

JORNADA DE ESTUDIOS JURÍDICOS • 5 Y 6 JUNIO 2014, ALBACETE

Nuevas formas de flexibilidad laboral y descentralización empresarial

Durante los días 5 y 6 de junio de 2014 se desarrolló en Albacete –Campus Universitario de la Universidad de Castilla-La Mancha- la edición número 46 de las Jornadas de Estudio, en esta ocasión con el tema «NUEVAS FORMAS DE FLEXIBILIDAD LABORAL Y DESCENTRALIZACIÓN EMPRESARIAL”, organizadas por el Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO y la Fundación 1º de Mayo, con la colaboración del Consejo General del Poder Judicial y la Universidad de Castilla-La Mancha. Tenían por objeto analizar las modificaciones normativas que se han introducido en materia de flexibilidad laboral y descentralización empresarial. Se pusieron en evidencia las últimas reformas legales y la doctrina judicial que la viene aplicando, así como los problemas más importantes vinculados a su aplicación práctica.

En las Jornadas participaron 224 asistentes inscritos, integrados por profesores universitarios, jueces y magistrados, miembros de las diversas estructuras de CC.OO. y de sus servicios jurídicos, como también por otros profesionales cuya actividad está directamente relacionada con las materias objeto de análisis en las Jornadas.

Las ponencias corrieron a cargo de magistrados y magistradas del Orden Social, del Tribunal Supremo y distintos Tribunales Superiores de Justicia, y por cateóricos de Derecho del Trabajo de reconocido prestigio en el ámbito de las materias que abordaron, reservando una parte importante de las sesiones al debate de las cuestiones que plantearon los asistentes inscritos.

Las intervenciones de los Ponentes fueron enriquecidas por las numerosas cuestiones prácticas que se plantearon por los asistentes, y que permitieron ofrecer una visión general de toda la problemática generada por los nuevos mecanismos de flexibilidad.

A continuación se expone un resumen de los aspectos más relevantes de cada una de las intervenciones.

PRESENTACIÓN

Rodolfo Benito Valenciano. Secretario Confederal de Estudios de CC.OO.

El contenido de las Jornadas resultará útil para abordar las respuestas jurídicas frente a las reformas laborales y a interpretaciones sesgadas de las mismas por deter-

minados segmentos empresariales. Se trata de favorecer el ejercicio de la acción sindical en la empresa en el contexto de procesos de externalización, descentralización productiva, e incidir en el debate sobre la negociación colectiva.

A pesar de la reforma laboral, entre cuyas finalidades se encontraba la reducción del poder contractual del movimiento sindical, no se ha desmantelado el sistema de negociación colectiva, aunque se ha perjudicado el incremento de salarios y del empleo, así como los contenidos de los convenios colectivos.

Desde ahí, se realiza un emplazamiento del Sindicato a la Patronal y al Gobierno para avanzar en la negociación colectiva, en materia de desempleo, de desigualdades, de pobreza... En materia de empleo, sólo es posible su creación a corto plazo a través de medidas de choque y desde la restitución del Estado Social. Es necesario un incremento de los niveles salariales y de la recuperación del poder adquisitivo de los salarios, lo que mejoraría la demanda interna y el consumo. Y también se ha de abordar el problema de la temporalidad en sectores con valor añadido bajo, que igualmente cuentan con un desempleo estructural y permanente. Se ha de crear una renta mínima -500 euros- para quien carezca de ingresos y se ha de ir hacia un cambio de modelo productivo; la industria sólo contribuye actualmente al 14% del PIB.

En este conjunto de propuestas es fundamental la política fiscal. Un Estado del bienestar requiere impues-

37

PROGRAMA DE LAS JORNADAS

PRESENTACIÓN: Rodolfo Benito Valenciano. Secretario Confederal de Estudios de CC.OO.

- PRIMERA SESIÓN: FLEXIBILIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DESCUELGO DE CONDICIONES DE TRABAJO.

Moderadora: María del Carmen Piqueras Piqueras. Magistrada del TSJ de Castilla-La Mancha.

Primera ponencia: Flexibilidad y negociación colectiva. Antonio Baylos Grau. Catedrático de Derecho del Trabajo de la UCLM.

Segunda ponencia: La inaplicación del convenio colectivo. Manuel Ramón Alarcón Caracuel. Magistrado Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

- SEGUNDA SESIÓN: LAS REFORMAS DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL: RÉGIMEN LABORAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL.

Moderadora: María José Romero Rodenas. Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la UCLM.

Primera ponencia: La reforma de la contratación a tiempo parcial. Jaime Cabeza Pereiro. Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Vigo.

Segunda ponencia: La reforma en Seguridad Social para los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos. Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Politécnica de Valencia.

- TERCERA SESIÓN: PROBLEMAS ACTUALES DEL GRUPO DE EMPRESAS EN LAS RELACIONES LABORALES.

Moderador: Francisco J. Gualda Alcalá. Director del Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO.

Primera ponencia: La doctrina del Tribunal Supremo sobre grupos de empresas. Rosa María Virolés Piñol. Magistrada Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Segunda ponencia: El grupo de empresas en el despido colectivo. Ricardo Bodas Martín. Presidente Sala Social de la Audiencia Nacional.

- CUARTA SESIÓN: FLEXIBILIDAD Y MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO.

Moderador: Jesús Rentero Jover. Magistrado del TSJ de Castilla-La Mancha.

Ponencia: Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. María Luisa Segoviano Astaburuaga. Magistrada Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

- QUINTA SESIÓN: PROBLEMAS LABORALES DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA.

Moderador: Joaquín Aparicio Tovar. Catedrático de Derecho del Trabajo de la UCLM.

Ponencia: La descentralización en el sector público. Jordi Agustí Julià. Magistrado Sala Social Tribunal Supremo.

Segunda ponencia: Obligaciones empresariales ante la descentralización. En especial, los derechos de los representantes de los trabajadores de información y consulta. Carlos Hugo Preciado Domenech. Magistrado Sala Social TSJ de Cataluña.

tos progresivos, suficientes para garantizar recursos al Estado y, por ello, el Sindicato no está a favor de las reducciones de tramos del IRPF, ni a favor del incremento del IVA y otros impuestos indirectos. Actualmente, se produce la paradoja de que a menor salario existe mayor presión fiscal, dado que las rentas más bajas se destinan íntegramente a consumo y quedan sujetas al pago del IVA.

Actualmente, existe una clara ofensiva contra el derecho de huelga. Alrededor de doscientas personas se encuentran encausadas en 54 procedimientos por ejercer el derecho de huelga, siendo especialmente paradigmáticos los casos de Airbus, de la Secretaria General de CC.OO. de Islas Baleares, en la Rioja, etc... La finalidad de estos procedimientos es erosionar el poder contractual del Sindicato durante la huelga. Como respuesta, para el 9 de julio está prevista una concentración de delegados ante las Delegaciones del Gobierno frente a los ataques a Sindicalistas y la restricción del derecho de huelga.

◆◆◆
Actualmente, existe una clara ofensiva contra el derecho de huelga. Alrededor de doscientas personas se encuentran encausadas en 54 procedimientos por ejercer el derecho de huelga.

Se da cuenta de la resolución de la Comisión Ejecutiva del Sindicato que apoya cambios en el modelo de estado, abriendo el debate a la sociedad, que debe tomar como referencia el empleo y la protección social. El elemento central ha de ser el fin de las políticas de austeridad, que son importante para una porción importante de los ciudadanos, y se ha de abrir el debate sobre estado del bienestar y democracia, que precisa de

aqué como presupuesto de una democracia de alta calidad.

Ello pasa por el reconocimiento de derechos a los ciudadanos vinculados al contrato de trabajo, el desarrollo del derecho de libertad sindical, la democratización de la economía y la redistribución de la renta y riqueza, una reforma fiscal y la construcción política de la Unión Europea que pasaría por definir el modelo político del Banco Central Europeo, políticas de fiscalidad, presupuestarias o económicas que tienen origen en Europa... planteando una política económica alternativa.

Se ha de proceder a la incorporación de la visión europea en la agenda del Sindicato, para aprovechar las iniciativas del Sindicalismo europeo para sacar a la Unión Europea de la situación en la que se encuentra. Al mismo tiempo, existe una preocupación desde el Sindicato por los avances de la extrema derecha y la xenofobia en determinados países de Europa.

En definitiva, el Sindicato CC.OO. está contribuyendo a la reforma social y regeneración democrática del país.

PRIMERA SESIÓN: FLEXIBILIDAD EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DESCUELGO DE CONDICIONES DE TRABAJO.

Moderadora: María del Carmen Piqueras Piqueras. Magistrada del TSJ de Castilla-La Mancha.

Primera ponencia: FLEXIBILIDAD Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA. Ponente: Antonio Baylos Grau. Catedrático de Derecho del Trabajo de la UCLM.

Por flexibilidad se viene entendiendo tanto la ductilidad normativa como la adaptación de la empresa a las necesidades cambiantes de sus procesos productivos, distinguiéndose entre medidas de flexibilidad externa –despidos-, e interna –ampliación de los márgenes de gestión de la fuerza de trabajo, como modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

Cuando la flexibilidad se refiere de la negociación colectiva, se centra en el convenio colectivo como norma adaptable. Hasta el año 2010, la negociación colectiva se configuraba como un derecho constitucional derivado del derecho de libertad sindical, y conectada con el derecho de huelga. En este marco, el convenio colectivo, como norma, no era comparable a la ley, puesto que aquél es más flexible y adaptable al contar con un período de vigencia más corto, resulta tradicional su renovación, y configurarse como un proceso extendido que extendía sus efectos sobre el 75% de la población asalariada.

La negociación colectiva se configuraba como un sistema estructurado por niveles y sectores, regido por la norma de no concurrencia del art. 84 ET pero también por la propia autonomía colectiva, por los criterios de los propios interlocutores sociales (acuerdos marco) y apoyado por un sistema autónomo de solución extrajudicial de conflictos. En la forma de producción de este modelo, destaca la reforma legal del año 1.994, donde el carácter imperativo legal de determinadas materias fue suplantado por la negociación colectiva.

En el modelo de negociación colectiva en la empresa existen dos sujetos representativos de los trabajadores –representaciones sindicales y los órganos de representación unitaria-

pero ello no obstaculizaba la negociación colectiva.

Se trataba de un sistema asentado, que no ha sido totalmente desbaratado por la reforma del año 2012, que concibe la negociación colectiva como un instrumento de flexibilidad para la regulación de las condiciones de trabajo, con planteamientos hostiles a la libertad sindical ante la visión reaccionaria de que los convenios colectivos sectoriales dificultan la competitividad de las empresas. Como nuevas manifestaciones de la flexibilidad en la negociación colectiva, podría citarse el cambio de modelo legal, la debilitación del poder contractual del sindicato y la unilateralidad de las políticas de la empresa.

1.- Cambio de modelo legal.

– El art. 84.2 ET y la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa sobre los convenios colectivos sectoriales en determinadas materias, con carácter imperativo que no puede ser modificada por la negociación colectiva sectorial.

Ello genera efectos sobre el derecho de huelga (art. 11.c del RDL 17/1977), en lo que se refiere a la ilegalidad de las huelgas que tienen como objetivo la modificación de los contenidos de un convenio colectivo durante su vigencia. La modificación legal del art. 84.2 ET incide sobre el sentido del deber de paz, lo que correlativamente extiende sus efectos en la interpretación del art. 11.c) RDL 17/1977.

– El art. 82.3 ET, referido a la inaplicación del convenio colectivo ante la concurrencia de determinadas causas.

– El art. 86.3 ET y la limitación de la ultraactividad del convenio colectivo a un año tras la denuncia.

Se trata de tres modificaciones que golpean la estructura tradicional del sistema de negociación colectiva, lo que desestabiliza la misma como mecanismo autónomo de composición de intereses de empresarios y trabajadores.

Ello se ha continuado también en el plano del gobierno de las relaciones laborales, con la ruptura de la articulación del sistema de negociación colectiva –acuerdo del año 2012- y la traslación desde los interlocutores sociales al poder público de los ámbitos de

actuación de la autonomía colectiva y del espacio de la libertad sindical. Así, se está produciendo la traslación de la representatividad desde las organizaciones empresariales (CEOE) a las grandes empresas y a los complejos financiero-empresariales que conforman, al tiempo que se modifica el papel de los sindicatos en la negociación colectiva, cuyo papel pretende limitarse a la mera función de adherirse a un sistema confeccionado.

◆◆◆
ANTONIO BAYLOS
Se está produciendo la traslación de la representatividad desde las organizaciones empresariales (CEOE) a las grandes empresas y a los complejos financiero-empresariales.

Segunda ponencia: LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. Ponente: Manuel Ramón Alarcón Caracuel. Magistrado Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

En el Estatuto de los Trabajadores del año 1980 no existía el descuelgue, y uno de sus principios básicos era el valor "erga omnes" del convenio.

En la posterior redacción del art. 85 ET, se introdujo el descuelgue como contenido mínimo del convenio colectivo, al tiempo que se fija una regulación legal sobre el descuelgue aplicable en caso de no regularse por el convenio.

En la reforma del año 1994, se contempló el descuelgue como respuesta frente a la estabilidad "dañada" de la empresa, pero las causas del mismo debían de definirse en el propio convenio, que debían de valorarse por los representantes de los trabajadores a través de un procedimiento también regulado en el convenio, resolviendo la comisión paritaria del convenio colectivo sectorial en caso de desacuerdo.

Con las reformas introducidas por la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011, se introdujeron las siguientes modificaciones:

1.- Es el propio legislador el que autoriza el descuelgue, por acuerdo entre la empresa y los representantes legales o sindicales de los trabajadores.

2.- En ausencia de representantes legales o sindicales, aparece la "comisión ad hoc" de 3 miembros.

3.- La delimitación de la causa la hace el legislador. Así, se hace referencia a la disminución persistente del nivel de ingresos (no las pérdidas), a la afectación negativa sobre la evolución o perspectivas económicas de la empresa y a las dificultades para el mantenimiento del nivel de empleo. Se parte de la libertad de procedimiento para llegar al acuerdo, y el descuelgue continua siendo causal pero el acuerdo determina la presunción de la existencia de causa.

4.- Como límites del descuelgue, se establecía su duración máxima coincidente con la duración del convenio y con un máximo de tres años. También, la de determinar con exactitud las retribuciones y la fijación de un programa de recuperación de los niveles retributivos. Y se contemplaba la posibilidad de que los acuerdos interprofesionales fijaran procedimientos para la solución de bloqueos en la negociación de los descuelgues.

En la regulación actual del art. 82.3 ET, la inaplicación de las condiciones del convenio colectivo se contempla como un mecanismo excepcional y causal, que requiere acuerdo y que se conecta con el procedimiento de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo del art. 41 ET. Como cambios más significativos, destacarían:

1.- La posibilidad de descuelgue respecto de la práctica totalidad de condiciones del convenio colectivo.

2.- Su aplicación respecto de cualquier tipo de convenios (de sector o de empresa), cabiendo la posibilidad del autodescuelgue (convenio de empresa), que exigiría unos criterios de valoración más rigurosos.

3.- La flexibilidad de las causas. Respecto de las económicas, se establece una causa general y unos ejemplos, las pérdidas actuales o previstas, la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas en dos trimestres consecutivos respecto de los correlativos del año anterior. Y respecto de las organizativas y productivas, tan sólo se hace referencia a la existencia de cambios que, en realidad, son cambios introducidos por la empresa, lo que ha de valorarse por los tribunales como un riesgo intrínseco de la actividad empresarial.

4.- En caso de desacuerdo, se prevé la intervención de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos y, finalmente, de la Comisión Consultiva de Convenios Colectivos

que corresponda al ámbito del convenio, con la posibilidad de un arbitraje final con la designación de un árbitro designado por aquella Comisión y no por las partes negociadoras.

5.- La validez del acuerdo se condiciona a la existencia de causa. Sólo cabe su impugnación por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, pero todos estos supuestos presuponen en realidad la inexistencia de causa. A título de ejemplo, la falsedad de la documentación aportada por la empresa presupondría que el acuerdo de descuelgue carece de causa, aunque al operar la presunción

"iuris tantum" sobre la existencia de causa cuando existe acuerdo, la carga de la prueba sobre la falta de causalidad del acuerdo corresponde a los trabajadores.

6.- Se trata de un procedimiento relacionado con el de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo del art. 41 ET.

Cuando se trata de la modificación sustancial de las condiciones fijadas en un convenio colectivo estatutario se ha de seguir el procedimiento del art. 82.3 ET. El procedimiento del art. 41 ET se limita a los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones establecidas en acuerdos colectivos, pactos colectivos o convenios colectivos extraestatutarios.

De esta forma, con la firma del convenio colectivo extraestatutario no se garantiza la eficacia vinculante de sus contenidos, en cuanto resulta posible su modificación por la empresa a través del procedimiento del art. 41 ET, que viene entendiéndose que genera modificaciones permanentes, no vinculadas a la vigencia de causa, lo que resulta sumamente discutible.

◆◆◆
MANUEL RAMÓN ALARCÓN
Con la firma del convenio colectivo extraestatutario no se garantiza la eficacia vinculante de sus contenidos, en cuanto resulta posible su modificación por la empresa a través del procedimiento del art. 41 ET.

Además, no se encuentra justificada la posibilidad de que a través del art. 41 ET se pueda proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en acuerdos de empresa, dado que se trata de acuerdos estatutarios, regulados expresamente en el Estatuto de los Trabajadores, y son manifestación del derecho de negociación colectiva.

SEGUNDA SESIÓN: LAS REFORMAS DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL: RÉGIMEN LABORAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL.

Moderadora: María José Romero Rodenas. Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la UCLM.

Primera ponencia: LA REFORMA DE LA CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL. Ponente: Jaime Cabeza Pereiro. Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Vigo.

En la actualidad, asistimos a un incremento del trabajo a tiempo parcial auspiciado por las políticas de incentivo a esta modalidad contractual que surge a partir de la Directiva 97/81/CE. El modelo del trabajo a tiempo parcial conserva la estructura básica diseñada en el año 1998, caracterizada por haber introducido elementos poco recomendables como la precarización del trabajo a tiempo parcial y la rigidez de las horas complementarias. La doctrina del TJUE relativa al contrato a tiempo parcial, manifiesta la bilateralidad de la promoción del contrato a tiempo parcial adaptado a las necesidades de empresario, pero también del trabajador, que sin embargo, el legislador ha obviado en claro favor hacia los intereses empresariales. Por último la reforma realizada por el RDL 16/2013 introduce un elemento falaz en la conceptualización del trabajo a tiempo parcial al contraponer un interés exclusivo del trabajador en materia de Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial –al margen de su regulación sustantiva– frente a un interés del empresario en su configuración sustantiva, es decir, al contraponer un interés en mejoras en materia de Seguridad Social frente a una mayor flexibilidad en la relación de trabajo.

Entrando en el análisis de las últimas reformas en la contratación a tiempo parcial, el ponente comenzó por mencionar cuestiones relativas a los requisitos de forma del contrato, señalando que se ha insistido en las exigencias mantenidas desde el año 2001, debiendo figurar la jornada y distribución horaria, si bien ahora se exige que esta última tenga que realizarse en los términos establecidos en convenio colectivo, lo

que intenta validar prácticas de tiempo de trabajo a través de las previsiones en convenios colectivos. Se establece, por tanto, la exigencia de que siempre conste tanto la jornada como su distribución, como un medio de control del trabajo a tiempo parcial, lo cual ha sido convalidado por la doctrina del TJCE con relación a la decisión del Gobierno Belga de exigir la publicidad del contrato a tiempo parcial para evitar el fraude al tiempo que permite la flexibilidad.

Por lo que atañe al principio de igualdad en el ámbito del trabajo a tiempo parcial, se parte del carácter sesgado de la Directiva, que realiza mención exclusiva a la prohibición del trato de carácter peyorativo con un cargado sesgo femenino que no tiene que ver con el binomio entre los intereses del trabajador y empresario; mientras que la normativa nacional (art. 12 ET) rige el principio de igualdad y de proporcionalidad sólo en los casos previstos en la negociación colectiva. Hay doctrina del TJUE que comienza a aplicar la proporcionalidad en derechos como las vacaciones, que en el caso español no sería posible cuando no hay norma que prevea dicha proporcionalidad.

En materia de tiempo de trabajo, horas complementarias, pausas existe una supresión a la remisión del convenio sectorial que refleja una militancia a favor del convenio de empresa y la neutralidad del precepto legal. En este sentido, llama la atención lo relativo a la regulación del porcentaje de horas complementarias que supondrá, en la práctica, un incremento de las mismas. La técnica consiste en incrementar el tope máximo legal de horas complementarias del 15 al 30 por ciento y habilitar al convenio colectivo para incrementarlas hasta un 60 por ciento, pero no para reducir el tope.

Sin embargo, como elementos de extraordinaria crudeza puede atenderse a las modificaciones cualitativas del trabajo a tiempo parcial, que parecen evidenciar al contrato a tiempo parcial como el punto de llegada, al eliminar las prioridades de vuelta de un trabajo a tiempo parcial a un trabajo a tiempo completo, cuando se había producido la conversión opuesta. En el mismo sentido,

se habilitaría la realización de horas complementarias a los trabajadores temporales, obviando que el acceso a las horas complementarias redunde en la precariedad.

En lo referente a los límites para la realización de horas complementarias, la causa concerniente a las relaciones familiares (guarda legal o cuidado de familiares) ha quedado obsoleta, no así la relativa a la formación.

En definitiva, hay una fuerte reformulación de las horas complementarias que sólo tiene un elemento positivo: la exclusión de las horas complementarias voluntarias de los trabajos

◆◆◆
JAIME CABEZA
Los pactos de horas complementarias son pactos individuales, pero que generan una especial sujeción del trabajador a los mismos, de sujeción permanente a la empresa con la única posibilidad de rechazo a la totalidad del pacto en determinadas condiciones.

a tiempo parcial marginales o precarios que tienen una jornada inferior a diez horas.

Los pactos de horas complementarias son pactos individuales, pero que generan una especial sujeción del trabajador a los mismos, de sujeción permanente a la empresa con la única posibilidad de rechazo a la totalidad del pacto en determinadas condiciones. Se parte de evitar que el empresario incurra en mora incipiente: el trabajador está disponible pero el empresario no tiene que ocuparlo. Además con la posibilidad de jornada irregular el contrato a tiempo parcial conlleva una enorme disponibilidad, por ello a través del concepto de trato peyorativo debe trabajarse por la comparación con el trabajo a tiempo completo; no puede ser que el trabajador a tiempo parcial tenga una mayor disponibilidad que el trabajador a tiempo completo, teniendo en cuenta que la mayoría de las empresas utiliza el trabajo a tiempo parcial para cubrir el trabajo en horas más intertemporales.

Se reduce el plazo de preaviso de 7 a 3 días de los que además es posible disponer a la baja a través de la negociación colectiva, la regulación genera la impresión de que la negociación colectiva no puede fijar un plazo de preaviso superior, pero el mínimo de 3 días no sería obligatorio.

Desaparece la mención a las horas extras, cuya experiencia ha sido lesiva, por lo que se suprimen aumentando la flexibilidad de las horas complementarias.

Se ha previsto el contrato de apoyo a emprendedores a tiempo parcial, lo que implica la obligación en la práctica de realizar horas complementarias sin oposición o reclamación en un año.

El aumento de la flexibilidad empieza a hacer perder su forma al contrato fijo discontinuo.

Como conclusiones finales se señalaron tres elementos apreciables de la reforma: el incremento de la disponibilidad del trabajador junto con un mínimo derecho a la ocupación efectiva; se piensa en empleo del trabajador joven, con trabajo endeble que alterna desempleo con empleo; se introducen normas anticonciliación de la vida familiar y personal con la vida laboral.

Segunda ponencia: LA REFORMA EN SEGURIDAD SOCIAL PARA LOS TRABAJADORES A TIEMPO PARCIAL Y HIJOS DISCONTINUOS. Ponente: Juan López Gandía. Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad Politécnica de Valencia.

Con relación al panorama que han supuesto las políticas de fomento del contrato de trabajo a tiempo parcial, cabe señalar que las mismas forman parte de las políticas de precarización laboral, o políticas económicas de la inseguridad, que aumentan ficticiamente el empleo y generan fundamentalmente minijobs. Este aspecto es perjudicial para la Seguridad Social pues va a suponer una menor recaudación, sobre todo si se producen

incentivos a la contratación a tiempo parcial. En el trabajo a tiempo parcial siempre existe el problema de control del tiempo de trabajo, lo que se incrementa teniendo en cuenta las horas complementarias que no se declaran. Por tanto, todas estas medidas de fomento, a la larga perjudican a la Seguridad Social. Con relación a las bondades predicadas del trabajo a tiempo parcial, debemos señalar que aproximadamente el 57% de los trabajadores que trabajan a tiempo parcial querrían hacerlo a tiempo completo. En Alemania existen 7 millones de trabajadores a tiempo parcial, número que se va incrementando.

Las medidas de este último año no incrementan la contratación estable sino la parcialidad del trabajo que a la sazón también es temporal. A pesar de todas las reformas, las empresas prefieren contratar a trabajadores temporales y la mitad de los contratos indefinidos que se ha realizado lo es a tiempo parcial lo que supone un incremento del 16%.

Se dan dos políticas totalmente contradictorias consistentes en recortar prestaciones sociales al tiempo que se recorta la recaudación mediante la rebaja de la cotización con reducciones y bonificaciones, o con el establecimiento de la tarifa plana, que no ha conseguido los objetivos pretendidos en materia de contratación.

De otro lado, hay que esperar que no se acepten propuestas como las cuotas a tiempo parcial de los trabajadores autónomos o la modificación de la jornada a través de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Con relación a los cambios normativos que se han producido en materia de Seguridad Social del trabajo a tiempo parcial, cabe señalar la reforma operada a partir de la declaración de inconstitucionalidad de parte de la disposición adicional 7 de la LGSS, que ha obligado a una reformulación por el RD Ley 11/2013, que crea una técnica, entre otras posibilidades como hubiera sido la aplicación de la misma técnica que en el desempleo y que sería más favorable.

◆◆◆
JUAN LÓPEZ GANDÍA
Se dan dos políticas
totalmente contradictorias
consistentes en recortar
prestaciones sociales al tiempo
que se recorta la recaudación
mediante la rebaja de la
cotización con reducciones y
bonificaciones.

El nuevo sistema de cómputo de la cotización se aplica a todo el Régimen General lo que incluye a los sistemas especiales como el agrario o trabajadores del hogar. De otro lado, esta técnica no se aplica a los efectos de prestaciones por desempleo. En este último sentido, debemos reparar la posible discriminación que se produce en la actualidad entre el desempleo de los trabajos a tiempo parcial horizontal y vertical a la hora de computar el período de carencia, cuestión que debe ser analizada a la vista de la sentencia del TJUE de 10 de junio 2010, Caso Matteucci.

En cuanto a los aspectos sustantivos de la reforma aborda dos cuestiones fundamentales:

A) Períodos de cotización:

1) La carencia genérica se adapta a la tasa de parcialidad, de manera que la carencia genérica ya no es general, sino subjetiva, en función de cada trabajador. La fórmula rebaja la exigencia por lo que permite el acceso a pensiones a las que antes no lo daba.

2) Se valora cuanto tiempo de trabajo supone el trabajo a tiempo parcial sobre el resto de la carrera de cotización. Esto genera ciertas dudas, pues no dice nada sobre los períodos de cotización ficticios que se deben fundamentalmente a los períodos de disfrute de derechos relacionados con medidas de conciliación de la vida laboral y familiar; ya que no se produce el mismo resultado si dichos períodos se imputan a la tasa de parcialidad, que a la tasa de globalidad siendo más favorable la imputación a la tasa de parcialidad.

3) El coeficiente de parcialidad se aplica a todas las prestaciones y para todo tipo de jubilaciones que exigen carencias especiales las cuales también deben adaptarse.

B) La cuantía de la pensión.

1) A los efectos de determinar el coeficiente aplicable a la base reguladora de las exclusivas pensiones de jubilación e incapacidad permanente, los períodos de cotización a tiempo parcial multiplicará por 1.5.

2) Se mantiene el complemento a mínimos de las pensiones, sin reducción proporcional.

3) Con relación a la integración de lagunas, el período entre campañas no constituye laguna.

TERCERA SESIÓN: PROBLEMAS ACTUALES DEL GRUPO DE EMPRESAS EN LAS RELACIONES LABORALES.

Moderador: Francisco J. Gualda Alcalá. Director del Gabinete de Estudios Jurídicos de CC.OO.

Primera ponencia: LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE GRUPOS DE EMPRESAS. Ponente: Rosa María Virolés Piñol. Magistrada Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

El concepto de grupos de empresas tiene un origen jurisprudencial, y ha ido evolucionando también a partir de los cambios introducidos por la propia jurisprudencia. El análisis más exhaustivo se realiza desde la STS de 27-5-2013 rec. 78/2012 que matiza la doctrina judicial anterior sobre el grupo de empresas.

Desde el prisma constitucional, el fundamento de la doctrina del grupo de empresas se encuentra en la tutela judicial efectiva, ya el Tribunal constitucional en su Sentencia 46/1983, de 27 de mayo considera que es la jurisdicción laboral la que debe vislumbrar quien es el auténtico empresario.

Tomando como referencia el libro de Carlos Hugo Preciado Domènech de la colección básicos del Derecho Social de la Editorial Bomarzo con Título "Los grupos de empresas tras la últimas reformas laborales", se estructura el concepto de grupo de empresas a partir de tres ejes, todo ello relacionándolo con la doctrina anterior a la STS de 27-5-2013, como por ejemplo la STS de 3-5-1990:

- Diversidad de formulas de agrupación de empresas, que imposibilitan un tratamiento único y exigen la concurrencia de ciertos requisitos adicionales.
 - Los propios requisitos adiciones que son.
 - Funcionamiento integrado o unitario de la organización de trabajo.
 - Prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva, a favor de varios empresarios.
 - Búsqueda mediante empresas aparente la elusión de responsabilidades laborales.
 - Confusión de plantillas, de patrimonios, apariencia externa de unidad de empresa y unidad de dirección.
 - La carga de la prueba de la existencia del grupo corresponde a quien pretender hacer valer los efectos jurídicos laborales atribuidos a los mismos.

El problema se centra en deslindar el grupo laboral (patológico) relacionados con la concurrencia de fraude de ley y donde las empresas responden solidariamente, del grupo mercantil (fisiológico) donde cada empresa responde diferenciadamente de sus responsabilidades.

◆◆◆
ROSA MARÍA VIROLÉS
La doctrina del Supremo en este punto matiza que con el elemento de "crear una empresa aparente" se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consienta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo.

La doctrina Aserpal (STS 27-5-2013) es la más reciente doctrina sobre grupos de empresas y, confirma la sentencia de instancia que declara ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por la empresa, desestimando la existencia de grupo empresarial. Esta doctrina se asienta en estos pilares:

- Grupo mercantil y grupo laboral son concepto parcialmente coincidentes.
- El grupo mercantil tiene dos elementos que lo definen:
 - Independencia jurídica de sus miembros.
 - Dirección económica unitaria.
- Requisitos para que un grupo mercantil sea considerado laboral:

- Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo.

- Creación de empresas aparentes para eludir responsabilidades laborales.

- Confusión de patrimonio.

- Unidad de dirección.

Dicha doctrina Aserpal realiza una síntesis de los requisitos adicionales que ha de tener un grupo mercantil para ser considerado laboral:

- Funcionamiento unitario.

- Confusión patrimonial.

- Unidad de caja.

- Utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, creando una empresa aparente.

- Uso abusivo de la dirección unitaria causando perjuicio a los derechos de los trabajadores.

Para que se considere la existencia de un grupo laboral, se debe acreditar que existe un grupo mercantil (independencia jurídica de sus miembros y dirección económica unitaria) y, además acreditar la concurrencia de alguno de los requisitos adicionales.

Ahondando más en los requisitos adicionales, el funcionamiento unitario es la llamada "unidad de plantillas" que supone la prestación de servicios por parte del trabajador de manera indistinta para dos o más empresarios, con confusión de plantilla y prestación de trabajo indistinta para el empleador. Así la STS de 26-3-2014 rec. 158/2013 (caso TeleMadrid) habla de confusión de plantillas, de unidad de plantillas entre otros motivos para considerar que la naturaleza jurídica del ente y sus sociedades es de un grupo de empresas laboral. Y la STS 19-12-13 rec. 37/2013 que desestima la existencia de grupo empresarial laboral entre otros motivos puesto que no hay unidad de plantillas.

En cuanto a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, consiste en la creación de una empresa aparente para eludir responsabilidades laborales.

La doctrina del Supremo en este punto matiza que con el

elemento de "crear una empresa aparente" se alude a la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, que es la que consienta la aplicación de la doctrina del levantamiento de vela -STS de 28-1-2013 Rec. 46/2013-.

Respecto al uso abusivo de la dirección unitaria con perjuicio para los trabajadores, la dirección unitaria no es sino la manifestación de la existencia de un grupo mercantil, por lo que ella sola no puede compartir la existencia de grupo laboral. Cuestión distinta será cuando esa dirección unitaria se utilice de forma abusiva en perjuicio de los trabajadores. Este empleo concurrirá con otros elementos como la caja única, la confusión de plantillas, etc.

Adentrándose en el tema del despido colectivo, la directiva europea habla en términos distintos a la normativa nacional a la hora de fijar los umbrales del despido colectivo, puesto que la directiva habla de centro de trabajo frente al criterio de la empresa como unidad de cómputo en la normativa nacional.

El Tribunal Supremo considera que en materia de despidos colectivo la normativa española es más favorable para los trabajadores, utilizando la unidad de la empresa y no el centro de trabajo como bien dice la STS de 18-3-2009 Rec. 1878/2008.

En cuanto al periodo de consultas, este se promueve a iniciativa del empresario. En el grupo laboral la doctrina ha permitido la negociación en el ámbito del grupo, puesto que afecta la causa alegada a todo el grupo -SAN 18-12-12 rec. 257/2012-. En los casos de grupo mercantil, el grupo de empresas no puede promover un despido colectivo aunque afecto a todas las empresas del grupo, se debe tramitar empresa por empresa, aunque la decisión la haya tomado la empresa dominante. En definitiva, el mero grupo mercantil no puede iniciar el periodo de consultas. La empresa dominante puede decidir el despido, aunque no forme parte del periodo de consultas.

La documentación en periodo de consultas en el grupo mercantil viene regulada en el art. 51.2 ET, y en los arts 3 al 6 del RD 1483/2012. En concreto, el art. 4.5 RD 1483/2012 regula la documentación a aportar cuando hay obligación de formular cuentas consolidadas, e indica que será: las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante. Si no hay obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica se deberá aportar la documentación económica de las demás empresa del grupo, auditadas si están obligadas a realizar auditorías cuando tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento.



ROSA MARÍA VIOLÉS

El art. 4.5 RD 1483/2012 regula la documentación a aportar cuando hay obligación de formular cuentas consolidadas, e indica que será: las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante.

Respecto a la obligación de documentación en casos de despido colectivo en grupos laborales, hay sentencias que han declarado la unidad del despido colectivo en un grupo de empresas patológico cuando no se aporta las cuentas y la documentación relativa al grupo. Pero no todo incumplimiento de las previsiones del art. 4 RD 1483/2012 puede alcanzar la consecuencia de nulidad, tan solo aquella que sea trascendente e impida que el período de consultas pueda alcanzar su finalidad. Hay obligación de negociar de buena fe siempre. Así ocultar la existencia de un grupo de empresas laboral durante el periodo de consultas supone ir contra la buena fe.

En el ámbito de las Administraciones Públicas, también se ha planteado el tema de los grupos de empresas y la comunicación de responsabilidades. Así, la STS de 19 diciembre 2013, Rec. 37/2013, en relación con un Consorcio, donde se declara la existencia de un fraude de ley.

Finalmente, y por lo que se refiere al control judicial de las causas del despido, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad no han desaparecido, aunque se tienen que analizar desde un punto de vista diferente tras la reforma del despido.

Segunda ponencia: EL GRUPO DE EMPRESAS EN EL DESPIDO COLECTIVO. Ponente: Ricardo Bodas Martín. Presidente Sala Social de la Audiencia Nacional.

1.- El ámbito de la negociación y tramitación del despido colectivo.

El grupo de empresas se está presentando como el paradigma de la empresa moderna, como entramado empresarial sujeto a una unidad de dirección pero descentralizado en su ejecución. La regulación legal sobre los grupos de empresas se encuentra fragmentada en el Código de Comercio, en el art. 4 de la Ley del Mercado de Valores, en la Ley del Impuesto de Sociedades, en la Ley del Comité de Empresa Europeo.

En cualquier caso, es importante reparar que la actuación de cada una de las empresas que conforman el grupo responde al interés del grupo frente a los intereses que cabría presuponer individualmente en éstas, lo que pueda dejar desprotegidos a los acreedores débiles y a los trabajadores.

A día de hoy, hablar de despido es hablar de grupo de empresas, dado los numerosos pronunciamientos de los diversos Tribunales donde tras un despido colectivo los trabajadores denuncian la existencia de un grupo de empresa a efectos laborales.

La Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998

relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre garantías de los trabajadores en caso de despido colectivo, establece en su artículo 1 las definiciones de despido colectivo y representantes de los trabajadores, sin hacer referencia al grupo de empresas.



RICARDO BODAS
El art. 2.4 de la Directiva 98/59 establece en cuanto a las obligaciones de documentación e información que las mismas se han de aplicar con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por la empresa dominante.

- En cuanto al ámbito que se considera para fijar el umbral de despido que se han de producir para que el despido sea considerado colectivo, la directiva habla de centro de trabajo, mientras que la normativa nacional utiliza como unidad de cómputo la empresa en su conjunto.

- En cuanto al ámbito de la causa, en los despidos colectivo por causas económicas en un grupo de empresa laboral, la situación económica negativa ha de referirse a la totalidad del grupo, mientras que en los grupos de empresas mer-

cantiles exclusivamente a la empleadora.

Por ello, el periodo de consultas en el grupo de empresas laboral debe realizarse con todas las empresas del grupo, con todos los representantes de los trabajadores de todas las empresas del grupo, debiendo aportarse la documentación de todas ellas. Sin embargo, la SAN de 13-1-2014 rec. 154/2013 ha establecido que no puede declararse la nulidad del despido porque la negociación no se realizó con el grupo como tal, o porque no se aportó la documentación de todas las empresas del grupo, cuando ello no se exigió con arreglo a la buena fe durante la negociación del periodo de consultas.

En cuanto al periodo de consultas en el grupo de empresas mercantil el propio grupo de empresas no puede promover un despido colectivo aunque afecte a todas las empresas del grupo, sino que se ha de tramitar por la empresa empleadora aunque la decisión la haya tomado la empresa dominante.

La empresa dominante puede decidir el despido, y no formar parte del periodo de consultas. Además, el art. 2.4 de la Directiva 98/59 establece en cuanto a las obligaciones de documentación e información que las mismas se han de aplicar con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por la empresa dominante. Dicho precepto señala que la empresa que promueva el despido colectivo no puede eludir la entrega de la documentación pertinente —la que permite que el período de consultas pueda alcanzar su finalidad— porque la empresa dominante lo haya bloqueado. La empresa dominante aparece como un tercero, y así se ha traspuesto en el art. 51 ET.

El RDL 11/2013 modificó el art. 4 del RD 1483/2012 en lo referente a las obligaciones de documentación económica en caso de despido colectivo de empresas integradas en un grupo, fijando la regla de que sólo es obligatoria la aportación de las

cuentas consolidadas con la matriz del grupo cuando ésta tenga su domicilio en España. Se trata de una regulación ultra vires, contraria al art. 64.4 ET, que reconoce a los representantes de los trabajadores los mismos derechos de información que a los socios. Además, se trata de una utilización discutible de la figura del RD Ley, al no existir urgencia.

Se trata de un riesgo jurídico para las empresas que eludan la aportación de las cuentas consolidadas del grupo, teniendo que en cuenta que la regulación del Registro Mercantil toma en consideración el domicilio real, y no sólo el dato del domicilio formal de la empresa matriz del grupo.

En lo que se refiere a las infracciones alegadas de las obligaciones de información, consulta y notificación establecidas en la presente Directiva, cualquier justificación del empresario, basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria, no se podrá tomar en consideración.

Hay un pronunciamiento del Tribunal Supremo que marca la doctrina del grupo de empresa y es la STS 27-5-2003 que asienta tres pilares:

- El grupo de empresas laboral es un grupo mercantil y algo más.
- El grupo mercantil parte de la independencia jurídica de sus miembros a nivel patrimonial y organizativos y en la dirección económica unitaria
- Hay unos requisitos adicionales del grupo mercantil para considerar un grupo mercantil como el funcionamiento unitario de las empresas del grupo, creación de empresas aparentes para eludir responsabilidades laborales, confusión de patrimonial, unidad de dirección.

La apariencia externa de unidad empresarial no se considera uno de los requisitos adicionales puesto que es un requisito del grupo mercantil.

El ponente cita como interesante la STS de 28-1-14 rec. 46/2013 en cuanto al grupo de empresas.

En cuanto a los Tribunales Superiores de Justicia destaca un reciente pronunciamiento del TSJ de La Rioja, que aprecia la existencia de un grupo de empresas laboral ante un crédito no explicado de una empresa del grupo a otra, la STSJ de Madrid 29-1-2014 rec. 1652/2013 que establece que hay confusión de patrimonios entre las empresa del grupo por un aval de una empresa del grupo a otra, sin que medie justificación, y se aplica la doctrina del levantamiento del velo ante la apropiación por los socios de los beneficios de la empresa.

En cuanto a la doctrina del Audiencia Nacional sobre el grupo de empresa el ponente destaca la SAN de 20-1-14 rec 256/2013 donde una empresa se financia dentro del propio

grupo de empresa de forma más favorable que la financiación que puede encontrarse en el mercado. Estudia la doctrina del SAP de 25-10-2013 sobre el cash pooling. Considera dicha SAN que no hay confusión patrimonial y unidad de caja a pesar de existir transferencias económicas entre las empresas del grupo, cuando los precios de dichas transferencias sean fiables y se encuentren adaptados a un mercado razonable. También sobre el cash pooling, la SAN de 25-2-2013 rec. 178/2013.

Considera que no hay confusión patrimonial ni unidad de caja la SAN 30-9-2013 rec. 225/2013.

La SAN de 23-12-2013 rec. 306/2013 que establece que no hay confusión de plantillas, y que la mera prestación sucesiva no infiere la existencia de prestación indiferencia en el trabajo, sin la concurrencia de ninguna otra entre las diferentes empresas cuando no suponen la existencia de un uso abusivo de la personalidad jurídica.

Cita igualmente sobre el grupo de empresas la doctrina contenida en la SAN de 4-4-2013 proc. 66/2013, entre otras.

En la modificación introducida en el año 2013 también se modificaron los plazos de las comisiones negociadoras y

los criterios de conformación de éstas. Se trata de una cuestión especialmente problemática en los casos de grupos de empresas, donde necesariamente se parte de diferentes empresas y diferentes centros de trabajo.

• La primera alternativa sería la negociación por Secciones Sindicales, que serían de empresa o de centro de trabajo, pero no de grupo de empresas, aunque esta última opción sería posible si lo aceptan los trabajadores.

• La segunda opción es la negociación por el Comité Inter-centros, si se regula en el Convenio Colectivo aplicable y le atribuye esta función.

Lo normal es que se constituyan comisiones híbridas, lo que genera el problema añadido de los plazos, resaltándose la conveniencia de que se constituyan Secciones Sindicales.

Existen varias sentencias de la Audiencia Nacional respecto a la conformación de las comisiones negociadoras, que señalan como obligación de la empresa la de comunicar de forma fehaciente el inicio del despido colectivo a los sujetos legitimados para la negociación. Una producida esta comunicación, la obligación de constitución es de los destinatarios. En los casos de conformación indebida de la comisión negociadora —así, exclusión injustificada de legitimados para negociar—, se genera un error grave, que determinaría la nulidad del acuerdo, pero no la nulidad del despido, en criterio del ponente.

Otra problema importante es el que se plantea cuando la

◆◆◆
RICARDO BODAS
Existen varias sentencias de la Audiencia Nacional respecto a la conformación de las comisiones negociadoras, que señalan como obligación de la empresa la de comunicar de forma fehaciente el inicio del despido colectivo a los sujetos legitimados para la negociación.

negociación del despido colectivo se acompaña de otras medidas –reducciones salariales, inaplicación de condiciones del Convenio...- respecto de las que legalmente también se contempla el desarrollo de un procedimiento de consultas, y el ponente considera que en estos casos es posible la negociación conjunta de todas las medidas propuestas sin necesidad de constituir comisiones negociadoras diferentes.

2.- Documentación económica y buena fe en el período de consultas.

La documentación que la empresa ha de aportar es la “pertinente”. El Tribunal Supremo hace referencia a la documentación “relevante” para que el período de consultas pueda alcanzar sus objetivos – art. 51.2 ET-. Es pertinente toda la documentación de la Ley, pero lo que se valora es si su falta ha impedido un acuerdo. El criterio de la Audiencia Nacional cuando se denuncia el incumplimiento de la obligación empresarial de documentación es si se trata de una documentación pertinente para el período de consultas. En la sentencia de la AN de 28/03/2014 se consideró que la falta de entrega de la memoria económica de la empresa no determinaba la nulidad del despido, sobre la base de considerar suficiente la memoria del despido colectivo que se entrega a los representantes al inicio; en todo caso, se trata de un criterio sumamente discutible, que parte del error de asimilar ambas “memorias” como un mismo documento, cuando tienen finalidades muy diferentes, y la falta de la memoria en la documentación contable de la empresa impide valorar adecuadamente el resto de su documentación económica.

Respecto a la documentación contable, todas las cuentas han de aportarse al inicio del período de consultas y han de estar firmadas por un administrador o representante legal de la empresa.

En la doctrina judicial, se ha declarado el incumplimiento empresarial de la obligación de documentación por la no inclusión de la venta de un inmueble en la auditoría –STSJ de La Rioja de 13/12/2013-, ante la existencia de una contabilidad B en la empresa -Sentencia del Tribunal Supremo de 18/02/2014-, ante el carácter no fiable de la documentación –SAN de 13-01/2014-, o cuando se aportan cuentas estereotipadas, con referencias genéricas a valores de mercado –SAN de 28/03/2014 (asunto TRAGSA)-.

Con relación a la actuación de las partes durante la negociación del período de consultas, el aquietamiento de la empresa a su posición inicial puede evidenciar la mala fe, pero depende de las circunstancias de cada caso. Lo que no es posible es que la empresa no se mueva ante planteamientos novedosos y razonables de los representantes legales de los tra-

bajadores; y todo caso, la empresa ha de dar una respuesta razonada y sólida. Se ha declarado la existencia de mala fe cuando la empresa lleva a cabo una reducción importante del número de trabajadores despedidos en su decisión final, sin acuerdo con los representantes, sin que ello se encuentre motivado en el período de consultas.

La decisión final sobre el despido colectivo ha de notificarse a los representantes de los trabajadores, haya o no acuerdo. Y en la notificación ha de explicarse la modificación desde la posición inicial.

3.- Control judicial sobre las causas del despido colectivo.

Sobre el control judicial de las causas del despido, no ha desaparecido la proporcionalidad y razonabilidad del despido colectivo. El Tribunal Supremo parece limita el control judicial a la “adecuación” del despido, pero se trata de un criterio valorativo que incorpora los juicios de proporcionalidad y razonabilidad.

Respecto a las causas económicas, y en particular, en los supuestos de pérdidas previstas, destacar las Ss. del TSJ de La Rioja de 27/02/12 y de la AN de 18/12/2012. Ésta última resaltó la necesidad de que la empleadora aporte un informe fiable de que las pérdidas pue-

den producirse en un supuesto de pérdida del único cliente de la empresa. Se ha declarado la necesidad de valorar la situación económica de la empresa en su conjunto –STSJ de Castilla y León /Valladolid de 17/14/2013, y del TS de 21/01/2014-.

Con relación a las causas técnicas, organizativas y productivas, se valora cada empresa o centro de trabajo afectado –Ss. del TS de 20/01/20014 y 27/01/2014-. En todo caso, la competitividad de la empresa no es un valor absoluto y deben concurrir problemas o dificultades para la empresa.

El control de adecuación que utiliza Tribunal Supremo incorpora la valoración de la proporcionalidad, razonabilidad e idoneidad de la medida. Así lo exige el Convenio 158 OIT, que hace referencia a razones de funcionamiento de la empresa para que se considere justificada la extinción del contrato, y la Directiva comunitaria que hace referencia a la obligación empresarial de establecer criterios selectivos de los trabajadores afectados, lo que lleva implícito el principio de proporcionalidad y adecuación, y la configuración del despido colectivo como ultima ratio frente a medidas de flexibilidad interna, lo que se puede evidenciar con la regulación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que contempla la obligación de los árbitros de identificar la concurrencia de las causas y relacionarlas con las medidas decididas, y si este criterio resulta aplicable a medidas de flexibilidad interna también ha de serlo a la decisión de despido colectivo.

◆◆◆
RICARDO BODAS
El Tribunal Supremo hace referencia a la documentación “relevante” para que el período de consultas pueda alcanzar sus objetivos –art. 51.2 ET-. Es pertinente toda la documentación de la Ley, pero lo que se valora es si su falta ha impedido un acuerdo.

CUARTA SESIÓN: FLEXIBILIDAD Y MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO.

Moderador: Jesús Rentero Jover. Magistrado del TSJ de Castilla-La Mancha.

Ponencia: LAS MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. Ponente: María Luisa Segoviano Astaburuaga. Magistrada Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

En la exposición de motivos de la reforma laboral del 2012 indica el legislador que nuestro sistema de relaciones laborales no es sostenible que tiene defectos estructurales y por ello se quiere fomentar la flexibilidad interna frente a la externa, siendo la flexibilidad interna una alternativa a la extinción de los contratos de trabajo. Sin embargo, en la práctica no está prevaleciendo la flexibilidad interna frente a la externa, sino que coexisten ambas.

Dentro de la flexibilidad interna, de las nuevas medidas cabe destacar la nueva regulación de los grupos profesionales al desaparecer la categoría, simplificación en la suspensión de los contratos de trabajo al suprimir la autorización administrativa, modificación en el régimen de los convenios colectivos, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, etc.

La ponente se centra en la modificación sustancial de condiciones de trabajo, reguladas en el art. 41 ET.

Las razones para poder modificar sustancialmente las condiciones de trabajo según el art. 41 ET son: económicas, productivas, organizativas y técnicas.

Centrándose en que es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la ponente parte de varias sentencias sobre el tema del Tribunal Supremo Sala de lo Social de enero de 2014, que establecen que el concepto de modificación sustancial de condiciones de trabajo es un concepto indeterminado que hay que ir caso a caso, ver cada modificación para decidir si es o no sustancial.

Las materias que pueden ser modificadas aparecen en el propio art. 41 (jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones que excedan de los límites de la movilidad funcional), pero su lista no es una lista cerrada sino ejemplificativa.

En cuanto a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, la ponente quiere destacar que el art. 41 en su lista contiene tanto el horario como la jornada, pero sin embargo si la reducción de jornada es temporal y entre un 10 y

un 70% no estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo sino ante un supuesto del art. 47 ET.

También que una reducción de jornada puede ser entendida como un cambio de contrato de tiempo completo o tiempo parcial. Sin embargo la ponente basándose en la Sentencia del Tribunal Supremo caso EULEN establece que no, puesto que no es un cambio voluntario, y entonces debe considerarse una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

En cuanto a la reducción de salario, puede operar el art. 41 o el 82.3 ET. Se aplicará el 41 ET cuando la modificación afecte a condiciones de trabajo que disfrute el trabajador por contrato, por convenio, por acuerdo. Mientras que operará el art. 82.3 ET cuando se modifica una condición regulada en convenio colectivo estatutario.

Sin embargo el art. 41 ET no enumera las mismas materias que el art. 82.3 ET, puesto que este añade las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. Pero en la práctica da igual, puesto que la lista del art. 41 es una lista abierta, mientras que la del art. 82.3 ET es cerrada según establece la doctrina de la Sentencia Arcelor.

La ponente considera que tanto las modificaciones operadas a través del art. 41 ET, como las operadas en el art. 82.3 ET son temporales y por ello, cuando desaparecen las causas que las propiciaron los trabajadores deben volver a sus condiciones anteriores.

Tras la reforma del 2012 se simplificó la distinción entre modificación sustancial de condiciones de trabajo individuales y colectivas del art. 41 ET. El criterio para determinar si son individuales a colectivas dependerá del número de trabajadores afectados en relación con el número de trabajadores de la empresa.

El periodo de tiempo de referencia será de 90 días, lo que causa un problema en la práctica en cuanto a las primeras modificaciones, puesto que con las últimas modificaciones no hay problema, puesto que se suman a las anteriores y si se pasa el umbral establecido serán colectivas y como no se han tramitado como tales son nulas por fraudulentas. El problema se genera con las primeras modificaciones, por cuanto en el transcurso de los 90 días se vayan sumando modificaciones que las convierten con el tiempo en colectivas y, el problema reside en el plazo para impugnar que es un plazo de caducidad de 20 días.

Las modificaciones que afecten a jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial y funciones siempre y cuando el trabajador resultase perjudicado este ten-

◆◆◆
MARÍA LUISA SEGOVIANO
Tras la reforma del 2012 se simplificó la distinción entre modificación sustancial de condiciones de trabajo individuales y colectivas del art. 41 ET. El criterio para determinar si son individuales a colectivas dependerá del número de trabajadores afectados en relación con el número de trabajadores de la empresa.

drá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

En cuanto a la tramitación, es el art. 138 LJS el encargado de regularla y establece que el plazo es de 20 días de caducidad, tanto si la modificación se ha tramitado con los tramites del 41 ET como sino, y el día a quo es desde que se notifica dicha notificación por escrito. Pero si no hay notificación por escrito no es de aplicación el plazo de 20 días de caducidad, sino que el plazo será el que establece el art. 59 ET que será de un año.

El procedimiento es urgente y preferente. La sentencia se dictará en un plazo de 5 días y es ejecutiva. Contra la misma no cabe recurso excepto para los casos de modificaciones de condiciones de trabajo colectivas.

La sentencia declarará justificada o injustificada la decisión empresarial, si la sentencia declara justificada la medida el trabajador tiene derecho a extinguir su contrato de trabajo con la indemnización de 20 días por años, con un máximo de 9 mensualidades.

- Si la declara injustificada el trabajador tiene derecho a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, y al bono de los daños y perjuicios ocasionados durante el tiempo que se ha producido efectos.

- Se declarará nula la decisión adoptada en fraude de Ley, así como cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Si el empresario no reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciera de modo irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución de la sentencia en sus propios términos y la extinción del contrato de acuerdo al art. 50.1 c) ET con la indemnización del despido improcedente.

Se distingue entre si la modificación sustancial de condiciones de trabajo es individual la cual requerirá la comunicación a los trabajadores y a sus representantes con una antelación mínima de 15 días o si es colectiva que requerirá de un periodo de consultas con los representantes no superiores a quince días. En todo caso, si hay acuerdo entre las partes podrán superarse esos 15 días para el periodo de consulta al carecer de mala fe.

En cuanto a la constitución de la comisión negociadora la misma tendrá un máximo de 13 miembros por cada una de las partes.

Los interlocutores frente la empresa serán las secciones sindicales cuando así lo acuerden y cuando la mayoría en los co-

mités de empresa o entre los delegados de personal.

En su defecto, si hay un solo centro de trabajo será el propio comité de empresa o los delegados de personal. Y si no hay representación legal de los trabajadores los trabajadores pueden crear una comisión de 13 miembros integrada por trabajadores o bien una comisión formada por 13 miembros designado por los sindicatos más representativos y que estén legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo.

Si hay más de un centro de trabajo, corresponderá al comité intercentros cuando tenga atribuida esas funciones en el convenio colectivo o a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

- Si todos los centros afectados tienen representantes, la comisión la formarán estos.
- Si unos centros tienen representantes y otros no, la comisión estará formada únicamente por los representantes de los centros que tengan, a no ser que los trabajadores de los centros que no tengan representantes prefieran designar la comisión formada por los propios trabajadores o por las personas que designen los sindicatos más representativos.
- Si ninguno de los centros tiene representantes de los trabajadores, la comisión

la formaran trabajadores de la propia empresa elegidos por los trabajadores o bien por componentes designados por los sindicatos más representativos y que estén legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo.

La comisión negociadora debe de quedar constituida antes de que el empresario comunique el inicio de la consulta. La empresa debe comunicar a los trabajadores o sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. La comisión negociadora se debe constituir en 7 días si hay representantes y en 15 si no los hay.

Hay que negociar de buena fe. Si hay acuerdo se presume que concurren las causas. Solo se podrá impugnar el acuerdo por dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Así mismo siguen teniendo el derecho los trabajadores a la extinguir su contrato si la modificación perjudica al trabajador con la indemnización aparejada de 20 días de salario por año de antigüedad, con máximo 9 mensualidades. Se pueden sustituir el periodo de consulta por procedimientos de mediación o arbitraje.

La decisión sobre la modificación colectiva deberá comunicarla el empresario a los trabajadores una vez terminado el periodo de consultas sin acuerdo y surte efectos a los 7 días de la notificación.

◆◆◆
MARÍA LUISA SEGOVIANO
Hay que negociar de buena fe. Si hay acuerdo se presume que concurren las causas. Solo se podrá impugnar el acuerdo por dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en su conclusión.

La ponente finaliza su intervención hablando sobre el control judicial de estas reformas, dado que la exposición de motivos Ley 3/2012 indica que los jueces no deberían realizar juicios de valor.

Entonces ¿Hasta donde llega el control judicial?. Nombra la STS de 27-1-2014 que sienta los criterios del control judicial que dice a groso modo que el juez no puede decidir cual debe ser la medida optima a adoptar, lo que tiene que ver es que concurran las causas sin llegar al dumping social en aras de la productividad y que se cumplan los juicios de idoneidad y proporcionalidad de la medida.

QUINTA SESIÓN: PROBLEMAS LABORALES DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA.

Moderador: Joaquín Aparicio Tovar. Catedrático de Derecho del Trabajo de la UCLM.

Ponencia: LA DESCENTRALIZACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO. Ponente: Jordi Agustí Julià. Magistrado Sala Social Tribunal Supremo.

Como datos relevantes de inicio se señala que en el ámbito de las Administraciones públicas existen más de 121.000 contrataciones, y que tras la última reforma laboral, se ha producido en dicho ámbito unos 1763 EREs.

Cuando la Administración Pública tiene necesidades de personal laboral puede cubrir las mismas a través de tres fórmulas:

- La contratación directa, según lo dispuesto en los arts. 7, 8 y 11 del EBEP.
- Utilización de fórmulas indirectas de descentralización para la externalización de los servicios.

- Acudir a empresas de trabajo temporal. Inicialmente no se había recogido expresamente esta posibilidad, aunque en la práctica se vino introduciendo hasta que la reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (operada por la Ley 53/1999), fijó los supuestos en los que se podía acudir a la contratación mediante ETTs. En tales casos, la aplicación de la garantía de responsabilidad solidaria y subsidiaria en materia de obligaciones salariales de Seguridad Social e indemnización, prevista en el art. 17.3 de la Ley 14/1994 se aplica igualmente, al margen de la condición de Administración de la empresa usuaria.

No obstante las tres posibilidades, la externalización se realiza sobre todo mediante las figuras de contrataciones y subcontratas. En este sentido, la sentencia TS de 15 de julio 1996 vino a señalar la noción amplia de empresario referida en el art. 42 del ET, que integraba igualmente a las Administraciones Públicas que realizaban contrataciones administrativas, lo que

confirma la aplicación de las garantías de los trabajadores en dicho precepto establecidas en el ámbito de la Administración Pública.

A partir de aquí, se suscitan una serie de problemas como determinar cuanto estamos ante la propia actividad, o ante distinta actividad, siendo ejemplo de la propia actividad contrataciones de limpieza viaria, jardines... y de distinta actividad el transporte de una mudanza.

Otra de las problemáticas radica en determinar cuanto estamos ante una verdadera contrata o una cesión ilegal de trabajadores. Sobre la cuestión resulta de interés la sentencia del TS de 19 de junio 2012, por la que se mantiene la cesión ilegal de un trabajador a una empresa que en el caso era la Consejería de Agricultura de la Comunidad Valenciana. En dicha sentencia se mencionan las características generales definitorias de la cesión ilegal y de las contrataciones, señalando los elementos o criterios de valoración; pero la circunstancia relevante en el caso era la atribución al trabajador de funciones como la tramitación de expedientes, la resolución de recursos, audiencias, de manera que ya no se trata de que el trabajador esté sujeto a la dependencia de la empleadora, sino que su labor se confundía con la de los trabajadores de la empleadora.

De otro lado, si la Administración tiene competencias propias y exclusivas, su ejercicio no puede ser objeto de externalización.

Igualmente, el RD Legislativo 3/2011 de Contratos de las Administraciones Públicas, especifica los servicios que se pueden externalizar. Al respecto, la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas ha realizado una serie de Instrucciones (de fecha 28 de diciembre 2012) para prevenir la cesión ilegal en la contratación administrativa, si bien, también pudiera suceder su consideración con la finalidad de enmascarar la cesión ilegal.

Igualmente la externalización puede plantear problemáticas con la sucesión de empresa. La doctrina del TS mantiene que puede producirse la sucesión empresarial en el ámbito de las Administraciones Públicas con los mismos requisitos que en el ámbito de la empresa privada, lo que exigirá la transmisión de elementos patrimoniales, por lo que no siempre una externalización de servicios va a suponer una sucesión de empresa, en este sentido, las sentencias TS de 20 de octubre 2004, y de 18 de febrero 2014 fundamento jurídico 8, apartado 12, -caso Telemadrid- donde se repasan estos temas.

En cuanto al modo en que la crisis y la reforma laboral afectan a la práctica de la externalización, debe señalarse que la existencia de déficit y las leyes de contención del gasto han llevado al rescate de contratos. El problema que se plantea con estas reversiones es si opera o no la subrogación. En prin-

◆◆◆
JORDI AGUSTÍ JULIÀ
La doctrina del TS mantiene que puede producirse la sucesión empresarial en el ámbito de las Administraciones Públicas con los mismos requisitos que en el ámbito de la empresa privada.

cipio no debería existir problema para la subrogación cuando se den los requisitos, y si no se produce la integración de los trabajadores afectados habría de acudir a las figuras del despido objetivo o colectivo. También habría que acudir a la regulación de empleo si se extinguiera la persona jurídica del contratante o la extinción de los contratos por fuerza mayor.

Como casos planteados de interés la sentencia TS de 27 de febrero 2012, declaró la existencia de fraude de ley en la amortización de puestos de socorristas, cuando al tiempo la Administración procedía a la externalización del servicio y en la que también se resuelve sobre la competencia de la jurisdicción social para el conocimiento del asunto.

La sentencia del TS de 17 de febrero 2014 por la que se declara la nulidad radical del despido por falta de negociación, que se produjo en el consorcio local de empleo para evitar, como prevenían una serie de normas, la integración de los trabajadores en el Servicio de Empleo de la Junta de Andalucía.

La sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de marzo 2013, en la que se declara la nulidad del despido realizado por la Agencia Valenciana de Movilidad por falta de negociación.

También el caso del despido que se produce ante la obligación de sucesión de la entidad que iba a imponerse por norma.

De otro lado, el TS todavía no se ha pronunciado sobre los efectos de la resolución del contrato de trabajo indefinido por vacante y no fijo, si bien, tras la reforma operada por el RD Ley 3/2012, se hace referencia a que siempre habría de acudir al despido colectivo u objetivo tal y como ha señalado obiter dicta el TS.

Segunda ponencia: OBLIGACIONES EMPRESARIALES ANTE LA DESCENTRALIZACIÓN. EN ESPECIAL, LOS DERECHOS DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES DE INFORMACIÓN Y CONSULTA. Ponente: Carlos Hugo Preciado Domenech. Magistrado Sala Social TSJ de Cataluña.

El marco legal de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores no se encuentra adaptada a los problemas actuales derivados de la descentralización productiva y a las nuevas realidades empresariales —grupos de empresas y contratas y subcontratas— en las que pueden desarrollarse estos procesos de externalización.

Junto al marco legal del Estatuto de los Trabajadores existen todo un conjunto normativo que incide en la definición del marco jurídico de las obligaciones empresariales de información

y consulta con los representantes, como la propia Constitución y la dimensión constitucional del derecho al trabajo, y el art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde el derecho a la libertad de empresa se valora con el derecho al trabajo de los trabajadores afectados

Los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores afectan a múltiples supuestos de reorganización empresarial. Su configuración general se regula en el art. 64 ET, que es la trasposición de la Directiva 2002/14 del derecho fundamental —en Derecho Comunitario— de información y consulta de los representantes de los trabajadores. Podría distinguirse entre los derechos de información activa —

derecho fundamental recogido en el art. 27 de la Carta de Derechos Fundamentales—, y un derecho de información pasiva, como derecho de configuración legal.

Una reciente STJUE de 15/01/2014 analizó la naturaleza del art. 27 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en relación con la Directiva 2002/14, y concluyó que la normativa francesa era contraria en este punto a la normativa europea, aunque señaló que ésta no es invocable en las relaciones entre particulares sin perjuicio de las re-

clamaciones indemnizatorias al Estado por falta de trasposición o trasposición incorrecta de la Directiva.

Los límites de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores son el derecho al honor, intimidad de los trabajadores y la protección de sus datos personales (así, los resultados de exámenes médicos), su utilización conforme a la finalidad para la que están orientados, el deber de sigilo (lo ha de invocar la empresa y su carácter reservado ha de ser objetivamente de interés para la empresa, pudiéndose discutir en proceso de conflicto colectivo el carácter reservado o el cumplimiento de la obligación de reserva de los representantes).

Los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores se conectan con el desempeño de sus funciones representativas y se manifiestan en determinadas situaciones que se presenta especialmente problemáticas:

- Así, en los supuestos de medidas de flexibilidad interna —modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo...— en las que no se explicita legalmente la obligación de documentación de la empresa. El período de consultas debe cumplir unos fines y se debe acudir a los documentos del RD 1483/2012, que no resultan objetivamente exigibles pero que se puede aplicar analógicamente, de forma que la entrega de esta documentación constituya un presupuesto de validez de la decisión final de la empresa.

◆◆◆
CARLOS HUGO PRECIADO
Los límites de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores son el derecho al honor, intimidad de los trabajadores y la protección de sus datos personales (así, los resultados de exámenes médicos), etc.

- También, cuando el empleador no se ajusta al modelo formal del Estatuto de los Trabajadores. Ello sucede con los grupos de empresas o las empresas en red, donde se plantean problemas relacionados con la legitimación para negociar, con el reconocimiento o no de los convenios suscritos en estos ámbitos de prioridad de aplicativa respecto a los convenios sectoriales, en temas de descuelgue, etc. ...

- En materia de contratación temporal y de contrata y subcontratas. Especialmente problemático es el control de la finalización de los contratos de obra o servicio determinado vinculados a una contrata, teniendo en cuenta que la extinción se produce ante la finalización o terminación objetiva de las actividades que constituían el objeto del contrato, y no por la mera voluntad de la principal o el acuerdo de ésta con la contratista de finalizar la contrata. En caso de contrata en grupos de empresas, es claro que la decisión de la principal no es causa que justifique la extinción del contrato de trabajo suscrito con la contratista, cuando aquélla tiene posición de dominio sobre ésta.

- En materia de trabajo a distancia (RDL 3/2012), lo que genera problemas de adscripción de los trabajadores al centro de trabajo de conveniencia de la empresa, de comunicación de los trabajadores con sus representantes que, en todo caso, ha de ser facilitado por la empresa.

- En materia de cesión ilegal de trabajadores, donde se contemplan derechos de información y consulta preventivos – arts. 42 y 64 ET, sin comprender los datos referidos a la identidad de los trabajadores, su tipo de contrato y categoría profesional, aunque resulta discutible la falta de mención de estos dos últimos datos.

- En materia de contrata y subcontratas, es muy importante la Sentencia del Tribunal Constitucional por la que la decisión de la principal que pone fin a la contrata a raíz de un conflicto laboral surgido en una contratista genera responsabilidad en aquélla en el despido de los trabajadores de la contratista.

- En aspectos relacionados con la protección de la integridad física de los trabajadores y prevención de riesgos.

- En materia de derechos de libertad sindical.

- En caso de trabajadores autónomos, se regulan obligaciones de cooperación, fijándose obligaciones adicionales de seguridad en caso de trabajos relacionados con la misma actividad de la principal.

- En supuestos de sucesión de empresas: La Directiva impone un sistema de sanciones eficaces en materia de vulneración de derechos de información y consulta en estos procesos, aun-

que los Tribunales vienen señalando que el incumplimiento de estas garantías no anula la sucesión.

- En los supuestos de flexibilidad externa –despidos objetivos y colectivos-. El control judicial de la causa extintiva implica un juicio de idoneidad y de proporcionalidad, lo que no resulta disponible por el legislador. Cuando estas medidas se plantean en un proceso de descentralización productiva, se ha de valorar la proporcionalidad de las extinciones de contratos con las modificaciones que se pretenden imponer.

En el plano de las garantías de los derechos de información y consulta, cabe los siguientes procedimientos:

- La utilización del proceso de tutela del derecho de libertad sindical, ya que aquellos derechos se integran en el contenido adicional del derecho fundamental de libertad sindical. Respecto de los representantes unitarios, se ha de tener en cuenta el criterio de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 19/12/2013, que consideró adecuado el proceso de tutela respecto de un representante unitario sindicalizado que reclamaba el reconocimiento de su derecho al crédito horario.

En este procedimiento cabe la posibilidad de reclamar indemnizaciones por daños morales ante la imposibilidad de ejercicio de la acción sindical.

- También resulta adecuado el proceso de conflicto colectivo.

- E igualmente cabe solicitar medidas cautelares, lo que resulta de particular interés en el contexto de tramitación de despidos colectivos y/o medidas de flexibilidad interna.

Se ha declarado que el período de consultas en el despido colectivo es una manifestación del derecho de negociación colectiva, lo que permite la solicitud de medidas cautelares en el proceso colectivo de impugnación del despido colectivo conforme a la previsión específica que se encuentra recogida en la LRJS. Así, en la STSJ de Cataluña de 19/01/2012, se declaró el derecho de los representantes legales que habían sido despedidos en el despido colectivo a continuar ejerciendo funciones de representación tras el despido, con la finalidad de vigilar el cumplimiento de la decisión de despido colectivo de la empresa.

Finalmente, y por lo que se refiere a la extinción de los contratos del personal indefinido de las Administraciones Públicas por la amortización de las plazas que vienen ocupando, el TSJ de Cataluña viene considerando que las producidas con posterioridad a la reforma del año 2012 deben tramitarse como despidos objetivos o colectivos, en función del número de afectados. ♦

♦ ♦ ♦

CARLOS HUGO PRECIADO
En materia de contrata y subcontratas, es muy importante la Sentencia del Tribunal Constitucional por la que la decisión de la principal que pone fin a la contrata a raíz de un conflicto laboral surgido en una contratista genera responsabilidad en aquélla en el despido de los trabajadores de la contratista.