiva en los niveles superiores al ámbito de la empresa, han sido factores que han motivado un desinterés del sindicato por cambiar este estado de cosas⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ ZUFIAUR, J.M., *op. cit.*, pág. 5.

⁴⁹¹ En este sentido, ZUFIAUR, (*op. cit.*, pág. 6); y PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, quien afirma que el reconocimiento de eficacia general a los convenios colectivos ha supuesto que los sindicatos no se vean forzados a negociar con aquellos

A las anteriores justificaciones de la limitada presencia de los representantes sindicales en las pequeñas empresas, cabría añadir otras basadas en las posturas mantenidas por empresarios y trabajadores. Así, el carácter individualista del empresario, que ve la empresa como su propia casa, donde no quiere la presencia de elementos extraños a la misma, "intrusos" en los asuntos relacionados con ella, supone un serio obstáculo a la presencia sindical en las PYMEs.

De otro lado, los trabajadores, ante esta actitud del empresario, temen que la designación de sus representantes no sea vista con buenos ojos por aquél y que adopte represalias (muy frecuentemente consistentes en el despido) contra los que se presenten como candidatos⁴⁹². Es por ello por lo que en ocasiones tampoco los trabajadores son

empresarios -normalmente pequeños- que, al no estar afiliados a la organización firmante, no estarían obligados a reconocer a sus trabajadores las condiciones de trabajo establecidas en el convenio que les afectase. (PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F. "Los protagonistas de la negociación colectiva", en *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, IMPI, Madrid, 1982, págs. 97 y 98).

⁴⁹² Esta actitud empresarial ante el sindicato ha sido puesta de relieve en Francia en el *Informe Bélíer*, donde se reconoce que cualquier intento de los trabajadores de poner en práctica la representación supondría una alteración de las relaciones laborales en el lugar de trabajo, poniéndose en peligro los puestos de trabajo de aquellos trabajadores promotores de la idea.

favorables a la presencia de estos sujetos ajenos a la empresa, ya que estiman que pueden provocar situaciones tensas en la relación diaria con el empresario⁴⁹³. De este último dato son conscientes los propios sindicatos⁴⁹⁴, que en los últimos tiempos han buscado aproximarse a la pequeña empresa.

190.- En efecto, desde hace ya algún tiempo cabe apreciar un mayor esfuerzo por parte de los sindicatos para variar esta situación, resaltando la necesidad de prestar

⁴⁹³ Esta percepción de los sindicatos por los trabajadores de la PYME ha sido puesto de relieve por diversos estudios, entre los que cabe citar el elaborado para Comisiones Obreras por J. BLANCO y A. OTAEGUI ("Los trabajadores de las PYMEs y la acción sindical", cit.), donde se asegura que la ausencia del sindicato de las pequeñas empresas es percibida por sus trabajadores con ambigüedad, de modo que si por un lado aumenta la sensación de desprotección e indefensión frente a las directrices empresariales, por otro, se siente una sensación de alivio ante la lejanía del fenómeno sindical, puesto que así se evita el enfrentamiento directo con el empresario. Además, en este estudio se subraya el hecho de que, al tratarse de empresas que se encuentran en constante lucha por su supervivencia, "la presencia de los sindicatos se vive más como una amenaza a la pequeña empresa y, por tanto, al puesto de trabajo que como la reivindicación de la mejora de las condiciones laborales" (op. cit. pág. 107).

⁴⁹⁴ Así CC.OO., en las "Orientaciones para el trabajo hacia la pequeña empresa" de la *Guía de equipos de extensión*, reconoce que los trabajadores de las PYMEs se sitúan al margen de los sindicatos por ver en ellos un factor propiciatorio de mayores tensiones con el empresario, por lo que CC.OO. entiende necesario presentarse ante estos trabajadores como elemento mediador en la relación jefe/trabajador y no como elemento de confrontación entre ambos.

una mayor atención a las pequeñas empresas. Ello se ha debido no sólo a su mayor preocupación por las peores condiciones de trabajo existentes en tales empresas, sino también por la necesidad de penetrar en ellas para conservar la fuerza sindical ostentada hasta la fecha, dado el proceso de descentralización que se viene viviendo desde las últimas décadas, fundamentalmente en aquellos sectores donde tradicionalmente el sindicato ha sido fuerte⁴⁹⁵.

Resulta de este modo que, para mejorar el panorama de las relaciones laborales en las PYMEs, se han ofrecido por los sindicatos distintas propuestas. A algunas de ellas ya nos hemos referido, (como es el caso de la propuesta formulada por CC.OO. y U.G.T. en la *Iniciativa Sindical de Progreso*⁴⁹⁶, relativa a la articulación de mecanismos de presencia sindical y de participación a través de la figura de delegados sectoriales y territoriales⁴⁹⁷, o la formulada

⁴⁹⁵ Así se manifiesta, por ejemplo, MARTIN ARTILES, A. en "Sindicato y Pequeña Empresa", *El Proyecto*, nº.4, 1988.

⁴⁹⁶ *Iniciativa Sindical de Progreso*. Documento elaborado por Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores. Madrid, 1991.

⁴⁹⁷ En sentido similar, MARTIN ARTILES señala la conveniencia de establecer la figura del "Delegado de Polígono Industrial", que permitiría una coordinación de la acción de varias pequeñas y medianas empresas. Para ello propone la liberación de un Delegado de una empresa de mayores dimensiones radicada en las proximidades. (MARTIN ARTILES, A, "Sindicato y Pequeña Empresa", *cit.*, pág. 27).

por CC.OO. acerca de la creación de bancos de horas sindicales conjuntos para los delegados de las PYMES de cada rama). Otras propuestas con la misma finalidad consisten en el fomento de la celebración de elecciones sindicales en la pequeñas empresas, o el acudir a la adhesión y extensión de convenios colectivos en los casos en que los trabajadores no puedan negociar directamente sus condiciones de trabajo, ya sea por falta de partes legitimadas o por otras causas. De este modo se lograría reforzar la negociación colectiva a nivel de las pequeñas empresas y, con ello, la presencia del sindicato en las mismas.

191.- Así pues, el mismo problema que se plantea en relación a las representaciones unitarias del personal (esto es, su ausencia en las pequeñas y medianas empresas), se presenta igualmente en relación a las instituciones de representación sindical, de forma que la falta de estructuras de representación de los trabajadores es la nota que caracteriza a estas empresas, lo que va a incidir notablemente en el modelo de relaciones laborales presente en las mismas.

También en este caso resulta de interés hacer mención de los esfuerzos realizados en otros países por solucionar la ausencia de la representación sindical de las PYMES.

Así, junto a la posibilidad, ya vista⁴⁹⁸, de encomendar a los Delegados de Personal las funciones de los Delegados Sindicales en las empresas que no cuenten con suficiente volumen de efectivos para contar con estos representantes, recogida en el ordenamiento francés, es de destacar las soluciones adoptadas en el caso italiano.

En este país, atendiendo a la problemática que presenta la pequeña empresa en este tema, se han venido proponiendo soluciones alternativas a la representación de los trabajadores en la empresa basadas en el establecimiento de representaciones territoriales.

Así, recientemente se han alcanzado acuerdos para la constitución de esta representación de base territorial⁴⁹⁹, de entre los que cabe destacar dos: el del 4 de mayo de 1989⁵⁰⁰, y el de 1 de marzo de 1991.

Se trataba, el primero de ellos, de un acuerdo

⁴⁹⁸ Vid. *supra*, págs. 453 y ss.

⁴⁹⁹ Sobre tales acuerdos, véase PERULLI, A. "L'attività sindacale nella piccola impresa", en *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº. 8, 1990, págs. 177 y ss.

⁵⁰⁰ Se trata éste de un acuerdo alcanzado el 21 de julio de 1988, pero que sin embargo no fue firmado oficialmente hasta el 4 de mayo de 1989.

interconfederal entre las organizaciones representantes de las empresas artesanales y los sindicatos C.G.I.L., C.I.S.L. y U.I.L. por la que se estipuló el establecimiento de órganos representativos de "áreas", en los que la representación no está basada en empresas individuales sino en un área geográfica específica, distribuyéndose los costes de esta representación entre los empresarios afectados, quienes deberán contribuir a los gastos que la misma origine en función del número de trabajadores que ocupen (9.000 liras al año por cada trabajador que empleen).

Por el segundo de los acuerdos citados, los sindicatos antes mencionados han establecido una "representación interempresarial" para los supuestos en que exista un alto grado de fragmentación ocupacional, con lo que la idea de establecer una representación del personal con una base geográfica *"parece ahora haber echado raíces"*⁵⁰¹.

192.- Descendiendo al terreno de la normativa española, el primer dato que se comprueba es que el Estatuto de los Trabajadores no contempla, sino de forma indirecta, la presencia de la organización sindical en la empresa. El

⁵⁰¹ BIAGI, M., "El derecho del trabajo en pequeñas y medianas empresas. ¿Flexibilidad o ajuste?. Reseñas relativas a las relaciones colectivas". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 63, 1994, pág. 57.

reconocimiento legal de la representación sindical en la empresa se llevó a cabo, dando con ello adecuado desarrollo legislativo a su reconocimiento constitucional, por la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

En este texto normativo, si bien se tiene en cuenta la dimensión de la empresa en determinadas ocasiones, no sucede como en el E.T., donde ciertas empresas quedan, por su dimensión, al margen de la representación que allí se regula. En efecto, en el caso de la representación sindical sucede que todas las empresas, independientemente de su volumen de empleo, podrán contar con Secciones Sindicales, siempre que en ellas exista, por lo menos, un trabajador afiliado al sindicato en cuestión⁵⁰², al establecer el artículo 8.1 de la L.O.L.S. que los trabajadores afiliados a un sindicato pueden, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, constituir Secciones Sindicales, con el único límite de lo que dispongan los estatutos del sindicato.

La especial trascendencia de este hecho en relación con las pequeñas empresas ha sido destacada por CRUZ VILLALON⁵⁰³, en tanto que facilita la presencia sindical

⁵⁰² Así lo entiende CRUZ VILLALON, en "El reconocimiento legal...", cit. pág 239. De otra parte, OJEDA AVILES considera que serían necesarios dos o más trabajadores (*Derecho sindical*, cit. págs. 294 y 295).

⁵⁰³ CRUZ VILLALON, J., op. cit., pág. 241.

directa en las empresas de pequeñas dimensiones, donde la representación unitaria ha permanecido, -bien por no alcanzar los mínimos legales, bien por carecer del poder sindical suficiente para convocar elecciones-, ausente ⁵⁰⁴.

193.- Ahora bien, como ya se ha señalado, también la L.O.L.S. establece diferenciaciones según la dimensión de la empresa en el momento de regular la estructura, funciones y facilidades de la representación sindical en la empresa⁵⁰⁵.

Concretamente, dos son los momentos en que esta Ley hace referencia al número de trabajadores empleados para modalizar el alcance de sus disposiciones: a la hora de

⁵⁰⁴ También RIVERO LAMAS ha destacado la trascendencia que para las empresas de pequeñas dimensiones supone que no existan limitaciones derivadas del volumen de empleo para la constitución de Secciones Sindicales (RIVERO LAMAS, J. "Umbrales de la representación...", *cit.*, pág. 64).

⁵⁰⁵ Una valoración crítica de cómo la L.O.L.S. toma en consideración la dimensión de la empresa la formulan RODRIGUEZ PIÑERO y CRUZ VILLALON, quienes critican el que la L.O.L.S. tenga en pocas ocasiones como punto de referencia las dimensiones de las unidades productivas, considerando que habría sido conveniente, en atención a las cargas de tipo económico y a las dificultades de reorganización del trabajo que algunas de las medidas en ella contempladas suponen, tener más presente el criterio del número de trabajadores ocupado para modalizar sus disposiciones. (RODRIGUEZ PIÑERO, M. y CRUZ VILLALON, J., "El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical" *Relaciones Laborales*, nº.1, 1987, pág. 23).

regular el derecho a la utilización de un local por parte de las Secciones Sindicales, y en el momento de establecer la figura del Delegado Sindical, con ciertas prerrogativas y derechos, como representante de las Secciones Sindicales.

a'.- EL DERECHO A LOCAL.

194.- El artículo 8.2.c) de la L.O.L.S. reconoce, para las Secciones Sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los Comités de Empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas o cuenten con Delegados de Personal, el derecho a *"la utilización de un local adecuado para que puedan desarrollar sus actividades en aquellas empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores"*.

El motivo para la limitación del reconocimiento legal de este derecho no es otro que la importancia económica y patrimonial de esta carga empresarial⁵⁰⁶, ya que se debe poner a disposición de la Sección

⁵⁰⁶ En este sentido, CRUZ VILLALON, *op. cit.*, pág 275; y RODRIGUEZ PIÑERO y CRUZ VILLALON, *op. cit.*, pág. 27.

Sindical un local adecuado⁵⁰⁷, de carácter permanente y con destino exclusivo para el desarrollo de cualquier tipo de actividad sindical en la empresa.

195.- De la redacción de este precepto se suscitan algunas cuestiones de interés. En primer lugar se trata de determinar si el cómputo de trabajadores debe referirse al centro del trabajo o a la empresa.

Según ALBIOL MONTESINOS, en estos casos deberá partirse de la opción escogida por los afiliados al sindicato a la hora de constituir la Sección Sindical, de manera que si éstos han optado por constituir una Sección Sindical a nivel de empresa, el conjunto de trabajadores debe incluir el volumen de efectivos de todos los centros de trabajo de la empresa, mientras que si se ha optado por constituir una Sección Sindical de centro de trabajo, el conjunto de trabajadores deberá limitarse a los que presten su servicio en dicho

⁵⁰⁷ Hay que tener presente que, tal y como tiene declarado la jurisprudencia (entre otras, la S.T.S.J. de Asturias de 26 de junio de 1989, -As. 938-), el deber de proporcionar un local no se cumple con la mera puesta a disposición de los representantes de los trabajadores de un local, sino que es preciso un equipamiento mínimo que permita el desarrollo de las actividades sindicales.

centro⁵⁰⁸. De este modo serán los propios afiliados los que, al decidir sobre el ámbito de la Sección que se quiera crear, determinarán en cada caso el ámbito al que hay que referirse para el cómputo de los 250 trabajadores.

Por otra parte, el reconocimiento de este derecho de las Secciones Sindicales ha planteado el tema de determinar si se trata de un derecho atribuido a cada una de las Secciones Sindicales existentes en la empresa, de modo que cada una de ellas deba contar con su propio local. Además, una vez resuelto este interrogante, se debe decidir sobre si cabe la posibilidad de hacer que las Secciones Sindicales compartan el local con los Comités de Empresa.

196.- Respecto de la primera de las cuestiones MARTINEZ EMPERADOR⁵⁰⁹, estima que basta con proporcionar un local para todas las Secciones. En este mismo sentido, la S.T.C.T. de 30 de enero de 1987 (Ar. 2050), juzga suficiente un único local compartido por todas las Secciones Sindicales, "salvo que se ofrezca

⁵⁰⁸ ALBIOL MONTESINOS, I. *El sindicato en la empresa, cit.*, pág. 142.

⁵⁰⁹ MARTINEZ EMPERADOR, M. "Ley de Libertad Sindical: breve estudio exegético", en *Actualidad Laboral*, nº. 50, 1985, pág. 2488.

prueba concluyente de que en tales circunstancias resulta imposible o particularmente gravoso el desarrollo de tales actividades sindicales"⁵¹⁰.

197.- Sobre el segundo tema, RODRIGUEZ PIÑERO y CRUZ VILLALON⁵¹¹, consideran que de la interpretación literal del precepto cabe deducir que los locales deberán ser de uso exclusivo de las Secciones, sin que en ningún caso quepa hacer que los compartan con el Comité de Empresa. En sentido contrario, admitiendo la posibilidad de que se haga compartir el local entre Secciones Sindicales y Comités de Empresa, se han manifestado la S.T.C.T. de 21 de julio de 1988 (Ar. 393)⁵¹², y la S.T.S.J. de la Comunidad Valenciana de 13 de julio de 1991 (As. 4753).

⁵¹⁰ En esta sentencia se señala que *"el local de referencia ha de ser apropiado, acomodado, arreglado, acondicionado convenientemente para el fin que lo justifica, objetivo que sin duda puede alcanzarse aún en el supuesto de uso compartido, a menos que la utilización del local por más de un ente sindical excluya a los demás del ejercicio de tal derecho"*. En este mismo sentido, la S.T.C.T. de 12 de abril de 1988 (Ar. 155).

⁵¹¹ *Op. cit.*, pág. 27.

⁵¹² En esta sentencia se hace referencia al hecho de que el E.T. supedita la existencia del local a que las circunstancias de la empresa lo permitan, con lo que si la empresa demuestra que por sus circunstancias no puede proporcionar un local de uso exclusivo del Comité, ello no podría exigirse.

En este punto, y dada la carga de tipo económico que supone al empresario satisfacer semejante obligación, quizá fuera oportuno entender, como lo hace la mencionada S.T.C.T. de 30 de enero de 1987 en relación al local compartido por todas las Secciones de la empresa, que cabría obligar a Secciones Sindicales y Comités de Empresa a compartir el local en tanto en cuanto con ello no se dificultara considerablemente el ejercicio de sus respectivas actividades.

b'.- EL DERECHO A CONTAR CON DELEGADOS SINDICALES.

198.- El segundo de los puntos donde la L.O.L.S. toma en consideración la dimensión de la empresa, se refiere a la posibilidad de que las Secciones Sindicales se encuentren representadas por Delegados Sindicales, al señalar el artículo 10.1 de esta Ley que *"en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, cualquiera que sea la clase de su contrato, las Secciones Sindicales que puedan constituirse por los trabajadores afiliados a los sindicatos con presencia en los Comités de Empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas estarán representadas, a todos los efectos, por Delegados Sindicales elegidos*

por y entre sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo".

Pese a la mayor claridad de este precepto en comparación con otros, tanto del mismo cuerpo legal como del E.T., no dejan de presentarse algunas dudas. Así, en primer término cabe referirse a la cuestión del ámbito al que hay que referirse para el cómputo de los 250 trabajadores: ¿la empresa o el centro de trabajo?.

La doctrina se ha manifestado de modo diverso al respecto. De una parte, ALBIOL MONTESINOS⁵¹³, entiende que siempre que el centro de trabajo alcance la cifra de 250 trabajadores, existirá el derecho de las Secciones Sindicales en él presentes de designar un Delegado Sindical, mientras que, para el caso de una empresa con varios centros de trabajo, cada uno de ellos con número de trabajadores suficiente para constituir un Comité de Empresa, pero inferior a 250, el número de trabajadores mínimo para constituir Sección Sindical con derecho a Delegado puede alcanzarse constituyendo la Sección a nivel de empresa⁵¹⁴, sumando, por tanto, a efectos de contar con

⁵¹³ *El sindicato en la empresa, cit.*, pág. 145.

⁵¹⁴ En sentido similar, OJEDA AVILES, A, *op. cit.*, pág.

Delegado, los trabajadores de los diversos centros⁵¹⁵.

De lo anterior cabría resaltar nuevamente la importancia que se le concede a la decisión de los afiliados a la hora de escoger el ámbito de la Sección Sindical que se pretenda constituir: de tal elección dependerá, posteriormente, que el marco al cual habrá que referir el requisito de ocupar un determinado número de trabajadores para que la Sección ostente, no sólo el derecho a disponer de un local, sino también a contar con la representación de un Delegado Sindical revestido con las garantías y facilidades reconocidas en el art. 10.3 de la L.O.L.S., esté constituido por la empresa en su conjunto o únicamente por el centro de trabajo.

Por lo demás, este autor estima que en los casos en que una empresa cuente con varios centros, algunos con más de 250 trabajadores y otros con menos, las posibilidades para constituir Secciones Sindicales son

⁵¹⁵ Si bien dicha posibilidad quedaría condicionada, según este autor, a que los sindicatos afectados contasen con presencia en todos los Comités de Empresa existentes en los diversos centros de trabajo, no bastando su presencia en uno o alguno de ellos. Por su parte, la Audiencia Nacional, en sentencia de 16 de enero de 1990 (Ar. 10), admite la posibilidad de designar un Delegado Sindical a nivel de empresa aun cuando el sindicato en cuestión no haya obtenido representación en todos los centros de trabajo de la empresa.

varias. De este modo cabría utilizar la empresa como unidad de referencia, computando los trabajadores de todos los centros para determinar el número de Delegados Sindicales; o constituir Secciones Sindicales en los centros que superen los 250 trabajadores y con el resto, si superan la cifra de los 250, constituir una Sección Sindical "conjunta", en virtud de criterios análogos a los empleados por el art. 63.2 del E.T. para el supuesto de los Comités de Empresa⁵¹⁶.

Por su parte, BORRAJO DACRUZ⁵¹⁷ considera que la cifra de los 250 trabajadores debe ir referida en todo caso al centro de trabajo y no a la empresa. Los argumentos que esgrime en defensa de esta postura son varios. Alude, en primer lugar, al hecho de que cuando Estatuto de los Trabajadores plantea en varias ocasiones la disyuntiva "empresa o centro de trabajo", se ha venido interpretando que el punto de referencia es el segundo y no la primera. En segundo lugar se refiere a los antecedentes inmediatos de la L.O.L.S.: el Acuerdo Básico Interconfederal de 1979 y el Acuerdo Marco Interconfederal de 1980, que se referían expresamente al centro de trabajo y no a la empresa a

⁵¹⁶ *El sindicato...*, cit., pág. 146.

⁵¹⁷ BORRAJO DACRUZ, E. "Delegados sindicales: ¿en la empresa o en el centro de trabajo", cit.

la hora de determinar el ámbito al que debían quedar referidos los Delegados Sindicales⁵¹⁸. Finalmente destaca este autor que la referencia del Delegado Sindical a la empresa y no al centro de trabajo conduciría a disfuncionalidades, puesto que la figura del Delegado se reserva para aquellas Secciones de los sindicatos con implantación en el Comité de Empresa (cuya base organizativa es el centro de trabajo), siendo inviable que se proyecten sobre el ámbito total de la empresa unos Delegados cuyo número se determina en razón de los votos obtenidos por el sindicato, en cada uno de los centros de trabajo.

Ahora bien, pese a lo anterior, reconoce BORRAJO la posibilidad de que el criterio de referencia se amplié en virtud de los Comités conjuntos, en cuyo caso cabría sumar los trabajadores de los distintos centros de

⁵¹⁸ Así, el A.B.I. disponía que, "a los efectos de legitimar y reconocer la presencia de la U.G.T. a nivel de empresa, CEOE manifiesta que, en las unidades de producción a través de ella representadas, será reconocida y legitimada la presencia de un Delegado de UGT, que inexcusablemente habrá de ser trabajador en activo de las respectivas empresas, cuando las plantillas de esta últimas excedan de 250 trabajadores por centro de trabajo, y siempre que el nivel de afiliación de dicha central supere el 15% de las mismas". Por su parte, el A.M.I. señalaba que "en aquellos centros de trabajo con plantilla que exceda de 250 trabajadores, y cuando los sindicatos o centrales posean en los mismos una afiliación superior al 15% de aquella, la representación del sindicato o central será ostentada por un Delegado".

trabajo para fijar la base organizativa del Delegado Sindical .

RODRIGUEZ PIÑERO y CRUZ VILLALON⁵¹⁹, entienden que si bien es cierto que la regulación legal parece primar al centro de trabajo, como hace el E.T. respecto de la representación unitaria, no lo es menos que la lógica organizativa de la Sección Sindical es distinta de la lógica seguida por la representación electiva por lo que, antela ambigüedad de la ley, podría mantenerse la posibilidad de la existencia de Delegados Sindicales no sólo en los centros de trabajo que alcanzasen el umbral de los 250 trabajadores, sino también en aquellas empresas que, en su conjunto, superasen dicho volumen de empleo⁵²⁰.

199.- También la jurisprudencia mantiene posturas discrepantes sobre el ámbito al que hay que referirse para la constitución de los Delegados Sindicales. Sucede así que existen sentencias que reconocen la posibilidad de que se tome como ámbito tanto la empresa como el centro, como ocurre con las SS.T.S.J. de Madrid

⁵¹⁹ RODRIGUEZ PIÑERO, M., y CRUZ VILLALON, J., "El sindicato en la empresa...", cit.

⁵²⁰ Este ha sido también el criterio mantenido por RIVERO LAMAS ("Umbrales de la representación...", cit.).

de 26 de marzo de 1990 (As. 1230), y de 19 de noviembre de 1991 (As. 6197), así como las SS.A.N. de 23 de marzo de 1990 (Ar. 63), y de 16 de enero de 1990 (Ar. 10), donde se señala que "el número de delegados sindicales a elegir estará en función directa del censo laboral de <la empresa o, en su caso, de los centros de trabajo>, según dicción textual del art. 10.2, párrafo primero de la Ley Orgánica de repetida cita, a condición únicamente de que, en cualquiera de ambos supuestos los efectivos personales superen los 250 trabajadores, sin que esa posibilidad pueda limitarse a la empresa o al centro de trabajo, puesto que el precepto alude expresamente y por dos veces a los dos ámbitos, de manera que, aun en el caso de que ninguno de los dos centros de trabajo de la empresa sumen por sí solos más de 250 trabajadores, si en conjunto superan esa cifra, o los topes a que alude el art. 10.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, nada obsta a la designación de delegados sindicales a nivel de empresa".

Frente a esta corriente jurisprudencial, y coincidiendo con los argumentos esgrimidos por BORRAJO basados en los antecedentes inmediatos de la L.O.L.S., la S.T.S.J. de Navarra de 14 de enero de 1992 (As. 40), entiende que el ámbito de constitución del Delegado

Sindical a que se refiere el art. 10 de la L.O.L.S. es el centro de trabajo en tanto que al responder la implantación de las Secciones Sindicales al principio de intermediación, procurando facilitar la comunicación entre los afiliados y sus órganos representativos, una interpretación distinta "daría lugar a la existencia de un Delegado Sindical de carácter nómada cuya función consistiría en recorrer los distintos centros con el fin de transmitir las inquietudes propias de los afiliados, cuando esta función globalizadora es propia del Sindicato".

200.- Una segunda duda que plantea el artículo 10 de la L.O.L.S. es la del umbral a partir del cual existe el derecho de las Secciones Sindicales que, contando con el resto de requisitos requeridos, pueden designar Delegados Sindicales. La cuestión se suscita porque mientras en el apartado primero del artículo 10 de la L.O.L.S. se habla de empresas o centros de trabajo que ocupen "a más de 250 trabajadores", el apartado tercero de este mismo precepto, al establecer la escala, fija el primer nivel "de 250 a 750 trabajadores".

Por lo demás, existe una aparente contradicción entre los apartados primero y segundo del art. 10,

puesto que mientras en el primero se habla de trabajadores "cualquiera que sea la clase de su contrato", en el segundo se establece una escala atendiendo a la "plantilla de la empresa", la cual está integrada, en sentido estricto, por los trabajadores fijos de la empresa. Sin embargo, tal y como señala ALBIOL MONTESINOS, esta expresión no deberá interpretarse en sentido estricto como referida a los trabajadores fijos con contrato por tiempo indefinido, sino a todos los trabajadores vinculados con la empresa, y ello "por coherencia con lo dispuesto en el art. 10.1 que expresamente se refiere al mínimo de 250 trabajadores <<cualquiera que sea la clase de su contrato>>"⁵²¹.

201.- En todo caso lo que se debe destacar es la intención de la Ley al limitar la posibilidad de contar con un Delegado Sindical con los derechos reconocidos en la L.O.L.S. a determinadas Secciones Sindicales, intención que, como señala CRUZ VILLALON⁵²², no ha sido otra que la de "impedir la atribución de las competencias previstas en el artículo 10.3 de la L.O.L.S. a cualquier tipo de sindicato (evitando la

⁵²¹ *El sindicato en la empresa, cit.*, pág. 153.

⁵²² *Op. cit.*, pág. 248.

confusión y multiplicación de los sujetos sindicales que intervengan) o a cualquier tipo de empresa, (permitiendo el funcionamiento más ágil de las empresas de pequeñas dimensiones)". Queda con ello claro que la Ley no pretende impedir que las Secciones Sindicales designen a sus delegados para que dirijan la actividad de la Sección, lo que ocurre es que, en aquellas Secciones que no reúnan los requisitos exigidos, tales delegados carecerán de los derechos y prerrogativas previstos en la L.O.L.S.⁵²³.

C) LA NEGOCIACION COLECTIVA.

202.- La negociación colectiva, surgida como instrumento de superación de la desigualdad existente entre las partes celebrantes del contrato de trabajo, ha venido constituyendo un importante instrumento en la fijación de las condiciones de trabajo y en la regulación de las relaciones laborales, habiéndose convertido en "un medio

⁵²³ En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 84/1989 de 10 de mayo, dice que "la finalidad del precepto legal es, ciertamente, la de atribuir derechos y garantías a los Delegados Sindicales de estos últimos Sindicatos (los que cumplen con los requisitos del art. 10 de la L.O.L.S.), pero no la de prohibir o impedir que las Secciones Sindicales de los restantes Sindicatos estén representadas por Delegados Sindicales".

básico de autotutela de los intereses de clase"⁵²⁴.

Esta destacada función de la negociación colectiva ha sido reforzada en virtud de la reforma introducida por la Ley 11/1994 de 19 de mayo que, teniendo como segundo hilo conductor la potenciación de la negociación colectiva y la mejora de sus contenidos, ha abierto nuevas materias susceptibles de ser objeto de negociación, favoreciendo el desarrollo de la negociación colectiva en un proceso que la propia Ley ha calificado como de "*cesión de la norma estatal en favor de la convencional*"⁵²⁵.

Ahora bien, para que la negociación colectiva alcance plenamente ese papel fundamental en la ordenación de las relaciones de trabajo, es necesaria, lógicamente, la presencia de sus protagonistas. Y es precisamente este dato el que falla en el ámbito de la pequeña y mediana empresa, dado que, como ya se ha puesto de relieve anteriormente, los actores sociales no se encuentran, por lo general, organizados a nivel de estas empresas⁵²⁶.

⁵²⁴ AA.VV. *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*. IMPI. Ministerio de Industria y Energía. Madrid. 1982. Pág. 12.

⁵²⁵ Exposición de Motivos de la Ley 11/1994.

⁵²⁶ Es por ello por lo que cabría concluir que mientras la negociación colectiva es la piedra principal de la regulación de las relaciones laborales en las empresas grandes, no lo es

Como consecuencia de la falta de agentes sociales en el marco de las PYMEs resulta que la incidencia de la negociación colectiva sobre ellas dependerá de que el sistema de negociación colectiva del país en cuestión sea centralizado o descentralizado. En un sistema centralizado serán de mayor aplicación los convenios colectivos ya que éstos, negociados a nivel superior, se extienden sobre los niveles inferiores; mientras que en un sistema descentralizado no tendrá tanta repercusión la negociación colectiva en las PYMEs, debido a las mayores dificultades existentes para negociar convenios colectivos de empresa en su seno⁵²⁷.

Sin embargo, frente a esta ventaja de la negociación colectiva centralizada se sitúa el problema de la uniformidad de la regulación de las condiciones de trabajo que conlleva, puesto que las partes negociadoras de los

en las pequeñas, donde predominan las relaciones personales.

⁵²⁷ Con relación a la negociación colectiva a nivel de empresa, y en lo referido al caso español, cabe señalar que, vista la cantidad de pequeñas empresas en que la elección de representantes de los trabajadores no es obligatoria en atención al número de trabajadores en ellas empleados; dada la falta de la designación de los mismos aun en empresas en que sí sería posible; y, por último, constatado el bajo índice de afiliación sindical existente, los requisitos de legitimación establecidos en los artículos 87 y 88 del E.T. suponen un claro distanciamiento entre la negociación colectiva estatutaria a nivel de empresa y las PYMEs, impulsando a éstas, en todo caso, hacia la negociación colectiva extraestatutaria.

convenios no toman en consideración las peculiaridades que presentan las PYMEs, careciendo, por lo tanto, de previsiones adecuadas a las mismas. Sucede así que, aunque se apliquen los convenios colectivos sectoriales, éstos resultarán, en numerosas ocasiones, inadecuados a la realidad de la empresa. En este sentido, GONZALEZ POSADA⁵²⁸ destaca que uno de los riesgos que plantea la negociación colectiva centralizada consiste en el coste que pueda suponer para la empresa el contenido del convenio, el cual puede ser valorado más adecuadamente en las unidades de negociación descentralizadas que en las centralizadas.

203.- Sobre el particular, y por lo que se refiere al caso español, la estructura de la negociación colectiva es centralizada, afirmación que cabe realizar aun a pesar de que el 71,4% de los convenios registrados en 1990 eran convenios de empresa (que no son sino *"la consecuencia más evidente de la descentralización del sistema de relaciones industriales existente en un país"*⁵²⁹). Y ello puesto que tales convenios se aplicaban al 14% de los trabajadores afectados por convenio colectivo, frente al 86% de éstos, que veían reguladas sus condiciones de trabajo por

⁵²⁸ GONZALEZ POSADA, E. "Los convenios colectivos de eficacia general y su aplicación a las PYME", en *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, cit.

⁵²⁹ GONZALEZ POSADA, E. *Op. cit.* pág. 133.

convenios de ámbito distinto al empresarial, datos que ratifican la tendencia que se viene manteniendo en los últimos años⁵³⁰.

204.- Pero la existencia de un sistema de negociación colectiva centralizado tampoco asegura una máxima cobertura de los trabajadores por el convenio. Para que ello sea así se requiere un adecuado control en la aplicación de lo convenido en el ámbito superior. Sobre el particular MATEOS BEATO⁵³¹ ha destacado la necesidad de que se potencien los sistemas de control propios regulados a través de los convenios colectivos, de manera que se logre "una mayor capacidad de arreglo de los conflictos en términos de conciliación"⁵³², ya que, dada la personificación de las relaciones laborales existente en las pequeñas y medianas empresas, la mayoría de las demandas suponen, en ése ámbito, un enfrentamiento entre trabajadores y empresario.

205.- El problema que suscita la negociación colectiva

⁵³⁰ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. *Estadística de convenios colectivos. 1990-1991 Avance*. Madrid. 1992.

⁵³¹ MATEOS BEATO, A. "Los convenios colectivos y sus problemas de aplicación: control judicial y administrativo", en *Pluralidad y sucesión de convenios y control de su cumplimiento*. IV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1992.

⁵³² *Op. cit.*, pág. 159.

en el sector de las pequeñas y medianas empresas se ha tratado resolver a través de la posibilidad de fijar un ámbito de negociación propio para las mismas, de modo que en un mismo sector hubiera dos convenios, uno celebrado por los representantes de las PYMEs y otro por los de las grandes empresas. Sin embargo ésta posibilidad choca con diversos obstáculos: el carácter heterogéneo de las PYMEs; el riesgo de una competencia desleal por parte de las pequeñas y medianas empresas fijando una condiciones laborales muy inferiores a las presentes para el resto de empresas; y, finalmente, la tendencia sindical de garantizar unos mínimos homogéneos a la totalidad de trabajadores, sin establecer ningún tipo de diferenciaciones⁵³³.

206.- De otra parte, manteniendo los aspectos salariales la centralidad en la negociación colectiva, la solución que en alguna ocasión se había propuesto al problema de la negociación colectiva en las PYMEs consistía en que en la negociación de nivel superior a la empresa se fijaran unas condiciones mínimas, adecuadas a la capacidad económica de las pequeñas y medianas empresas, y que dichas condiciones fueran mejoradas, a través de la negociación a

⁵³³ En este sentido, ZUFIAUR, J.M. *Sindicatos y PYME*, cit., pág. 7. También LOPEZ GANDIA, J. y DOMINGUEZ GONZALEZ, A. "Régimen jurídico-laboral vigente para las PYME", cit. pág. 130.

nivel de empresa, en virtud de las posibilidades de las empresas de mayores dimensiones⁵³⁴. Pero semejante opción también adolece de inconvenientes en tanto que "la fijación de contenidos asumibles por quienes menos posibilidades tienen establece un mejor posicionamiento de los empresarios cuya fortaleza económica es mayor y a los cuales el coste del convenio colectivo les beneficia, en tanto menores sean las posibilidades de los demás empresarios"⁵³⁵.

Frente a esta solución propuesta tendente a evitar que los costes que puedan derivarse de los convenios colectivos puedan resultar excesivos para determinadas empresas por no ajustarse a sus características, con la reforma introducida por la Ley 11/1994, ahora se contempla (arts. 82.3 y 85.2.c) del E.T.) la necesidad de que los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa establezcan las condiciones y procedimientos por los que pueda no aplicarse el régimen salarial de los mismos a aquellas empresas cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación.

⁵³⁴ Esta es la solución que venía defendiendo, según JOSE MARIA ZUFIAUR (op. cit., pág. 7), la U.G.T.

⁵³⁵ GONZALEZ POSADA, E. "Los convenios colectivos...", cit., pág. 126.

Se parte, por tanto, de una perspectiva diferente a las propuestas que con anterioridad se habían formulado, ya que no se trata de fijar mínimos en el ámbito superior, mejorables en negociación a nivel inferior, sino que de la actual redacción de los artículos 82.3 y 85.2.c) lo que se deriva es la necesidad de que los convenios supraempresariales contengan cláusulas de descuelgue salarial⁵³⁶, permitiendo su inaplicación a aquellas empresas cuya estabilidad económica lo aconseje.

Con esta medida se evita que los sujetos negociadores de convenios colectivos de ámbito superior a la empresa se vean mediatizados por la necesidad de tomar en cuenta las posibles dificultades de algunas empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio.

De la formulación legal de este precepto interesa destacar que la cláusula de descuelgue deberá ir justificada en todo caso por la situación económica de la empresa. Se prescinde por tanto de acudir al criterio ocupacional como índice de capacidad económica de la empresa y se alude expresamente a la situación económica de

⁵³⁶ Si bien, como señala SALA FRANCO, la referencia de los convenios colectivos a la cláusula de descuelgue salarial se trata más bien de una "recomendación" legal, en tanto que su incumplimiento no parece originar la nulidad del convenio (*La reforma del mercado de trabajo, cit.,* pág. 40).

ésta como razón en virtud de la cual quepa realizar el descuelgue salarial⁵³⁷.

El problema que esta medida puede acarrear es el de la determinación de las circunstancias económicas que posibiliten efectuar el descuelgue, cuestión que deberá resolver el convenio supraempresarial por cuanto a él le atribuye la Ley el establecimiento de las "condiciones y procedimientos" que conduzcan a la inaplicación del régimen salarial previsto. En todo caso, como señala BAYLOS, "el daño a la estabilidad económica debe entenderse real y concreto, y materializarse en determinados hechos que vienen a coincidir produciendo una situación de real dificultad económica"⁵³⁸.

Por lo demás, el interés del legislador en evitar que la condiciones salariales estipuladas en convenios de ámbito superior al de la empresa deban aplicarse indiscriminadamente a todas las empresas afectadas por el convenio, con independencia de su concreta situación, le ha

⁵³⁷ Criterio que, tal y como entiende DEL REY GUANTER, está relacionado no tanto con la dimensión de la empresa según un criterio económico, cuanto con su viabilidad como proyecto empresarial (op. cit., pág. 109).

⁵³⁸ BAYLOS GRAU, A., "El papel de la autonomía colectiva en la reforma de las relaciones laborales", ponencia presentada en las Primeras Jornadas Tarraconenses de Derecho Social, Tarragona, 16 y 17 de junio de 1994.

llevado a admitir la posibilidad de que se produzca el descuelgue aun cuando tales convenios no contengan la mencionada cláusula, siempre que la situación económica de la empresa lo justifique. Para ello deberá producirse un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores o, en su defecto, podrá acordarlo la Comisión Paritaria del convenio, a la cual el empresario y los representantes de los trabajadores podrán encomendar la fijación de las nuevas condiciones salariales cuando no alcancen un acuerdo entre ellos.

Con estas medidas se ha favorecido la adaptación de los convenios sectoriales a las circunstancias económicas de, principalmente, las pequeñas y medianas empresas, que son las que, al contar en menor medida con convenios colectivos propios se veían imposibilitadas para establecer condiciones salariales más acordes con sus posibilidades reales⁵³⁹.

207.- Pero, si bien se ha solucionado el problema de la adecuación de las condiciones salariales establecidas en convenio supraempresarial a las circunstancias concretas de las empresas, hay que tener presente que con la reforma introducida con la Ley 11/1994 se ha producido una notable

⁵³⁹ En este sentido, DEL REY GUANTER, *op. cit.*, pág. 111.

ampliación en las materias cuya regulación queda remitida, (con objeto, precisamente, de lograr su adaptación a las características de las empresas), a su determinación por convenio colectivo, con lo que el problema de su acomodo a las especiales circunstancias que pueden presentar las PYMEs queda todavía pendiente.

Así, temas tan relevantes para las empresas, -y en especial para las pequeñas y medianas-, como el establecimiento de la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, así como la posibilidad de superar las nueve horas como duración máxima de jornada diaria de trabajo de carácter ordinario; la fijación del sistema de clasificación profesional, etc., quedan sujetos a lo que establezca el convenio colectivo.

Cierto es que la nueva normativa permite, para determinados temas (entre ellos los arriba mencionados), que su regulación se realice, en defecto de convenio, a través de acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores⁵⁴⁰. Con ello se estaría salvando el

⁵⁴⁰ Acuerdos que, como apunta ALFONSO MELLADO, ("La negociación colectiva tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores", *Tribuna Social*, nº. 43, 1994, pág. 98), no cabrá ya calificar como extraestatutarios por cuanto si bien hasta ahora los mismos se producían al margen del E.T., ahora el propio E.T. se refiere a este tipo de negociación.

obstáculo que pudiera suponer la no existencia de representantes que gozasen de los requisitos de legitimación exigidos por el propio Estatuto para negociar convenios, pero no acabaría de solventarse el tema cuando en la empresa no existiera estructura alguna de representación.

Además, la posibilidad de regular estas materias en base a acuerdos entre empresario y representantes de los trabajadores puede traducirse, en aquellas empresas donde tales representaciones carezcan de fuerza y garantías suficientes, en una mera imposición de la voluntad empresarial⁵⁴¹.

La solución a este problema podría consistir en desarrollar en el ámbito de las PYMEs una fórmula consistente en combinar la negociación colectiva con un posterior control administrativo, tal y como se ha sugerido en Francia⁵⁴² respecto de los acuerdos derogatorios

⁵⁴¹ En este sentido ALFONSO MELLADO, C., *op. cit.*, pág. 99, quien, por lo demás, desconfía de la independencia de los representantes unitarios de estas empresas frente a las presiones empresariales, sosteniendo la necesidad de que la Ley hubiera atribuido la función negociadora con carácter exclusivo a los sindicatos, y no a cualquier tipo de representación.

⁵⁴² MIALON, M.F., "I rapporti di lavoro nelle piccole e medie imprese francesi", en *Relazioni industriali e ambiente di lavoro...*, *cit.*, pág. 37.

(acuerdos en cuya virtud se pueden establecer condiciones menos favorables para los trabajadores que las previstas en la propia ley). Opción ésta que, por lo demás, ha sido valorada positivamente por BIAGI, quien estima que promover esa fiscalización por parte de los poderes públicos respecto de aquellos acuerdos negociados en empresas con una estructura de representación débil, no supondría vulnerar la autonomía de la voluntad de las partes en la negociación colectiva, sino que sería positiva en tanto que tendería a fomentar este tipo de acuerdos⁵⁴³.

208.- Con respecto a la normativa reguladora de la negociación colectiva, ninguna diferencia cabe encontrar en ella en atención a la dimensión de la empresa. Las únicas peculiaridades se derivan, indirectamente, de las reglas contenidas en los artículos 87.3 y 88.1 cuando regulan, respectivamente, los requisitos de legitimación para negociar y para formar parte de la comisión negociadora en los casos en que se trate de negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa.

El artículo 87.3 dispone que tendrán legitimación para negociar convenios de ámbito superior a la empresa, "las

⁵⁴³ BIAGI, M., "Impresa minore, relazione industriali e cultura manageriale...", *cit.*, págs. 16 y 17. También en "El derecho del Trabajo en pequeñas y medianas empresas...", *cit.*, págs. 62 y 63.

asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 de los empresarios y de los trabajadores afectados por el ámbito de aplicación del convenio".

La actual redacción de este precepto se debe a la modificación que en él introdujo la Ley 32/1984 de 2 de agosto (B.O.E. del 7). Con anterioridad a la citada Ley, el artículo 87.3 sólo exigía que las asociaciones empresariales contasen con el 10 por 100 de los empresarios afectados por el convenio, sin referirse para nada a los trabajadores. Ello suponía, como puso de manifiesto VALDES DAL-RE⁵⁴⁴, primar y potenciar a la pequeña y mediana empresa, ya que se tomaba como parámetro exclusivo de medición de la representatividad el peso numérico de la patronal, lo que, constituyendo la pequeña y mediana empresa el núcleo de la estructura industrial española, equivalía a que "el legislador (hubiese) otorgado, al menos potencialmente, el poder contractual para negociar convenios de eficacia general a las asociaciones de PYME".

Ahora, tras la reforma operada en virtud de la Ley 32/1984, el criterio de valoración de representatividad de la patronal a efectos de legitimación para negociar

⁵⁴⁴ VALDES DAL-RE, F. "El sistema español de negociación colectiva de condiciones de trabajo", en *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas, cit.*, págs. 79 y 80.

convenios colectivos de ámbito superior a la empresa no lo constituye solamente el número de empresarios afectados por el convenio sino también el número de trabajadores. Con ello, al hacerse "más estricta" la legitimación⁵⁴⁵, se ha logrado, según GARCIA MURCIA, "un cierto equilibrio entre las asociaciones que agrupan preferentemente a grandes empresas y las que dirigen su acción, selectiva o preferentemente, a las PYMES"⁵⁴⁶.

209.- Sin embargo el legislador no fue consecuente ya que con la reforma llevada a cabo con la ley 32/1984 sólo modificó los criterios de valoración de la representatividad empresarial para determinar las asociaciones legitimadas para negociar, sin hacer lo propio respecto del criterio empleado a la hora de decidir la correcta constitución de la comisión negociadora. De este modo, el artículo 88.1 del E.T. establecía que la comisión negociadora quedaba válidamente constituida, por lo que se refiere a las asociaciones empresariales, cuando éstas representasen, como mínimo, "a la mayoría de los

⁵⁴⁵ RODRIGUEZ SAÑUDO, F. "La legitimación para negociar convenios colectivos", en AA.VV. *Comentarios a la nueva legislación laboral*. Madrid. 1985. Págs. 173 y 174.

⁵⁴⁶ GARCIA MURCIA, J. *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Estudios. Serie Relaciones Laborales. Madrid. 1987.

empresarios afectados por el convenio".

El hecho fue calificado por un sector de la doctrina⁵⁴⁷ como un "lapsus" del legislador de 1984, que no advirtió la necesidad de introducir una reforma en el artículo 88 cuando así lo hizo con el artículo 87. Como consecuencia de ello la reforma llevada a cabo por la Ley 32/1984 fue una reforma "insuficiente", en tanto que se limitaba a introducir el criterio del volumen de trabajadores empleado en relación a la exigencia de legitimación para negociar pero no en cuanto a la capacidad para convenir⁵⁴⁸.

De este modo todavía subsistía la posibilidad de que existiesen desajustes entre los sujetos representados en la negociación y los afectados por el convenio, ya que, como apuntaba RIVERO LAMAS⁵⁴⁹, "la ausencia (en el art. 88.1) de una mención al volumen de trabajadores ocupados en las empresas, abre un flanco a negociaciones colectivas que

⁵⁴⁷ En este sentido, entre otros, RODRIGUEZ PIÑERO, M; VALDES DAL-RE, F; y CASAS BAAMONDE, M.E., en *Código de las leyes laborales*. Madrid. 1991. Pág. 461.

⁵⁴⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V., "La Ley 23/1984 y la materia de convenios colectivos. Antecedentes y alcance de una reforma". *Relaciones Laborales*, nº. 5. 1985. Pág. 838.

⁵⁴⁹ RIVERO LAMAS, J. "La legitimación empresarial para la negociación colectiva. Asociaciones empresariales legitimadas para negociar. La legitimación en los grupos de empresas". *Relaciones Laborales*, nº. 24. 1992. Pág. 27.

corren el riesgo de ser conducidas por asociaciones representativas de empresas pequeñas y medias en contra de las empresas grandes".

210.- Este estado de cosas ha variado tras la aprobación de la Ley 11/1994 de reforma del Estatuto, puesto que esta Ley, con objeto de favorecer el desarrollo de la negociación colectiva⁵⁵⁰, exige que del lado empresarial negocien las asociaciones patronales que representen *"a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio"*, sustituyendo la anterior exigencia de que representaran a la mayoría de empresarios afectados.

Con la nueva redacción dada al art. 88.1 se subsana el "olvido" del legislador de 1984, completándose la reforma introducida en ese año.

La consecuencia más importante de esta modificación consiste en la mayor facilidad que ahora puede existir para que las asociaciones empresariales alcancen la legitimidad suficiente para negociar convenios colectivos de eficacia general⁵⁵¹, ya que el requisito anteriormente exigido podía

⁵⁵⁰ Así se señala en la Exposición de Motivos de la citada Ley.

⁵⁵¹ Si bien la doctrina ya ha manifestado sus reticencias acerca de la suficiencia de la reforma introducida para eliminar los problemas que plantea la representatividad

ser difícilmente alcanzable en aquellos sectores en los que existiese una gran dispersión empresarial (como es el caso de la hostelería, los despachos y oficinas, etc.), e incluso era susceptible de presentar dificultades de acreditación⁵⁵².

Lo que llama la atención de esta modificación es el hecho de que parece moverse en una dirección opuesta a la seguida globalmente por la reforma, esto es, mientras en el resto de materias afectadas por la reforma el legislador se ha inclinado por un favorecimiento de las pequeñas y medianas empresas, en este tema se ha consolidado la primacía dada a las de mayores dimensiones.

211.- Por lo demás, esta preeminencia de las grandes empresas en la representación patronal de la comisión negociadora del convenio de ámbito superior a la empresa, deja en una difícil situación a las pequeñas y medianas empresas, las cuales, además de ver difícil la posibilidad de escapar, mediante la negociación de convenios de

empresarial (SALA FRANCO, T., *La reforma del mercado de trabajo*, cit., pág. 236).

⁵⁵² Sobre el particular véase RIVERO LAMAS, "La legitimación empresarial para la negociación colectiva...", cit.; ROQUETA BUJ, R., "La legitimación negocial de las asociaciones empresariales" *Actualidad Laboral*, nº. 17, 1993, págs. 325 y ss.

empresa, a la aplicación de las condiciones previstas en convenios de ámbito superior, van a ver cómo los convenios de ámbito supraempresarial van a tener menos en cuenta sus específicas características⁵⁵³.

La raíz de este problema se encuentra en la falta de articulación de la negociación colectiva puesto que, como recordaba el propio Gobierno en las medidas propuestas para alcanzar el acuerdo social en la fase de negociaciones con las partes sociales para proceder a la reforma del mercado de trabajo⁵⁵⁴, la estructura de la negociación colectiva española se caracteriza por su centralización a nivel sectorial (siendo el sector provincial el ámbito de negociación más frecuente), sin que exista comunicación entre los distintos niveles de negociación, echándose en falta un reparto de materias entre los mismos al agotarse, en el nivel de negociación escogido, todas las materias a tratar por el convenio, lo que, si bien garantiza unas condiciones mínimas para los trabajadores independientemente de su poder de negociación, conduce a *"una excesiva uniformidad de las condiciones, que no tiene en cuenta ni las diferencias sectoriales ni las empresariales, ni tampoco, en ciertos casos, los intereses*

⁵⁵³ En este mismo sentido, DEL REY GUANTER, *op. cit.*, pág. 115.

⁵⁵⁴ *Relaciones Laborales*, nº. 20, 1993, pág. 106.

individuales de los trabajadores que pueden requerir de soluciones diversificadas, sin por ello distorsionar la visión colectiva de la materia laboral".

III.- CONSIDERACIONES FINALES: ¿ES NECESARIO UN DERECHO DEL TRABAJO DIFERENCIADO PARA LAS PYMES?.

1.- En las páginas anteriores se ha tratado de exponer en qué medida el ordenamiento laboral toma en cuenta la dimensión de la empresa para diversificar el alcance de sus normas, así como las razones a las que semejante modalización de la normativa laboral puede responder. Lo que no se ha abordado de forma completa, -y es de lo que en este momento se trata-, es la realización de una valoración global de las tendencias seguidas por el legislador en relación a esta diferenciación normativa.

2.- Comenzando por el motivo fundamental a que obedece la especial atención del legislador por establecer medidas de apoyo a las pequeñas y medianas empresas, esto es, el importantísimo papel que se atribuye a las mismas en la creación de empleo, cabe afirmar, -sin entrar en la polémica abierta acerca de si este tipo de empresas ejerce una función tan importante en la lucha contra el desempleo como se ha venido señalando-, que resulta excesivamente simplista mantener, como hacía el diputado ROCA I JUNYENT

en el debate parlamentario sobre la convalidación del R.D.L. 18/1993 de 3 de diciembre, que son las empresas de reducidas dimensiones (normalmente definidas en términos numérico-ocupacionales), sin ulteriores distingos, las que van a crear puestos de trabajo en nuestro país.

En efecto, no parece que la dimensión de la empresa, por sí solo, sea un factor determinante en la creación de empleo (más aún teniendo en cuenta el elevado índice de desaparición de las mismas). Otras circunstancias, como el sector de la producción al que pertenezcan las empresas, el grado de tecnología aplicada en el proceso productivo, la posición que la empresa ocupe en el mercado, etc., son factores que indudablemente inciden sobre la capacidad generadora de puestos de trabajo de las empresas. Y es por este motivo por lo que el legislador, a la hora de decidir la línea de apoyo a las empresas con objeto de fomentar el empleo, debería procurar evitar la tendencia de favorecer a las empresas por el mero hecho de su tamaño, obviando otros criterios que se me antojan esenciales.

Entiendo, por tanto, que la política de apoyo a las PYMES debe evitar convertirse, en la medida de lo posible, en una política indiscriminada, que se dirija a fomentar a las PYMES exclusivamente por el hecho de su tamaño, fruto de la concepción de la reducida dimensión de las empresas

como una virtud en sí misma considerada, (lo cual, por lo demás, podría llevar a concluir que para lograr que una pequeña empresa continuara gozando de los beneficios conferidos por la legislación, debería permanecer pequeña⁵⁵⁵, lo que entra en franca contradicción con el objetivo perseguido con las políticas de protección de las PYMEs).

Partiendo de esta premisa, no creo que el Derecho del Trabajo deba ser utilizado como instrumento de potenciación de un tipo de empresas (las pequeñas y medianas) en detrimento de otras (las grandes), puesto que con ello se estaría impulsando un redimensionamiento de las mismas.

1.- Sobre la necesidad de un Derecho del Trabajo diferenciado.

3.- Ahora bien, se ha insistido mucho sobre la realidad diferenciada que constituyen las PYMEs, atribuyéndoles frente a las grandes empresas, -si bien en no pocas ocasiones de modo gratuito-, una serie de cualidades (adaptación rápida a la evolución de las condiciones de mercado; capacidad de innovación comparativamente mayor que

⁵⁵⁵ En este sentido, RAINNIE, A., *Industrial relations in small firms*, cit., pág. 13.

en las grandes empresas; mayor creación de empleo; importante papel en la formación de jóvenes; mejor resistencia a las épocas de crisis; mayor adaptabilidad; independencia; un buen clima social), y unos inconvenientes (debilidad económica, difícil acceso a la financiación, al acceso al crédito y al mercado de capitales).

Y precisamente por entender que estas empresas integran una realidad distinta, se ha venido argumentando que el ordenamiento jurídico vigente es inadecuado para las PYMEs, por lo que desde sectores empresariales se ha propuesto para ellas, junto con un cambio en otras materias (financiera, administrativa, fiscal...), una regulación laboral especial, simplificada, que de una mayor relevancia a la autonomía individual de las partes frente a las disposiciones legales y reglamentarias a la hora de regular las relaciones laborales, teniendo en consideración, de este modo, sus peculiaridades y matices⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ Así, en la Conferencia Empresarial de CEOE y CEPYME de 1992, se incluían, entre las propuestas de actuación en favor de las PYMEs, una adecuación del marco jurídico laboral a la dimensión de la empresa que tenga en cuenta su menor potencialidad económica así como las características del personal en ella empleado y de la organización del trabajo. Dicha adecuación consistiría en un cambio de la regulación de la movilidad funcional de los trabajadores, así como de la regulación de la contratación y extinción del contrato de trabajo, flexibilizando la normativa reguladora de estos componentes de la relación laboral.

La complejidad, la rigidez y el peso económico del Derecho del Trabajo, -que encarece el coste de la mano de obra-, han sido los motivos alegados en defensa de semejante solicitud, entendiendo que la menor capacidad de las pequeñas empresas para afrontar estas circunstancias constituye una barrera a la ocupación de personal. En definitiva, lo que se viene a afirmar es que el exceso de derechos individuales y colectivos impide el desarrollo del empleo, obstaculizando la lucha contra el paro. El Derecho del Trabajo viene así presentando como un derecho ajustado exclusivamente a las grandes empresas industriales.

Junto a las anteriores consideraciones, el redimensionamiento del tamaño de las empresas que se está viviendo desde hace ya algún tiempo, hace más necesario, si cabe, que el Derecho del Trabajo tenga en cuenta el elemento dimensional para diversificar el alcance de sus normas por cuanto este fenómeno repercute sobre todo el sistema de relaciones laborales⁵⁵⁷. Se trata, pues, de un factor que ejerce una "*<<irresistible presión>> sobre el Derecho del Trabajo para tomar en cuenta la dimensión de la empresa*"⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ En este sentido, CRUZ VILLALON, J., *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*. Ponencia presentada en las V Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 1993, págs. 20 y ss.

⁵⁵⁸ DEL REY GUANTER, *op. cit.*

Ante esta realidad, el mantenimiento de una legislación poco diversificada constituye, sin duda alguna, un factor de rigidez que podría dar lugar al sumergimiento de parcelas de la actividad productiva.

Sin embargo, no hay que olvidar que las pequeñas y medianas empresas constituyen un sector muy heterogéneo, y que junto a estas nuevas empresas surgidas de procesos de exteriorización y desconcentración de la actividad productiva, siguen existiendo otras empresas (como las pequeñas empresas familiares, o los talleres artesanales), que quedan dentro del concepto de PYMEs, y cuya realidad en nada se asemeja a esas otras. Dejar de lado a éstas últimas supondría que el Derecho del Trabajo seguiría siendo el Derecho de las grandes empresas, si bien adaptado a las nuevas circunstancias de las mismas.

4.- En el debate suscitado acerca de la necesidad de una diversificación del derecho laboral para las pequeñas y medianas empresas, se ha llegado a plantear la conveniencia de crear un Derecho del Trabajo específico para estas empresas. Pero lo cierto es que existe un previo e importante problema para la elaboración de este Derecho propio de las PYMEs: la inexistencia de una definición comúnmente aceptada de pequeña y mediana empresa, lo que impide la identificación del sujeto de ese derecho.

De este modo cabe concluir, con BELIER⁵⁵⁹, que la aproximación al problema de las pequeñas y medianas empresas debe realizarse, principalmente, a través de la introducción de matices y especificidades en la normativa general, y no a través de la creación de un derecho autónomo e independiente para tales empresas.

5.- Así pues, lo que la norma laboral debe procurar es, desde luego, que sus contenidos puedan ser adaptados a las realidades distintas que pueden presentar las diversas empresas, y, para ello, el mecanismo que aparece como el más adecuado es, frente al propuesto desde la patronal, el de la negociación colectiva: mientras que la posición empresarial de procurar una adaptación a las características particulares de las empresas a través del contrato individual podría conducir a una imposición abusiva de los criterios del empresario, la negociación colectiva se presenta como el mecanismo idóneo para llevar a cabo esta tarea.

De todo ello parece haber sido consciente el legislador en la reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto que se ha conferido a la negociación colectiva la

⁵⁵⁹ BELIER, G., *Diritto del Lavoro e piccola impresa: il dibattito in Francia*, en *Quaderni del Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº. 8, 1990, pág. 100.

misión de lograr la adaptación de la normativa laboral a las características de las empresas.

Pero no toda negociación colectiva es válida para adaptar la normativa a la realidad de la empresa, sino que se requiere que dicha adecuación se produzca a través de convenios que hayan sido acordados en unos ámbitos en que los agentes negociadores sean conscientes de la diversidad que pueden presentar las empresas ya que, de otro modo, no se estaría más que reproduciendo la lejanía que mantiene la ley respecto de las mismas.

Para lograr este objetivo, lo más apropiado consistiría en lograr un sistema de negociación colectiva articulado, donde se produjera un reparto de materias entre las distintas unidades de negociación, sin que se pretendiese renegociar en cada una de ellas la totalidad de las materias⁵⁶⁰.

La dificultad que puede entrañar esta solución es, como se ha puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, la falta de sujetos legitimados para negociar con el empresario en el seno de las pequeñas y medianas empresas, cuestión ésta que no ha sido objeto de la debida atención en las

⁵⁶⁰ En este sentido, CRUZ VILLALON, *Descentralización productiva...*, cit., pág. 27.

recientes leyes de reforma de la normativa laboral.

6.- En último término, una cuestión que resulta de especial trascendencia en el tema de la necesidad de un derecho diferenciado para las pequeñas y medianas empresas, es la necesidad de garantizar que esa legislación diversificada se aplique, sin que se produzca una ulterior diferenciación en base a la inobservancia de las normas legales o convencionales. Y es que, como señala BIAGI, *"el problema de las condiciones de trabajo en PYMEs es frecuentemente no tanto la introducción de nuevas normas como el hacer cumplir aquellas que ya se aplican a este efecto dentro de los diversos sistemas nacionales"*⁵⁶¹.

La función diversificadora de la normativa laboral la deben cumplir el legislador, (a través de la introducción de normas modalizadas en función de la dimensión de la empresa), y los agentes sociales, (haciendo lo propio por medio de la negociación colectiva). Si se permite que las relaciones laborales de las pequeñas y medianas empresas se separen de las existentes en las grandes más allá de lo pretendido por la ley y el convenio, el necesario respeto de los mínimos que dicha diferenciación debe garantizar en todo caso quedaría puesto en peligro, desapareciendo por

⁵⁶¹ BIAGI, M., "El derecho del trabajo en pequeñas y medianas empresas...", *cit.*, pág. 58.

completo el carácter tuitivo de la normativa y permitiéndose la existencia de un *dumping social* por el que las empresas estarían compitiendo en desigualdad de condiciones en el mercado, resultando perjudicadas aquellas empresas que sí respetaran la legislación vigente.

Este ha sido uno de los principales argumentos esgrimidos por los detractores de una legislación modalizada en función de la dimensión de la empresa, puesto que semejante simplificación de la normativa operaría, principalmente, en los confines de empresas en las que se admite de modo generalizado que el "código de trabajo" es ya frecuentemente poco aplicado, dejando a la mayor parte de la población laboral fuertemente desprotegida.

En efecto, como de todos es conocido, el Derecho del Trabajo surgió como protección del trabajador en tanto que parte contractual más débil, de manera que se lograra un equilibrio en la situación de desigualdad real existente entre las dos partes que celebraban un contrato de trabajo. Esta situación de desigualdad entre las partes contratantes de la prestación laboral, que vino compensada de algún modo con la posibilidad conferida a los trabajadores para negociar colectivamente, se mantiene con especial incidencia en las pequeñas y medianas empresas, dada la ausencia de estructuras de representación de los

trabajadores y debido al carácter netamente individualista de éstos⁵⁶². Es por esto por lo que la elaboración de un "Código de derechos" de los trabajadores de las PYMES, de modo que en él se recojan las medidas necesarias para extender la protección del Derecho del Trabajo al ámbito de la pequeña empresa, se ha considerado indispensable desde posturas sindicales.

En todo caso, a mi juicio, tales medidas deberían ir encaminadas a lograr un mayor fiscalización del cumplimiento de la normativa diferenciada, más que a evitar que la legislación se hiciera eco de las distintas situaciones en que se encuentran las diversas empresas.

2.- Los límites que debe respetar la diversificación normativa.

7.- Siendo necesario que la legislación laboral se adapte a las características de las empresas, resulta igualmente imprescindible que en dicha tarea diversificadora se respeten unos derechos mínimos de los trabajadores.

⁵⁶² Lo que, tal y como señalan BLANCO. J, y OTAEGUI, A., (op. cit. pág. 96), les lleva a aceptar determinadas condiciones de trabajo (más horas de trabajo, recibir menos dinero en "nómina", etc.), para competir con sus compañeros.

El problema que suscita esta cuestión es la determinación de los derechos que deben garantizarse en todo caso a los trabajadores, así como el nivel de protección que debe otorgarse a los mismos.

8.- Respecto al primero de los temas planteados cabe entender, con DEL REY GUANTER⁵⁶³, que el límite a unas disposiciones laborales más desfavorables para los trabajadores de las PYMEs lo constituirían los derechos fundamentales de la persona del trabajador. Así, el derecho a la no discriminación por razón de sexo, a la salud, etc., no admitirían su condicionamiento a la dimensión de la empresa, debiendo quedar garantizados para todos los trabajadores independientemente del tamaño de la unidad productiva para la que prestasen sus servicios.

9.- El segundo problema que se plantea es el de la intensidad con que tales derechos deberán ser tutelados en las distintas empresas, es decir, si una vez asegurada la protección básica de estos derechos, cabría establecer diferencias en la intensidad de defensa de los mismos.

Sobre el particular hay que tener en cuenta que si bien respecto de algunos de estos derechos las peculiares

⁵⁶³ *Op. cit.*, pág. 35.

características de las pequeñas y medianas empresas exigen una regulación más protectora de los mismos (piensese, por ejemplo, en el derecho a la salud de los trabajadores), lo cierto es que la normativa, a la hora de articular los procedimientos que los garanticen, ha venido estableciendo de hecho una diversificación desfavorable para los trabajadores de, principalmente, las pequeñas empresas.

10.- En definitiva, cabe concluir que la aceptación de la lógica de la simplificación del Derecho del Trabajo en las pequeñas y medianas empresas no puede suponer el desconocimiento del principio general que históricamente se sitúa como su fundamento, esto es, su carácter tuitivo.

Sin embargo, hay que tener presente la necesidad de combinar adecuadamente los dos intereses que aparecen en juego en la formulación de un derecho diferenciado para las pequeñas y medianas empresas, esto es, crear un marco de actuación lo suficientemente flexible para estas empresas, y asegurar la necesaria protección de los derechos básicos de los trabajadores.

Resulta de este modo que el legislador, a la hora de decidirse por las concretas medidas o modalizaciones que pudieran servir de apoyo a las PYMEs, deberá evitar, fundamentalmente, dos riesgos:

1º) De un lado se trata de no establecer una serie de matizaciones de tal calibre que dejen al ámbito de la pequeña y mediana empresa en condiciones de suma precariedad. Como se señalaba en el informe NOTENBOOM del Parlamento Europeo⁵⁶⁴, la política relativa a las PYMES debe asegurarles iguales oportunidades de desarrollo frente a las grandes empresas, pero sin que ello propicie una relajación de sus obligaciones sociales, como en el caso de la legislación laboral, puesto que tal política no sólo sería inaceptable por motivos sociales, sino que podría acarrear el efecto contrario al deseado, de modo que las PYMES podrían llegar a convertirse el "barrio pobre de la industria", siendo éste un resultado incompatible con el interés en promocionar este tipo de empresa.

2º) De otro lado, si no se atienden suficientemente las necesidades de estas empresas, se les está forzando a la única vía que tienen para su supervivencia, esto es, el trabajo clandestino, pasando a formar parte de lo que se ha venido en llamar "la economía sumergida".

⁵⁶⁴ EUROPEAN PARLIAMENT. Working Documents. Document 518/77
On questions relating to small and medium-sized undertakings in the Community.

3.- Algunas reflexiones acerca del posible conflicto entre un Derecho del Trabajo diversificado según la dimensión de la empresa y el principio de igualdad.

11.- El gran tema que surge en la existencia de un derecho del trabajo diversificado según la dimensión de la empresa es el de si con ello se vulnera el principio de igualdad reconocido en la Constitución.

La formulación del principio de igualdad como la necesidad de igual trato de las situaciones iguales podría justificar plenamente un Derecho del Trabajo diferenciado para las PYMES desde el punto de vista de la empresa, por cuanto lo cierto es que éstas presentan unas circunstancias que las distinguen de las empresas de mayores dimensiones, y que hacen necesaria una política de apoyo en su favor razonada en base al interés general⁵⁶⁵.

⁵⁶⁵ En este sentido, el Tribunal Constitucional argumentaba, en la sentencia 6/1984 de 24 de enero en la que desestimó una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 56.4 del E.T., que la distinción de un doble régimen legal según la dimensión de la empresa, *"se hace con la finalidad de proteger a la pequeña y mediana empresa, en conexión con una consideración global de la crisis de empleo y de la forma de salir de ella"*, sin que dichas finalidades pudieran calificarse como contrarias a la Constitución (fundamento jurídico 4º).

Sin embargo, desde la perspectiva de los trabajadores parece menos justificada la existencia de esa diversificación, ya que comporta una aminoración de las condiciones de trabajo en lugares donde éstas son habitualmente inferiores a las gozadas por los trabajadores de las empresas de mayores dimensiones⁵⁶⁶. En este sentido, como señala BALLESTRERO⁵⁶⁷, la situación de mayor indefensión de los trabajadores de las PYMEs podría justificar una mayor protección de este colectivo por parte del ordenamiento laboral.

Si tenemos en cuenta que la función del Derecho del Trabajo es la de proteger a los trabajadores, y que se está haciendo uso del mismo como un instrumento de intervención económica, parece evidente que nos encontramos con una contradicción fundamental entre los objetivos pretendidos por la diversificación de la normativa laboral y la

⁵⁶⁶ La referida sentencia del T.Co. solamente se planteaba la cuestión de la constitucionalidad o no de una diferenciación según el volumen de efectivos desde la perspectiva de la empresa, sin entrar a valorar, como sí hizo el Magistrado Tomás y Valiente en su voto particular, la constitucionalidad de la misma desde el punto de vista de los trabajadores (*vid. supra*, págs. 319 y ss.).

⁵⁶⁷ BALLESTRERO, M.V., "Ambito de applicazione della disciplina dei licenziamenti: ragionevolezza delle esclusioni", en *Lavoro e Diritto*, nº. 2, 1990, pág. 271.

finalidad del Derecho del Trabajo⁵⁶⁸.

Es por este motivo por lo que resulta necesario que las diferenciaciones que se realicen en la normativa laboral en atención al volumen de efectivos de la empresa no lleguen a excluir completamente a ningún trabajador de los beneficios reconocidos por el ordenamiento laboral. De este modo, si bien es cierto que respecto de los trabajadores de las PYMES no se puede formular un Derecho del Trabajo en términos de estricta identidad en relación con los trabajadores de las grandes, lo que habría que mantener es una cierta equivalencia de derechos entre ellos⁵⁶⁹, sin dejar, en ningún caso, a ciertos colectivos de trabajadores carentes de una mínima protección, en base a la reducida dimensión de la empresa para la que trabajan.

Entiendo que sólo así se respeta la necesaria razonabilidad del objetivo perseguido con la desigualdad, cuyo concurso ha sido exigido por el propio Tribunal Constitucional (en la sentencia 6/1984) para salvar la constitucionalidad de las modalizaciones de la normativa.

⁵⁶⁸ En este mismo sentido, SACHS, C., "Les seuil d'effectifs...", cit., pág. 478.

⁵⁶⁹ En igual sentido, JAIVILLIER, J.C., *Droit du Travail*, cit., pág. 134.

4.- Valoración global de la posición de la normativa española ante el fenómeno PYME.

12.- Hasta las recientes leyes de reforma del mercado de trabajo, si bien el ordenamiento laboral venía tomando en consideración la dimensión de la empresa para diversificar el alcance y efectos de sus normas, ello se hacía de un modo puntual, en determinadas instituciones en las que se podía apreciar más patentemente la necesidad de una adaptación a las circunstancias (fundamentalmente económicas) de la empresa, o en aquellas otras en las que la lógica aplicación de las normas exigía una adecuación entre las medidas por ellas reguladas y el número de trabajadores a las que iban dirigidas (como era, -y es-, el caso de las disposiciones relativas a la representación de los trabajadores en las empresas).

Con la entrada en vigor de las diversas leyes de reforma, -y en especial, de la Ley 11/1994-, la presencia de normas modalizadas según el volumen de efectivos de la empresa se ha extendido, de forma que el tema de la dimensión de la empresa se ha introducido en el "núcleo duro" del Derecho del Trabajo⁵⁷⁰, fortaleciendo el poder de organización y dirección del empresario a medida que

⁵⁷⁰ DEL REY GUANTER, *op. cit.*, pág. 119.

disminuye la dimensión de la empresa, pretendiéndose lograr con ello una gestión más flexible de la mano de obra en estas empresas (a este motivo obedece, por ejemplo, una regulación de la movilidad geográfica o de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que toma en cuenta la dimensión de la empresa).

13.- De la postura mantenida por el legislador es de destacar, en primer lugar, el que no haya sido objeto de reconsideración, en las recientes reformas, la necesidad de corregir aquellas disposiciones que contemplan unos efectos modalizados según el volumen de efectivos de la empresa, cuando tienen por objeto establecer unas condiciones más favorables a aquellas empresas que puedan encontrarse en circunstancias económicas difíciles.

Se ha insistido, a lo largo de este estudio, en que la correlación que se ha establecido entre dimensión de la empresa (en términos numérico-ocupacionales) y capacidad económica de la misma, por la que se entiende que a una menor dimensión se corresponde una peor situación financiera, no encuentra justificación alguna atendiendo a la realidad tecnológica y empresarial existente hoy en día.

Resulta absolutamente imprescindible que la normativa laboral diversifique sus efectos a través de parámetros que

permitan dirigir las medidas de apoyo previstas en la legislación a aquellas empresas que lo requieran. Esto supone, evidentemente, la renuncia a formular definiciones previas de tales empresas, debiendo identificarse las mismas en cada caso concreto, con criterios adecuados a las distintas finalidades perseguidas por las diversas disposiciones.

El hecho de que las PYMES no constituyan una realidad homogénea complica la elección de las medidas necesarias en favor de las mismas, ya que los distintos tipos de PYME tienen preocupaciones y problemas diferentes, por lo que requieren actuaciones diferentes. Por tanto, la legislación laboral deberá, en la medida de lo posible, modalizar sus disposiciones atendiendo a aquellos criterios que permitan valorar adecuadamente la verdadera situación y circunstancias de la empresa, para lo cual no debería dudarse en la utilización de parámetros que supusieran una combinación de criterios.

De esta forma resulta evidente que las normas que pretendan proporcionar un apoyo a empresas económicamente débiles deberán utilizar criterios de índole económica, sin proceder a efectuar presunciones en base al volumen

ocupacional de las empresas⁵⁷¹.

14.- Junto a lo anterior, se encuentra a faltar, en la reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores, alguna referencia a otros dos importantes temas relacionados con la necesidad de un derecho diversificado para las pequeñas y medianas empresas. Se trata del problema relativo a la necesidad de contemplar medidas para extender la representación de los trabajadores en estas empresas, así como de adecuar estas instituciones a las características que presentan las mismas; y, en segundo lugar, el de hacerse eco de las nuevas tendencias existentes en la estructura empresarial, en cuya virtud aparecen empresas, jurídicamente independientes, estrechamente relacionadas entre sí.

15.- Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, dada la importancia que tiene el tema de la representación de los trabajadores en las PYMES (sobre el que se ha insistido anteriormente), lo que resulta criticable de las recientes reformas que ha sufrido la

⁵⁷¹ Cabe referirse, en este sentido, la propuesta formulada por GHEZZI, de que se atienda al volumen de facturación o, mejor, a su media calculada en un período de tiempo determinado, dada la variabilidad que experimenta este factor de año en año (GHEZZI, G. "Un disegno di legge per la riforma...", *cit.*, págs. 382 y 383).

normativa laboral, es que no se haya abordado el mismo con objeto de procurar fórmulas de fomento de una mayor presencia de instituciones representativas del personal de estas empresas, así como la mejor adecuación de las funciones de los distintos órganos de representación unitarios a las dimensiones de la empresa.

La diversificación de las funciones entre Delgados de Personal y Comités de Empresa era una de las cuestiones que se debía haber debatido en un momento en el que se trataba de adaptar el ordenamiento laboral a las peculiaridades de las pequeñas y medianas empresas.

Del mismo modo, la potenciación de las estructuras de representación de los trabajadores en las PYMEs parecía algo necesario cuando una de las finalidades pretendidas por la ley era dejar en manos de la negociación colectiva el gran peso de la adaptación de la normativa a las peculiaridades concretas de cada empresa. En este sentido cabe recoger la crítica que SALA FRANCO realiza a la reforma en tanto que, -si se tiene en cuenta la falta de estructuras de representación en la mayoría de las PYMEs, así como la mayor flexibilidad empresarial introducida por las recientes normas de reforma del mercado de trabajo-, *"puede suponer de hecho un incremento de la arbitrariedad empresarial (ya detectable hoy) en las P.Y.M.E.S. frente a*

lo que pudiera suceder en aquellas empresas con una estructura representativa consolidada"⁵⁷².

Ciertamente si se hubiera entrado en estos temas se habría requerido del legislador un esfuerzo mucho mayor al realizado, lo que quizá pudiera haber ido contra los deseos de celeridad en la realización de la reforma, deseos motivados por las graves circunstancias económicas del momento. Sin embargo, no parece éste motivo suficiente que excuse la falta de la toma en consideración de estas cuestiones, más aún cuando en el ámbito del derecho comparado se podía haber encontrado algún punto de referencia concreto que podía haber servido como punto de partida para la reflexión sobre el particular.

16.- En relación a la necesidad de tomar en cuenta las nuevas formas de organización empresarial, entiendo que no cabe formular una legislación enfocada a proteger a las pequeñas y medianas empresas si no se aprecian claramente, y se tienen en cuenta, las interrelaciones que pueden existir entre las pequeñas y medianas empresas y las grandes. Y es que sucede en muchas ocasiones que lo que se nos presenta como pequeño no es más que una parte integrante de una realidad mucho mayor.

⁵⁷² SALA FRANCO, T. *La reforma del mercado de trabajo*, cit., pág. 11.

Si bien no es posible seguir considerando el fenómeno de la descentralización productiva como un fenómeno patológico, cuya única finalidad sea la de eludir la aplicación del Derecho del Trabajo, lo cierto es que la descentralización como mecanismo de huida del Derecho del Trabajo sigue existiendo en un elevado número de casos⁵⁷³.

Si esta cuestión no es tenida en cuenta, toda labor que se realice en favor de las promoción de las PYMES no resultará más un mecanismo propiciatorio de la descentralización y del redimensionamiento de las grandes empresas, con lo que la tendencia a conseguir la reducida dimensión dentro de la grande⁵⁷⁴ se verá incentivada.

17.- Otra importante crítica que se puede realizar al modo en el que la diversificación de la normativa laboral se ha efectuado con objeto de proporcionar una condiciones ventajosas para las empresas de reducidas dimensiones y, de este modo, estimularlas a la creación de empleo, es el olvido en el que se ha venido dejando la normativa de la seguridad social, de forma que ésta apenas toma en cuenta

⁵⁷³ CRUZ VILLALON, J., *Descentralización productiva...*, cit., pág. 13; RODRIGUEZ PIÑERO, M., "La huida del Derecho del Trabajo", cit., págs. 90 y 91.

⁵⁷⁴ Tendencia apreciada y puesta de relieve por SCHUMACHER, E.F., *Small is beautiful*, cit., pág. 58.

la dimensión de la empresa como factor diferencial⁵⁷⁵.

Sobre el particular presenta especial trascendencia el sistema de financiación de la Seguridad Social, ya que al estar ésta financiada en base al número de trabajadores empleados se convierte en una carga económica que perjudica la creación de empleo. Quizá debería establecerse un mecanismo de financiación que tuviera una relación más directa con la capacidad económica de la empresa, y que no incidiese tan negativamente sobre aquellas empresas que ocupen un mayor número de trabajadores.

18.- Finalmente, y desde una perspectiva más general, considero también criticable el acento que se ha venido poniendo en la necesidad de flexibilizar la gestión de la mano de obra en las PYMES, dejándose de lado otras cuestiones que resultan igualmente trascendentes.

El régimen fiscal de la transmisión de empresa, que pone en difícil situación a las pequeñas empresas familiares cuando por fallecimiento del empresario éstas pasan a manos de los descendientes de éste; la necesidad de potenciar la profesionalización de los dirigentes de las

⁵⁷⁵ En relación a este punto, GARCIA NINET, I., y otros, *La dimensión de la empresa en la normativa laboral, comunicación* presentada en el V Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 1994, págs. 67 y ss.

PYMEs; el problema que suscitan temas como el del Impuesto de Actividades Económicas o la Ley de arrendamientos de locales de negocios, así como las consecuencias negativas que se derivan del "crédito interempresarial", procedente de la falta de atención de los pagos pendientes que unas empresas tienen respecto de otras⁵⁷⁶, son cuestiones de indudable trascendencia para lograr un mejor funcionamiento de estas empresas, pese a lo cual han venido ocupando una preocupación que queda muy por debajo de la puesta sobre la necesidad de flexibilizar el Derecho del Trabajo, lo que podría dar pie a pensar que el tema de las PYMEs se ha acogido como una buena excusa para lograr una mayor flexibilización de las relaciones laborales.

⁵⁷⁶ Como señalan ELIZABETH KREMP y DOMINIQUE BOISSONADE ("Le crédit interentreprises reste une charge pour les PME malgré la diminution des délais de paiement", *Economie et Statistique*, nº. 271-272, 1994, pág. 117), este "crédito interempresarial" puede contribuir a la fragilidad de las empresas por el riesgo del incumplimiento en cadena, a la menor eficacia de la gestión debido a la inmovilización de importantes recursos en el capital de explotación, y puede suponer un coste financiero elevado.

BIBLIOGRAFIA

AEIE (AGRUPACION EUROPEA DE INTERES ECONOMICO).

- *ABC de la Comunidad Europea para las PYME*. Madrid. 1992.

ALBIOL MONTESINOS, I.

- "Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas", en *Comentarios a las leyes laborales*, Vol. IX, 2º., EDERSA, Madrid, 1989.
- *El sindicato en la empresa*, Ed. DEUSTO, Madrid, 1990.
- "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial (I)", *Actualidad Laboral*, nº. 10, 1991.
- *Comités de empresa y delegados de personal*. Ed. Deusto. 1992.
- "Consideraciones sobre la nueva regulación de los contratos en prácticas, de aprendizaje y a tiempo parcial", *Tribuna Social*, nº. 40, 1994.

ALFONSO MELLADO, C.

- "La negociación colectiva tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores", *Tribuna Social*, nº. 43, 1994.

ALONSO OLEA, M.

- *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*. Madrid. 1980.
- *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo II. 1984.
- *Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo IV. 1986.
- *El Estatuto de los Trabajadores. Texto actualizado, jurisprudencia, comentario*. Madrid. 1987.

ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, Mº., E.

- *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1989.

ALVAREZ ALCOLEA, M.

- "La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la jurisprudencia". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº.3, 1980.
- "Autorización administrativa, despidos colectivos y convergencia". Comunicación presentada a la ponencia *El tratamiento normativo de los excedentes de plantilla en la perspectiva armonizadora de la C.E.* Jornadas sobre política de convergencia y reformas laborales del mercado de trabajo. San Sebastián. 1992.

ALVAREZ, M.A. y YAGÜE M^a.J.

- *Creación de empleo y ventajas competitivas de la pequeña y mediana empresa industrial española.* Documentos e Informes 20/88. Ministerio de Industria y Energía. 1988.

A.M.A.

- "Informe sobre la contratación temporal: 1987/1990". *El Proyecto*, nº.18, 1992.

AA.VV.

- *La pequeña y mediana empresa.* Comisaría del Plan de Desarrollo Económico y Social. III Plan de Desarrollo Económico y Social. Presidencia del Gobierno. Madrid. 1972.
- *Nueva regulación de las Relaciones de Trabajo (Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo).* Valencia. 1977.
- *Relaciones de Trabajo. Comentarios al Real Decreto Ley 17/1977.* Ilustre Colegio Nacional de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas. Madrid. 1977.
- *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas.* IMPI. Ministerio de Industria y Energía. 1982.
- *La empresa española: estructura y resultados.* Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 1990.
- *La Piccola Impresa.* Società e Lavoro. Simposi interdisciplinari 4. Bolonia. 1990.

- *Piccola Impresa e Diritto del Lavoro. Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº. 8, 1990.
- *Relazioni Industriali e Ambiente di Lavoro nella Piccola Impresa verso il 1993*. SINNEA, Bologna, 1991. (Las conclusiones alcanzadas en este simposium han sido publicadas, en inglés, en la revista *Bulletin of Comparative Labour Relations*, nº. 26, 1993).
- *Derecho Social Comunitario*. Valencia. 1991.
- *Derecho del Trabajo*. 6ª. edición. Dirigido por SALA FRANCO. Valencia 1992.
- *Estudios sobre el despido disciplinario*. ACARL. 1992.
- *Los distritos industriales y las pequeñas empresas. I. Distritos industriales y cooperación interempresarial en Italia*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Economía y Sociología del Trabajo, nº.55. Madrid. 1992.
- *Los distritos industriales y las pequeñas empresas. II. El resurgimiento de la pequeña empresa*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Economía y Sociología del Trabajo, nº.56. Madrid. 1992.
- "Les entreprises petites et moyennes: croissance et atouts", *Economie et Statistique*, nº. 271-272, 1994.

AUROUX, J.

- "Un nouveau droit du travail?", *Droit Social*, nº. 1, 1983.

BALLESTRERO, M.V.

- "Ambito di applicazioni della disciplina dei licenziamenti: ragionevolezza delle esclusioni", en *Lavoro e Diritto*, nº. 2, 1990.

BARREIRO GONZALEZ, G.

- *El crédito de horas de los representantes de los trabajadores*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Estudios e Investigaciones. Madrid. 1984.

BAYLOS GRAU, A.

- "Modalidades de contratación y reforma del mercado". Ponencia presentada a las *Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo*, celebradas en Granada los días 9 y 10 de diciembre de 1993.

BELIER, G.

- "Diritto del Lavoro e piccola impresa: il dibattito in Francia". *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº.8, 1990.

BERICAT, E.

- "Distritos y nebulosas industriales". *Sociología del Trabajo*, nº.11, 90/91.

BIAGI, M.

- *La dimensione dell'impresa nel Diritto del lavoro*. Milán, 1978.
- "Impresa minore, relazioni industriali e cultura manageriale: dall'Italia verso l'Europa del 1992". *Relazioni Industriali e Ambiente di Lavoro nella Piccola e Media Impresa verso il 1993*. Sinnea. Bolonia. 1991.
- "El derecho del trabajo en pequeñas y medianas empresas. ¿Flexibilidad o ajuste?. Reseñas relativas a las relaciones colectivas". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 63, 1994. (Este artículo recoge la ponencia presentada por MARCO BIAGI al 4º Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en Bruselas en septiembre de 1993).
- "La representación de los empleados en las pequeñas y medianas empresas. Un análisis comparado", en *Sindicalismo y cambios sociales*, (Coord. VALDES DAL-RE), C.E.S., 1994.

BLANCO, J. y OTAEGUI, A.

- "Los trabajadores de las PYMES y la acción sindical". *Sociología del Trabajo*, nº.11, 1990/1991.

BLANCO RODRIGUEZ, J.E., y BLANCO MONTAGUT, M.

- "La problemática aplicación del Convenio 158 de la O.I.T. sobre la terminación de la relación de trabajo". *Actualidad Laboral*, nº.46, 1986.

BLASCO PELLICER, C.

- *Elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa*. Tesis doctoral (pendiente de lectura). Valencia. 1994.

BLAT GIMENO, F.

- *Análisis jurídico-laboral de la descentralización productiva*. Tesis doctoral. Valencia. 1989.

BOLTON.

- *Small Firms*. Report of the Committee of Inquiry on small firms. Chairman J.E. Bolton. Her Majesty's Stationary Office (HMSO). 1971.

BOSWELL, J.

- *The Rise and Decline of Small Firms*, Plymouth, 1973.

BORRAJO DACRUZ, E.

- "Delegados sindicales: ¿En la empresa o en el centro de trabajo?". *Actualidad Laboral*, nº.34, 1987.

CAMISON ZORNOZA, C.

- "Análisis del impacto del cambio tecnológico sobre la competitividad de la PYME industrial valenciana", *Revista Valenciana d'Estudis Autonomics*, nº. 9, 1987.

CAMPS RUIZ, L.M.

- *La problemática jurídico-laboral de los grupos de sociedades*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid. 1986.
- "Tratamiento laboral de los grupos de sociedades (I) y (II)", *Actualidad Laboral*, nº. 34 y 35, 1990.
- *La reforma del mercado de trabajo. El nuevo régimen jurídico de la colocación y de los contratos de aprendizaje, de trabajo en prácticas, a tiempo parcial y de relevo*. Valencia. 1994.

CANO MATA, A.

- *Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas*. Tomo VI-1º. 1986. Editorial Revista de Derecho Privado.

CARINCI, F.

- "Statuto dei Lavoratori e piccola impresa", en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nº.47, 1990.

CARINCI, F., DE LUCA TAMAJO, R., TOSI, P., y TREU, T.

- *Diritto del Lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*. UTET, 1993.

CASTILLO, J.J.

- "Descentralización productiva, trabajo y pequeña empresa (estudio de un caso)". *Relaciones Laborales*, nº.8, 1985.

- *Las condiciones de trabajo en las pequeñas empresas*. Departamento de sociología. Universidad Complutense. Madrid. 1989.

- *Informatización, trabajo y empleo en las pequeñas empresas españolas*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Informes. Serie empleo. Núm. 21. Madrid. 1991.

CATALA, N.

- "L'entreprise", *Droit du Travail*, tomo 4. París, 1980.

CATHERINE y PATRICIA MAYNIAL.

- "Le statut du conseiller du salarié: le début de la <<longue marche>> vers la représentation du personnel dans les PME", *Droit Social*, nº. 1, 1994.

C.E.O.E./C.E.P.Y.M.E.

- *Conferencia empresarial 1992. 9. Pequeña y mediana empresa*.

C.E.P.Y.M.E.

- *Plan de medidas de adecuación legislativa a la realidad de la pyme española.* Madrid. 1991.

COHEN, M.

- "L'application des nouvelles dispositions relatives à la représentation du personnel", *Droit Social*, nº. 2, 1994.

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

- *Comunidad Europea. Monografía. Pequeña y mediana empresa en Europa. Guía de prestaciones y servicios comunitarios.* Julio 1983: año europeo de la PYME. Madrid. 1983.
- *Documentos 85. La Comunidad y la pequeña y mediana empresa.* Comisión de las Comunidades Europeas. Oficina de Madrid.
- *Programme de recherche et d'actions sur l'évolution du marché du travail. CHOMEURS CREATEURS. Analyse des origines et motivations des createurs d'entreprises bénéficiaires de programmes publics de soutien à la création d'emplois dans la Communauté européenne. Rapport final.* ACET Center for International Media. Research Enterprise. The Center for Employment Initiatives. Paris. Luxemburgo. 1988.
- *DOCUMENT. Programme of research and actions on the development of labour market. JOB CREATION IN SMALL AND MEDIUM SIZED ENTERPRISES. Summary report. Issues for research and policy.* United Kingdom. Italy. Volume I: Main report. Luxemburgo. 1987.
- *DOCUMENT. Programme of research and actions on the development of labour market. JOB CREATION IN SMALL AND MEDIUM SIZED ENTERPRISES. Spain, Ireland, Denmark, Greece, Portugal. Volume III: Main report.* Luxemburgo. 1987.
- *Labour Law and Industrial Relations in Small and Medium-Sized Enterprises in the EEC Countries,* Luxemburgo. 1988.
- *Trabajar en Europa. Manual para las pequeñas y medianas empresas. España. Edición 1988.* Luxemburgo. 1989.

- *Industrial relations in small and medium-sized enterprises. Final Report.* Luxemburgo. 1989.
- Comunicación de la Comisión de 18 de diciembre de 1990, *Política empresarial: una nueva dimensión para las pequeñas y medianas empresas*, COM(90) 528 final.
- Informe de la Comisión sobre la repercusión de la legislación comunitaria en las empresas, en particular las PYME. Bruselas. 1990. COM (90) 200 final.
- *Enterprises in the European Community.* Luxemburgo. 1990.
- *Rapport de la Commission au Conseil sur l'état d'application de la directive concernant le rapprochement des législations des Etat membres relatives aux licenciements collectifs (Directive du Conseil 75/129 du 17 février 1975)*, SEC(91) 1639 final.
- *Programme de recherches et d'actions sur l'évolution du marché du travail*, Luxemburgo. 1991.
- Informe al Consejo de 29 de abril de 1992: *On the definitions of small and medium-sized enterprises (SMEs) used in the context of the Community activities.* SEC(92) 351 final.
- Comunicación de la Comisión de 20 de mayo de 1992: *Guidelines on aid for small and medium-sized enterprises.* SEC(92) 993.
- *Enterprises in Europe. Second report.* Luxemburgo. 1992.
- *Panorama of EC industry 1991-1992. "Company size: the role of small and medium-sized enterprises"*. Luxemburgo. 1992.

CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL.

- "Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la reforma del mercado de trabajo", *Relaciones Laborales*, nº. 1, 1994.

CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.

- *L'annee europeenne 1983 des petites et moyennes entreprises et de l'artisanat.* Bruselas. 1983.

CC.OO.

- *Documentos aprobados en el V Congreso Confederal*. Madrid. 1992.
- *Guía de equipos de extensión. "Orientaciones para el trabajo hacia la pequeña empresa"*.
- *DOCUMENTOS. Ponencia. Estatutos. Resoluciones. 5º. Congreso Confederal*. Madrid. 1991.
- *Documentos aprobados en el 5º. Congreso Confederal*. Madrid. 1992.
- *Guía del trabajador de la pequeña y mediana empresa*. Madrid. 1990.

CC.OO. y U.G.T.

- *Iniciativa Sindical de Progreso*. Madrid. 1991.

CORDOVA, E.

- "Participación de los trabajadores en las decisiones dentro de la empresa. Tendencias y problemas actuales". *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 101, nº. 2, 1982.

COUTURIER, G.

- "L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière", *Droit Social*, nº. 1, 1983.

CROS-COURTIAL, M.L.,

- "Les obligations patronales à l'égard des handicapés après la loi du 10 juillet 1987", *Droit Social*, nº. 7/8, 1988.

CRUZ VILLALON, J.

- "El reconocimiento legal de la representación y la acción sindicales en la empresa". *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*. Técno. 1986.
- "El desarrollo del proceso electoral 'sindical' a través de resoluciones judiciales", *Temas Laborales*, nº. 10/11, 1987, págs. 19 y ss.
- *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*. Ponencia presentada en las V Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 1993.

CUEVAS LOPEZ, J.

- *Estructura y función de la representación colectiva en la empresa*. Aranzadi. Pamplona. 1982.

CURRAN, J., y STANWORTH, J.

- "A New Look at Job Satisfaction in the Small Firm". *The survival of the small firm*. Volumen 2. Cambridge. 1986.

DEL REY GUANTER, S.

- *La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral*. Ponencia presentada al V Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Pamplona los días 27 y 28 de mayo de 1994.

DE LA FUENTE GARCIA, A., y CARMONA POZAS, F.

- *La PYME ante las normas laborales y de seguridad social*. Asociación para el Progreso de la Dirección (A.P.D.). Colección Pequeña y Mediana Empresa. Zaragoza. 1982.

DE LA VILLA GIL, L.E.

- *La participación de los trabajadores en la empresa*. Madrid. 1980.

DE LA VILLA GIL, L.E.; GARCIA BECEDAS, y GARCIA-PERROTE.

- *Instituciones de Derecho del Trabajo*. 1983.

DURAN LOPEZ, F.

- "Análisis de la regulación jurídico-positiva del despido colectivo en España". *Documentación Laboral*, nº.22, 1987.

EMBID IRUJO, J.M.

- "Caracterización jurídica del grupo de sociedades y su significado en el Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, nº.5, 1985.

FERNANDEZ LOPEZ, M^a.F.

- "Tribunal Central de Trabajo. Contrato de trabajo y otras materias". *Revista de Política Social*, nº.135, 1982.

FLORIO, M.

- "Interazioni tra grandi e piccole imprese nello sviluppo locale: una riconsiderazione e alcune implicazioni per le politiche pubbliche". *L'Industria. Rivista di economia e politica industriale*, nº.3, 1991.

FORO REGIONAL DE LA PYME (Toledo. 1992).

- *Documento provisional. Pequeña y mediana empresa.*
- *Ponencia socio-laboral.*
- *El marco jurídico-administrativo de las PYMEs.*

FRANCHI-DUTARD, C.

- "L'effectif de l'entreprise". *Droit Ouvrier*, 1986, págs. 197 y ss.

FUNDACION EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y DE TRABAJO.

- *Las condiciones de trabajo y las pequeñas y medianas empresas. España. Dublín. 1988.*

GARCIA MURCIA, J.

- El fondo de garantía salarial. Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid. 1983.
- "La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial", en AA.VV., *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid, 1985, págs. 117 y ss.
- *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas.* Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Estudios. Serie Relaciones Laborales. Madrid. 1987.

GARCIA NINET y OTROS.

- *La dimensión de la empresa en la normativa laboral.* Comunicación presentada en el V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pamplona, 1994.

GAROFALO, M.G.

- "La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni", *Rivista Giuridica del Lavoro*, nº. 3/4, 1990.

GHEZZI, G.

- "Un disegno di legge per la riforma della disciplina dei licenziamenti". *Lavoro e Diritto*, nº. 2, 1987.

GOERLICH PESET, J.M.

- "Informe técnico-jurídico sobre: El despido colectivo en la Europa Comunitaria", *Actualidad Laboral*, nº. 11/15, 1993.
- *El Despido Económico y Tecnológico. (Causas y Procedimiento)*. Valencia, 1994.
- "La extinción del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores reformado: el nuevo régimen del despido disciplinario y de los despidos por causas económicas", *Tribuna Social*, nº. 43, 1994.

GOMEZ ENTERRIA, A.

- "Reflexiones sobre el Convenio 158 de la O.I.T.". *Documentación Laboral*, nº.20, 1986.

GONZALEZ ORTEGA, S.

- "Piccola Impresa e Diritto del Lavoro in Spagna". *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº.8, 1990.

GONZALEZ POSADA, E.

- "Los convenios colectivos de eficacia general y su aplicación a las PYME", en *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, IMPI, Madrid, 1982.
- "Il Diritto del Lavoro e le Relazioni Industriali nelle Piccole e Medie Imprese in Spagna". *Relazioni Industriali e Ambiente di Lavoro nella Piccola e Media Impresa verso il 1993*. Sinnea. Bologna. 1991.

GREFFE, X.

- *¿Crean empleo las PYMES?*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

GWYNETH PITT.

- *Employment Law*, Londres, 1992.

HEPPLE, B.A.

- "The structure and responsibility of the employer", en *Sweet and Maxwell's Encyclopedia of Employment Law*, Volumen 1, págs. 1202 y ss., Londres, 1992.

I.M.P.I.

- *Análisis de la situación económico-financiera de la empresa industrial, según su tamaño*. Ministerio de Industria y Energía. Madrid. 1983
- *Régimen jurídico-laboral de las PYMEs en España*. Egraf.S.A. 1985.

INDUSTRIAL RELATIONS JOURNAL.

- "Employment of the disabled", *Industrial Relations Journal*, vol. 16, nº.1, 1985, págs. 78 y ss.

INGHAM, K.

- *Size of Industrial Organization and Worker Behaviour*, Cambridge, 1970.

INSTITUTO SINDICAL DE ESTUDIOS.

- *Evolución Social en España. 1990*. Cuadernos I.S.E., nº.6. 1992.

JAVILLIER, J.C.

- *Droit du Travail*. Paris. 1992.

LOPEZ GANDIA, J.

- "El régimen jurídico del empleo y los programas de fomento del empleo en España". *Revista de Trabajo*, nº.59/60, 1980.
- "La dimensión de la empresa y el Derecho del Trabajo. (Notas para un estudio)". *Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho*. Tomo I. Universidad de Valencia. 1984.

LOPEZ GANDIA, J., y DOMINGUEZ GONZALEZ, A.

- "Régimen jurídico laboral vigente para las PYME".
Régimen jurídico-laboral de las PYMEs en España.
Egraf.S.A. 1985.

LOPEZ LOPEZ, J.

- "La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español: La Directiva de 17 de febrero de 1975 sobre despidos colectivos". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº.27, 1986.

LYON-CAEN, G. y PÉLISSIER, J.

- *Droit du Travail*. Decimoquinta edición. París, 1990.

MARIANI, M.

- "Sul numero dei dipendenti dell'azienda necessario perché possa parlarsi di licenziamento collettivo", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, nº. 3, Parte II, 1993.

MARTIN ARTILES, A.

- "Sindicato y pequeña empresa". *El Proyecto*, nº.4, 1988.

MARTIN VALVERDE, A.

- "Grupos de trabajadores y representación unitaria del personal en la empresa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº.11, 1982, págs. 309 y ss.

MARTINEZ ABASCAL, V.A.

- *La relación Ley-negociación colectiva en la reforma de la normativa laboral: ¿una adaptación del Derecho del Trabajo a la dimensión de la empresa?*. Comunicación presentada al V Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Pamplona, 1994.

MARTINEZ EMPERADOR, M.

- "Ley de Libertad Sindical: breve estudio exegético".
Actualidad Laboral, nº.50, 1985.

MATTAROLO, M.G.

- "Gruppi di imprese e Diritto del Lavoro", *Rivista Giuridica del Lavoro*, nº. 6, 1990.

MATEOS BEATO, A.

- "Los convenios colectivos y sus problemas de aplicación: control judicial y administrativo", en *Pluralidad y sucesión de convenios y control de su cumplimiento*. IV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1992.

MIALON, M.F.

- "I rapporti di lavoro nelle piccole e medie imprese francesi", *Relazioni Industriali e Ambiente di Lavoro nella Piccola Impresa verso il 1993*. SINNEA, Bologna, 1991.

MINISTERIO DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

- *Debate Parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores*. Bajo la dirección del profesor Juan Antonio Sagardoy. Instituto de Estudios Sociales. Zaragoza. 1981.
- *Perspectivas de empleo 1985*. Colección Informes OCDE. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1986.
- *La flexibilidad del mercado de trabajo. Una selección de criterios y experiencias*. Informes O.I.T. 1988.
- *Perspectivas de empleo 1989*. Colección Informes OCDE. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1989.
- *Información y Documentación para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 2/1990.
- *Anuario de Estadísticas Laborales*. 1990.
- *Anuario de Estadísticas Laborales*. 1991.
- *Anuario de Estadísticas Laborales*. 1992.
- *Debates sobre el empleo. Italia*. Colección Informes. Serie empleo. Nº. 24. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1991.

- *Perspectivas de empleo 1991*. Colección Informes OCDE. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1991.
- *Estadística de convenios colectivos. 1990-1991 Avance*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1992.

MIÑAMBRES PUIG, C.

- *El centro de trabajo. El reflejo jurídico de las unidades de producción*. Madrid. 1985.

MONEREO PEREZ, J.L.

- "Las relaciones laborales ante la desaparición, incapacidad y jubilación del empresario". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 24. 1985.
- *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*. Madrid. 1987.

MUÑOZ CAMPOS, J.

- "Las ofensas en el ámbito de la empresa como causa de despido, según la jurisprudencia". *Relaciones Laborales*, nº. 2, 1987.

MURCIER, J.P.

- "L'application du droit syndical et des institutions représentatives dans les entreprises de moins de 50 salariés", *Droit Social*, nº. 2, 1984.

NAPOLI, M.

- "La nueva disciplina del despido en Italia: primeras reflexiones", *Documentación Laboral*, nº. 35, 1991.

NUÑEZ GONZALEZ, C.

- *La integración laboral de los minusválidos. Análisis de la normativa internacional y comparada*. Trabajo de investigación (inédito). Valencia. 1994.

ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

- *Fomento de las pequeñas y medianas empresas*. Conferencia Internacional del Trabajo. 72ª reunión. 1986. Informe VI. Ginebra, 1986.

OJEDA AVILES, A.

- *Derecho Sindical*. Madrid. 1980.
- *Derecho Sindical*. 4ª. edición. Madrid. 1988.

PALOMEQUE LOPEZ, M.C.; y CABERO MORAN, E.

- *Todo sobre las primeras normas de reforma del mercado de trabajo*, Barcelona, 1994.

PANIZO ARCOS, F.

- "Las sociedades anónimas laborales: una modalidad de las pequeñas y medianas empresas industriales". *Revista del Trabajo*, nº.61/62, 1981.

PARLAMENTO EUROPEO.

- *Report on questions relating to small and medium-sized undertakings in the Community*. Working Documents. Document 518/77 de 8 de febrero de 1978.

PEDRAJAS MORENO, A.

- "El contrato de aprendizaje", *Relaciones Laborales*, nº. 5/6, 1994.

PELLICER PEREZ, E.

- *Los costes en la pequeña y mediana empresa*. Asociación para el Progreso de la Dirección (A.P.D.). Colección Pequeña y Mediana Empresa. Zaragoza.

PEREZ ALENCART, A. y REGUERO CELADA, J.

- *Manual práctico de seguridad e higiene en el trabajo*. Técno. Madrid. 1990.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.

- "La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación en el Ordenamiento español". *Relaciones Laborales*, Vol.1, 1991.
- "La flexibilidad y la doctrina: la extraña pareja". *Relaciones Laborales*, nº.1, 1991.
- "El despido por causas económicas en Francia. Estudio especial del despido colectivo". *Actualidad Laboral*, nº. 11/15, 1993.

PEREZ DEL RIO, T.

- "La reforma de la representación unitaria en la empresa", en AA.VV. *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Madrid, 1985, págs. 175 y ss.

PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ, F.

- "Los protagonistas de la negociación colectiva", en *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, IMPI, Madrid, 1982.

PERULLI, A.

- "L'attività sindacale nella piccola impresa", en *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº. 8, 1990.

PERULLI, P.

- *Le relazioni industriali nella piccola impresa*. Milán. 1990.

PLA RODRIGUEZ, A.

- "Los grupos de empresas", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº.6, 1981.

PREVASA. Caja de Ahorros de Valencia.

- *Una aproximación al conocimiento de la pequeña empresa*. Informes 75. Valencia, 1976.

PUBLICACIONES DE LAS CORTES GENERALES.

- Serie I. Trabajos Parlamentarios. Número 5. Estatuto de los Trabajadores. Madrid. 1980.

RAINNIE, A.

- *Industrial relations in small firms. Small isn't beautiful*. Londres, 1989.

RAMIREZ MARTINEZ, J.M.

- *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de marzo*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1981.

- "Extinción del contrato de trabajo por causas objetivas". *El Estatuto de los Trabajadores*. Tomo IX. Vol. 1. EDERSA. Madrid. 1983.
- "Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: normas comunitarias y régimen español". *Actualidad Laboral*, nº.33, 1987.

RAMIREZ MARTINEZ, J.M., y SALA FRANCO, T.

- "Algunas reflexiones en torno a la normativa electoral <<sindical>>", *Actualidad Laboral*, nº.7, 1987, págs. 337 y ss.

RAY, J.E.

- "Une fausse bonne idée: <<le conseiller du salarié>>", *Droit Social*, nº. 6, 1991.

RIVERO LAMAS, J.

- "Umbrales de la representación sindical en las empresas. (Sobre la aplicación de los artículos 8º y 10 de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical)", *Documentación Laboral*, nº. 21, 1987.
- "La legitimación empresarial para la negociación colectiva. Asociaciones empresariales legitimadas para negociar. La legitimación en los grupos de empresas". *Relaciones Laborales*, nº. 24. 1992.

ROCHE, L.

- "Le conseiller du salarié: une institution complexe", *Droit Social*, nº. 1, 1994.

RODRIGUEZ PIÑERO, M.

- "Flexibilidad: ¿Un debate interesante o un debate interesado?". *Relaciones Laborales*, nº.3, 1987.
- "Flexibilidad, juridificación y desregulación". *Relaciones Laborales*, nº.5, 1987
- "El reconocimiento legal de los Delegados Sindicales y las representaciones sindicales <<al margen>> de la Ley". *Relaciones Laborales*, nº.14, 1989.
- "La representación de los trabajadores a nivel de empresa", *Relaciones Laborales*, nº. 2, 1993.

RODRIGUEZ PIÑERO, M., y CRUZ VILLALON, J.

- "El sindicato en la empresa en la Ley Orgánica de Libertad Sindical". *Relaciones Laborales*, nº.1, 1987.

RODRIGUEZ PIÑERO, M; VALDES DAL-RE, F; y CASAS BAAMONDE, M.E.

- *Código de las leyes laborales*. Madrid. 1991.

RODRIGUEZ SAÑUDO, F.

- "La reforma del Título II de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". *Documentación Laboral*, nº.14, 1984.
- "La legitimación para negociar convenios colectivos", en *Comentarios a la nueva legislación laboral*. Madrid. 1985.

ROMAGNOLI, U.

- "Due leggi, due commenti. Piccole imprese e grandi traumi". *Lavoro e Diritto*, nº. 4, 1990.
- "Il favor verso le piccole imprese", *La Piccola Impresa*. Società e Lavoro. Simposi interdisciplinari, 4. Bolonia, 1990.

ROMMEI, R.

- *Le Nuove Leggi Civile Commentate*, nº. 1/2, 1991.

ROQUETA BUJ, R.

- "La legitimación negocial de las asociaciones empresariales: A propósito de la Sentencia 357/92 del Juzgado de lo Social nº. 4 de Valencia". *Actualidad Laboral*, nº. 17, 1993.

SACHS, C.

- "Les seuils d'effectifs: une problématique en évolution?". *Droit Social*, nº. 7/8, 1983, págs. 472 y ss.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.

- "Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral". *Relaciones Laborales*, nº.2, 1989.

SALA FRANCO, T.

- *La libertad empresarial de contratación*, Madrid. 1980.
- "movilidad geográfica", en *Comentarios a las Leyes Laborales*, Vol. VIII, EDERSA, Madrid, 1982.
- "El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el Derecho del Trabajo". *Revista del Treball*, nº.7, 1988.
- *La reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 1994.

SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I.

- *Derecho Sindical*. Segunda edición. Valencia. 1992.

SALA FRANCO, T., y LOPEZ TARRUELLA, F.

- *La modificación de la prestación de trabajo*. DEUSTO. Bilbao, 1991.

SALA FRANCO, T., y RAMIREZ MARTINEZ, J.M.

- "El concepto de centro de trabajo. (Problemas interpretativos del artículo 1º.5 del ETT). *Actualidad Laboral*, nº. 33, 1985, págs. 1649 y ss.

SANCHIS, E.

- "Pequeña empresa y desarrollo económico". *Revista del Treball*, nº.13, 1990.

SANCHO CUESTA, J.

- *La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección informes. Serie general. Nº. 12. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1991.

SAVATIER, J.

- "L'unité économique et social entre personnes morales juridiquement distinctes", en *Droit Social*, nº. 1, 1986, pág 11 y ss.
- "La définition de l'établissement distinct pour l'élection des délégués du personnel". *Droit Social*, nº.1, 1991, págs. 40 y ss.

SEMPERE NAVARRO, A.V.

- "La Ley 23/1984 y la materia de convenios colectivos. Antecedentes y alcance de una reforma". *Relaciones Laborales*, nº. 5. 1985.

SMITH, I.T.

- "Employment Laws and the Small Firm", *The Industrial Law Journal*, Vol. 14, 1985, págs. 18 y ss.

SMITH, I.T. y WOOD, J.C.

- *Industrial Law*. Cuarta edición. Londres, 1989.

SCHUMACHER, E.F.

- *Small is Beautiful. A Study of Economics as if People Mattered*. Londres, 1973.

STANWORTH, J. y GRAY, C.

- *Bolton 20 Years On: The Small Firm in the 1990's*. Londres, 1991.

STOREY, D.J.

- *Entrepreneurship and the New Firm*, Londres, 1982.

TEYSSIÉ, B.

- *Code du Travail*. Séptima edición. París, 1991.

TRIGILIA, C.

- "Tre equivoci sulla piccola impresa". *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nº.48, 1990.

U.G.T.

- *Los trabajadores de la pequeña empresa sin protección efectiva en el borrador del proyecto de ley de salud laboral*. Madrid. 1991.

VALDES DAL RE, F.

- "Proceso de colocación y formación del contrato de trabajo". *Revista de Política Social*, 1978.

- "El sistema español de negociación colectiva de condiciones de trabajo", en *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, IMPI, Madrid, 1982.
- "Flexibilidad y condiciones de trabajo". *Claridad*, nº.17, 1987.

VAZQUEZ MATEO, F.

- "Jurisprudencia sobre los grupos de sociedades", *Documentación Laboral*, nº. 23, 1987.

VERDIER, J.M.

- "La présence syndicale dans l'entreprise et la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel", *Droit Social*, nº. 1, 1983.

VIVARELLI, M.

- "Natalità e mortalità delle piccole imprese: un modello interpretativo". *L'Industria: Rivista di economia e politica industriale*, nº.3, 1991.

VON POTOBSKY, G.

- "Pequeñas y medianas empresas y Derecho del Trabajo", *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 112, 1993, nº. 1.

WEISS, M.

- "Le Relazioni industriali nelle piccole e medie imprese della Repubblica Federale Tedesca", en *Relazioni Industriali e ambiente di lavoro nella piccola e media impresa verso il 1993*. SINNEA, Bolonia, 1991.

ZUFIAUR, J.M.

- "Sindicatos y PYME". 4 cuadernos IMPI. *Opiniones para debate*.