



---

# **Universidad de Valladolid**

**Facultad de Derecho**

**Grado en Derecho**

**Título del Trabajo Fin de Grado:**

**PREFERENCIA EN EL  
MANTENIMIENTO DEL EMPLEO**

Presentado por:

***Enrique Serrano Sánchez-Cendal***

Tutelado por:

***Milagros Alonso Bravo***

*Valladolid, 4 de julio de 2022*



#### RESUMEN:

El despido y la facultad de selección de los trabajadores, es uno de los principales derechos que nuestro ordenamiento otorga al empresario en el desarrollo de su actividad empresarial.

No obstante existe una serie de delimitaciones legales que vienen a restringir dicha facultad, son pues estos mecanismos colectivos, estatutarios y jurisprudenciales los que intentaremos analizar a lo largo de este trabajo. Para así, determinar en qué medida la facultad de despido del empresario puede verse coartada.

Palabras clave: periodo de consultas, garantía de los representantes, conciliación familiar y causas económicas, técnicas o productivas.

#### ABSTRACT:

Dismissal and the power to select workers is one of the main rights that our legal system grants to the employer in the development of his business activity.

However, there are a series of legal limitations that restrict this power, and it is these collective, statutory and jurisprudential mechanisms that we will attempt to analyse in this paper. In order to determine to what extent the employer's power of dismissal can be restricted.

KEY WORDS: consultation period, guarantee of representatives, family reconciliation and economic, technical or productive causes.

## ÍNDICE:

---

Introducción:.....	5
1.-La preferencia laboral en España análisis y evolución:.....	5
2.-El despido y la facultad de selección de los trabajadores: .....	9
2.1.- El despido por motivos económicos y su interacción con el art 35 de la CE: .....	9
3.-Límites estatutarios al poder de selección del empresario: .....	17
3.1.-La necesidad de la prioridad de permanencia como garantía de la efectividad del derecho a la libertad sindical: .....	17
4.- Limitaciones colectivas al poder de selección del empresario: .....	23
4.1.- En el despido objetivo:.....	23
4.2.-En el despido colectivo: .....	28
5.-Otros límites al poder de decisión del empresario:.....	37
5.1.-La discriminación en los procesos de selección: .....	37
5.2.-El embarazo y la conciliación familiar como situaciones especialmente protegidas en el despido: .....	41
6.-Conclusiones: .....	52
7.-Bibliografía:.....	54

## Introducción:

---

El empleo como factor económico de un país, ha sufrido grandes alteraciones a lo largo de la historia, y en España no ha sido menos. Así en nuestro país los periodos de pérdida de empleo han sido muy abundantes, debido a esto se han introducido diversas medidas o mecanismos que han permitido controlar, fomentar, e incluso mantener ciertos niveles de empleo a nivel estatal.

Han sido como podremos ver a lo largo del tiempo varios los mecanismos utilizados para mantener el empleo en España.

Hoy en día y dentro del análisis que vamos a intentar realizar, nos enfocaremos en las medidas legislativas concretamente en las apreciaciones que ofrece el Estatuto de los trabajadores, las ofrecidas por los convenios colectivos, y finalmente, las aparecidas en las últimas reformas que vienen a ofrecer políticas de mantenimiento para determinados colectivos.

Son todas estas medidas restrictivas del poder de selección del empresario, y será de su confluencia donde surgirán la mayoría de conflictos y controversias laborales, que a lo largo de estudio también intentaremos analizar.

## **1.-La preferencia laboral en España análisis y evolución:**

---

Históricamente para el fomento del empleo en España han existido diversas normas legales que si bien algunas tuvieron más o menos éxito, es necesario ver aunque sea brevemente sus rasgos más característicos.

Así dentro de esta lucha de poderes que se establece entre el poder de selección del empresario, y los mecanismos de mantenimiento del empleo, en el ámbito normativo español, los mayores avances de la protección se han ubicado en el régimen del despido económico.

Es pues como se nos hace preceptivo comenzar por lo que entendemos como despido por motivos económicos, para poder así con esto, establecer bajo qué régimen se puede utilizar las medidas legislativas establecidas.

Y es que se entiende por motivos económicos aquellos motivos basados en las necesidades operativas de la empresa que como bien destaca el art 4 del convenio nº 158 OIT, `` no se podrá poder termino a la relación de trabajo de un trabajador al menos que exista para ello una causa justificada relacionada con la capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio``

Dentro de la numerosa normativa utilizada para delimitar el despido por razones económicas, cabe destacar, que las medidas utilizadas nunca se enfocaron en dar garantías sociales a colectivos sino que la mayoría de las medidas buscaron la no coacción del poder de selección empresarial.

Corresponderá pues a los poderes públicos la facultad de organizar medidas tendentes a la reinserción laboral , con planes como la prejubilaciones, incentivos fiscales o bonificaciones en las cuotas de la seguridad social para tratar de compaginar el poder de selección del empresario con el mantenimiento del empleo.

### **Evolución histórica:**

Iniciando el análisis cronológico en los años 60 proliferan ya las primeras normas como el art 15 del decreto 30/90/1972, de 2 de noviembre que viene a destacar, que ante la crisis económica el cese se llevara a efecto ``en cada categoría profesional y como norma general según el orden inverso al de la antigüedad empresarial'', sin embargo también muestra que estos criterios podrán variar según circunstancias debidamente fundamentadas. De igual manera el art 25 de la Orden ministerial 14 de noviembre de 1961, destaca en la necesidad de generar una estructura laboral completa basada en la necesidad de dar prioridad laboral a los colectivos de mayor edad.

Tras esto y consecuentemente encontramos una última legislación tardo franquista el decreto 2484/1974, de 20 de Julio que viene a especificar los términos anteriores, estableciendo como dentro de cada categoría profesional y bajo la existencia varios puestos hay que jerarquizar del modo siguiente: trabajadores con cargos colectivos de carácter sindical, minusválidos, titulares de familia numerosa, trabajadores mayores de cuarenta años y por último la antigüedad en la empresa.

Es esta norma reglamentaria la que establecerá los criterios básicos para la delimitación del poder de selección, manteniendo la posibilidad de alterar los criterios de protección a favor de la mayor antigüedad del trabajador, contenido que también establece la ley de relaciones laborales de 1976 en su art 13.

Son pues estas normas unidas a la jurisprudencia de la época como la STS 3, SECC 4,19 de abril de 1971, art 2237 o la STS de 14 de septiembre de 1973, art 4733, las que ponen de manifiesto las restricciones que tienen el empresario para la designación de los trabajadores afectados por este despido. Es pues una decisión claramente condicionada como hemos visto, no solo por la normativa, sino también por la jurisprudencia, que en casos de antigüedad autorizaría la inaplicación (del orden jerárquico de protección del decreto 2484/1974) para favorecer la jubilación de estos trabajadores mayores de 55 años, favoreciendo con ello la consecución de ciertos objetivos empresariales.

Así continuando con el análisis histórico merece la pena destacar de forma introductoria los siguientes puntos:

La legislación del Estatuto de los trabajadores:

Sera en el año 1980 cuando lleguemos a la regulación ofrecida por el Estatuto de los trabajadores, RDL 2/2012 de 23 de octubre, donde el tratamiento cambiara radicalmente.

El término que determina el problema productivo cambia ya no es crisis económica sino despido por razones tecnológicas o de causa económica, desde este punto de vista el Estatuto de los trabajadores va inhibirse de los criterios jerarquizados antes mostrados, y se va enfocar en aumentar la discrecionalidad por parte del empresario, a fin de que prevalezca el criterio de dirección empresarial.

Así es como en estos primeros años tras la aprobación del Estatuto de los trabajadores y de su reglamento, estaremos ante un panorama totalmente distinto donde el poder de selección del empresario tomaría fuerza para designar libremente a los trabajadores.

Prueba de ello son las distintas resoluciones y sentencias que vendrán a garantizar estas ideas como la resolución de la dirección general de tributos de 7 de octubre de 1985 *“la confección de las listas de los trabajadores de un expediente de regulación de empleo compete exclusivamente al poder de dirección y organización interna del trabajo en la empresa, en base a lo dispuesto en el art 20 del E.T.”*.

Así como diversas sentencias del tribunal supremo como la sentencia del 29 de enero de 1985 que afirman que el orden de prelación se ha perdido y solo se mantiene en el supuesto de los representantes legales de los trabajadores, u otras como la sentencia del tribunal supremo de 18 de enero de 1998 (Rec.3345/96, relaciones laborales, 1998-I, pag.737) que viene a mostrar la idea de que la selección de los trabajadores corresponde al empresario.

Consecuentemente vemos como existe un mayor poder discrecional por parte del empresario, que sin embargo no encuentra un sustento normativo preciso, manifestándose esta facultad organizativa como un reconocimiento implícito, que se configura como presupuesto de las reglas que estructuran el régimen jurídico de los despidos económicos.

Es pues dentro de este sistema abierto donde actuaría el poder de selección del empresario, no obstante, estas medidas operadas por el empresario a fin de garantizar su viabilidad futura pueden ser ejercitadas con arreglo al principio de control judicial, este en concreto será clave en el despido colectivo, donde deberá existir preceptivamente una fase de consultas que el empresario ha de abrir con la representación de cara a negociar un acuerdo, es pues este un escenario típico donde se ejecutan procedimientos que pueden limitar la libertad del empresario a la hora de seleccionar a los trabajadores.

Cabe considerar que dentro del despido colectivo y de su negociación, los acuerdos generalmente siguen criterios de antigüedad, siendo estos acuerdos como bien ha remarcado la jurisprudencia constitucionales y no discriminatorios, validados en números ocasiones por tribunales prueba de ello es la STSJ de CYL de 11 de junio de 1995.

Son pues estas decisiones de antigüedad como ha dicho la jurisprudencia, lógicas y rentables y que de ninguna manera, han de considerarse inconstitucionales y contrarias a criterios de eficacia del mercado.

La vulneración de los derechos fundamentales en la determinación de los trabajadores tras la entrada en vigor del Estatuto:

Dentro del poder de dirección del E.T. como bien hemos estado destacando, proliferan distintas facultades de selección del personal, no obstante es necesario destacar que ya desde primeros de los ochenta existe una amplia jurisprudencia, así como una opinión doctrinal que impide vulnerar los derechos fundamentales del trabajador.

Es pues como diversas sentencias entre las que destacamos la STC 38/1981 de 23 de noviembre, 88/1985 de 19 de junio, la STC 104/1987 de 17 de junio así como otras más indeterminadas relativas al conjunto de facultades del empresario como la STC 94/1984 de 16 de octubre o la STC 166/1989 de 26 de septiembre que igualmente destacan por la protección de estos derechos laborales.

Así a través, de la Constitución Española en su título I Derechos y deberes fundamentales art. 14, se instaura el principio de igualdad, estableciendo con ello, que las medidas del empleador en los procesos de reestructuración de los empleados nunca podrán vulnerar, los derechos fundamentales constitucionalmente atribuidos.

Sera pues este uno de los últimos temas a tratar ya que diversas reformas como el RDL6/2019 así como ciertas sentencias paradigmáticas como la STJUE de 22 de febrero de 2018 han venido a reformar ampliamente el E.T. provocando amplios cambios, sin nunca alegarse del principal objetivo de este art 14 de la CE, que es instaurar un régimen de igualdad en el estado, facultando con ello la nulidad del despido discriminatorio art 53.4 del E.T.



## **2.-El despido y la facultad de selección de los trabajadores:**

---

### 2.1.- El despido por motivos económicos y su interacción con el art 35 de la CE:

Dentro de las opciones contempladas por el E.T. para la extinción contractual destaca el art 49.1.i que establece como el contrato laboral se extinguirá por despido colectivo fundado en causas, económicas, técnicas, organizativas o de producción. No obstante el propio art 35 de la CE muestra como *“ Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.”*, produciendo pues la interacción de estos dos derechos, un gran volumen de conflictos y discrepancias entre las distintas partes.

Es necesario para la ubicación de este conflicto destacar la última reforma laboral operada a través del real decreto-ley 3/2012, de medida urgentes para la reforma del mercado laboral, y su posterior versión parlamentaria, la ley 3/2012, de 6 de julio, que destacan en ofrecer un amplio análisis sustantivo de las causas motivadoras del despido y su régimen de protección para el empleado.

Es preciso destacar previamente, el análisis del control judicial del despido económico. Si bien el control judicial de la decisión extintiva y de su razonabilidad es una exigencia que se establece por la CE, también el Convenio número 158 de la OIT ha venido a reivindicar esta necesidad de control (RCL 1982, 1548) . En nuestro ordenamiento jurídico no se admite la facultad resolutoria del vínculo laboral «ad nutum»<sup>1</sup>, sino que el régimen del despido es causal y suscitado en una posibilidad real de control judicial, cuestiones ambas que son parte del contenido esencial del derecho constitucional al trabajo.

Como hemos destacado hay una interacción entre dos derechos, uno por parte del empleador y otro del empleado, que tienen que ser perfilados, así la sentencia 22/1981<sup>2</sup>, de 2 julio (RTC 1981, 22) , declara que el derecho al trabajo reconocido en el art 35. 1 CE, establece individualmente, el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo (sí se cumplen los requisitos necesarios de capacitación) a su continuidad y a la estabilidad en el empleo.

---

<sup>1</sup> Ad nutum: de forma voluntariosa o unilateralmente.

<sup>2</sup> STC 22/1981

De igual manera la STC 192/2003 establece que tanto las exigencias constitucionales, como los compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, aunque esto no quiere decir que la facultad de despido no se enmarque dentro de los poderes que el ordenamiento concede al empresario para la gestión de su empresa.

Resultando claro que no puede deducirse de esa libertad de empresa una absoluta libertad contractual ni un principio de libertad ad nutum del despido, dado que ha de existir una concordancia entre los artículos 35.1 y 38 de la CE ubicados en un estado social y democrático de derecho. Hay que destacar la importancia de la cuestión que estamos tratando ya que la reacción frente a una decisión unilateral de despido del empresario permite al trabajador defender su derecho al trabajo y con ello también otros importantísimos derechos como el derecho a la huelga o el de sindicación.

Centrándonos en la facultad de selección de los trabajadores, es bien sabido que dentro de la actividad empresarial, el empleador posee diversas facultades, y puede que en consecuencia bajo causas económicas o productivas tener que tomar decisiones de gran importancia a nivel estructural, como podría ser el despido o el ERTE.

No obstante lo llamativo aquí es que todos estos procedimientos de regulación de empleo pueden ser avalados por unos motivos económicos, y a través de estos, optar por la cese de los empleados.

Toda decisión empresarial va a venir avalada por una casusa económica, productiva o técnica que habilitara un proceso de regulación de empleo, es con ello como debemos observar esas causas motivadoras del despido. Causas que tras la entrada en vigor del RDL 3/2012 se han modificado y en su concreción del régimen jurídico del despido colectivo se han visto sustancialmente limitadas provocando con ello una imposibilidad de interpretación.

Para ello se nos hace imprescindible analizar las principales modificaciones propuestas por la nueva reforma que se enfocan en los siguientes aspectos:

- La flexibilidad de la exigencia causal en la definición de las situaciones habilitantes para su extinción, eliminando toda referencia de racionalidad.
- La reducción en la exigencia de documentación en la comunicación inicial del periodo de consultas a la autoridad laboral y a los representantes sindicales art 7 a 9 del RDL 801/11.
- La reducción del anterior acompañamiento social de flexibilidad y recolocación interna por un plan externo.
- La supresión de la autorización administrativa para proceder a un despido colectivo, pudiendo pues el empresario, sin consulta alguna acordar unilateralmente la decisión del despido final colectivo.
- La concreción individual de los despidos con iguales exigencias formales que las extinciones individuales.

- La restricción de la impugnación judicial extintiva tan solo bajo un doble plano: la impugnación de la decisión colectiva a cargo de los representantes regulada por el art 124 LRJS (RCL 2011,1845) cuyo objeto esta constreñido a la concurrencia de la causas legal y la impugnación individual por los art 120 a 123 de la LRJS.

A partir de lo mencionado anteriormente podemos observar, como hay una mayor facilidad para la toma de decisiones empresariales que permitan un despido colectivo dando permisibilidad a este tan solo por el cumplimiento de las causas art 51.1 E.T.

Destaca además como las causas motivadoras pueden ser de carácter técnico, productivo u organizativo. Siendo las causas técnicas, cuando se producen modificaciones en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se producen modificaciones en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se producen modificaciones en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Si bien como hemos destacado las causas motivadoras del despido son claramente objetivas, aún hoy en día existen prácticas abusivas entorno a ellas.

Para ello la reforma del año 2012 habilito un contenido mucho más estricto que vino a delimitar los abusos en los despidos económicos, por ello la ley a través del art 3 del RDL 3/2012 permitió establecer la demanda fundándose en los siguientes motivos:

- a) Que no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita.*
- b) Que no se ha respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los trabajadores.*
- c) Que la decisión extintiva se ha adoptado con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.*

De igual forma viene a decir lo mismo el art 124 de la LRJS:

*«9. (...). Se declarará ajustada a derecho la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acredite la concurrencia de la causa legal esgrimida.*

No obstante en el ámbito de la protección legal, las dudas y con ello las críticas doctrinales se centran en determinar los límites del control judicial.

Actualmente la opinión preponderante para la doctrina, es que la jurisdicción social ha entendido de manera errónea las causas, estableciendo una interpretación conforme a la exposición de motivos del RDL 3/2012 que dice que *«la ley se ciñe ahora a delimitar las causas económicas, técnicas, organizativas productivas que justifican estos despidos, suprimiéndose otras referencias normativas que han venido introduciendo elementos de incertidumbre (...), tales referencias incorporaban proyecciones de futuro,*

*de imposible prueba, y una valoración finalista de estos despidos, que ha venido dando lugar a que los tribunales realizasen, en numerosas ocasiones, juicios de oportunidad relativos a la gestión de la empresa»*

Estas interpretaciones están basadas en la simple concurrencia de la causa, sin entrar en ningún tipo de control en la justificación de la medida, ni de oportunidad, ni de proporcionalidad, ni tan siquiera de la mera razonabilidad, provocando con ello que el control judicial sea exiguo.

Y es que esta restricción al mínimo del control judicial no ha provocado avenencias con algunos de los principales mandatos constitucionales como son:

- El fundamento del principio de estado social y democrático de derecho del art 35 de la CE.
- El convenio nº 158 de la OIT y sus mandatos de prohibición de despido sin justa causa y el derecho a defenderse del mismo.

Este último es de especial importancia ya que, el estado español lo ratificó en 1985 por el convenio de 22 de junio de 1982, nº 158 de la organización internacional del trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

Valiendo la pena destacar los siguientes artículos:

El art 4 que establece que *«No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio»*.

El art 8 *« El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro»*.

Y el art. 9.1. *« Los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada»*

Parece pues evidente, que existen un gran número de argumentos que hacen inadmisibles la motivación del legislador de restringir el control judicial de los despidos objetivos a la mera concurrencia de la causa, siendo necesario poner a luz distintos preceptos y mandatos constitucionales que valoren y justifiquen la necesidad de proporcionalidad y razonabilidad a la hora de interpretar la causa económica o productiva.

El conjunto de la información ofrecida por la reforma de la ley 3/2012 vino a establecer una argumentación causal al despido objetivo, estableciendo que de conformidad a los criterios establecidos en el art 51.1 del E.T. el empresario podría optar por un despido plenamente válido.

Como hemos visto, existe una gran parte de la doctrina que no entiende la reforma en sí misma, ya que, sería incongruente establecer un régimen tan beneficioso para el empresario, pudiendo optar por despidos masivos siempre que se den las causas económicas y técnicas del art 51 del E.T.

Se prevé pues una necesidad absoluta de establecer un control judicial para dar validez a las causas motivadoras de tales despidos, y es que estas causas han de poseer cierto nivel de coherencia, ya que la suspensión de toda mención en la ley no puede entenderse nunca como una desaparición de la motivación de la causa del despido.

De lo expuesto con anterioridad se han postulado diversas opiniones que hacen perceptivo un control judicial cuyo fundamento, es la protección constitucional del trabajo derivada del art 35 de la CE y el convenio nº 158 de la OIT, de 22 de junio de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

### **El poder de selección y su adscripción al poder de dirección:**

El poder de selección de los trabajadores atribuido al empresario le faculta, a poder asignar a distintos empleadores a procedimientos de regulación de empleo. No obstante, doctrinalmente este poder de dirección y la facultad de despido, se adscriben a un poder global del empresario, el poder de dirección que sería interesante tratar.

El poder de dirección empresarial es un poder autónomo, sin embargo ya hemos visto que existen ciertos límites que se atribuyen al proceso de selección de los trabajadores y que también aquí vendrían a delimitar este poder.

El poder de dirección del empresario<sup>3</sup> opera de forma autónoma como derecho inherente a su posición en el organigrama laboral, no obstante es importante delimitar aunque sea brevemente que se entiende por poder de dirección y ver así contra que disposiciones operan los mecanismos de preferencia laboral.

Este poder como bien destaca la autora María dolores Román, consiste en una multiplicidad de perspectivas que han de ser analizadas para determinar sus facultades y establecer una definición del término.

En un primera aproximación debemos comentar que el poder de dirección es un poder extenso y que en ocasiones debemos reconducir para que no distorsione otros factores de concurrencia, partiendo de este hecho podemos enfocar el poder de dirección desde distintas perspectivas.

En primer lugar, habría que exponer el poder de dirección como una manifestación de la libertad de empresa, facultando al empresario a disponer de unos factores productivos, entre los cuales destacan la mano de obra y los empleados.

---

<sup>3</sup> Román de la torre, M<sup>a</sup> d., poder de dirección y contrato de trabajo p. 15-16

Y es que los empleados, como fuerza productiva están regulados por un conjunto de derechos y libertades que les atiende, y será de este conjunto normativo de relaciones laborales el segundo aspecto que determina el perfil del poder de dirección.

Todas estas relaciones derivan en el establecimiento de un contrato de trabajo que si bien no deja de ser una pieza más dentro del sistema de relaciones laborales, actúa también como un muro de contención técnico ante pretensiones abusivas del poder de dirección.

Finalmente como ultima perspectiva cabria analizar la propia organización de la empresa, una organización que es la que se expresa a través de la relación individual con el empresario y provoca que la dirección actué como una facultad ordenadora más de entre las diferentes prestaciones o poderes del empresario.<sup>4</sup>

Por lo que en definitiva existe una concepción clásica que está delimitada por el propio contrato, las relaciones laborales y el poder de dirección plasmado por la empresa, que van a determinar la facultad del empresario.

Es pues como dentro de este poder ciertamente extenso donde vamos a poder concretar alguna de sus principales características.

Para ello veremos a continuación las principales características de este poder y los limites convencionales al mismo:

La irrenunciabilidad, esta se postula como uno de las mayores características propias del poder de dirección, si bien no existe una concreción como la establecida para los derechos laborales de los trabajadores (art3.5 del E.T.)<sup>5</sup>. Esta se acomoda a la Constitución, entendiendo que el núcleo estricto del poder directivo se articula en torno al marco económico diseñado en la constitución.<sup>6</sup>

Dentro de la irrenunciabilidad de este poder también se ha ofrecido como fundamento la imposibilidad de modificación vía convenio laboral, y es que los poderes empresariales nunca pueden ser anulados por el ejercicio colectivo, estableciéndose como nulas todas las cláusulas colectivas que imposibiliten el ejercicio de este poder.<sup>7</sup>

Es en consecuencia una facultad inatacable en sentido estricto, ya que si bien se pueden delimitar ciertos aspectos o elementos, la afectación nunca puede llegar al núcleo del mismo, por lo cual no se puede delimitar el poder genérico de dirigir y controlar la actividad laboral, incluyendo con ello la potestad disciplinaria.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Román de la torre, M<sup>a</sup> d., poder de dirección y contrato de trabajo p. 17-18

<sup>5</sup> MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo, Madrid, Tecnos, 25<sup>a</sup> ed., 2004, p. 224.

<sup>6</sup> MONTOYA MELGAR, A., última obra citada, p. 151.

<sup>7</sup> RIVERO LAMAS, J., «Modificaciones de las condiciones de trabajo», en AA VV, Comentarios a las leyes laborales, Tomo VIII, Madrid, Edersa, 1988, p. 153.

<sup>8</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M<sup>a</sup> D., Poder de dirección y contrato de trabajo, Valladolid, Ediciones Grapheus, 1992, p. 399.

Consistirá ahora pues en una vez identificado la indisponibilidad por parte de la negociación colectiva, encontrar una fundamentación jurídica, la cual la podemos ver en la propia norma estatutaria, ya que en los artículos 1.1, 5.1 a y c y en el art 20.1 del E.T., se establecen unos preceptos que protegen a la figura del empresario, su ámbito de organización y dirección posibilitando además que el empleador emita órdenes e instrucciones para su protección 5.1 c) y 20 E.T.<sup>9</sup>

Es importante destacar la referencia al artículo 1.2 del E.T., y como al referenciar este, el art 1.1 del E.T. refleja la dependencia que existe entre el trabajador asalariado y el empresario, y es que el concepto de dependencia es fundamental para la identificación del poder de dirección estableciendo con ello, que bajo un régimen de dependencia, ajenidad y retribución se pueda establecer un concepto preciso de la facultad de dirección que pueda formar parte de la estructura institucional del derecho del trabajo.

Es clave pues que todo poder de dirección y de subordinación se establezca en el contrato de trabajo como documento en el que se posicionan las partes. Determinando un deber de obediencia hacia el empresario por parte de la facultad activa del poder de dirección.<sup>10</sup> Es igualmente importante destacar, que esta atribución no vendrá solamente en vía laboral sino que la propia constitución atribuye un derecho a la libertad de empresa facultando con ello a que el empresario pueda disponer jerárquicamente de distintos poderes para la búsqueda de sus objetivos económicos.

Por lo consiguiente, se postulan dos fundamentos a este poder de dirección: Por una parte, la libertad de empresa del art 38 CE, que reconoce al titular jurídico de la empresa como persona capaz para establecer la estrategia de funcionamiento de la empresa, y por otra parte, su fundamento en el contrato de trabajo como título jurídico que legitima al empresario en su funcionamiento empresarial.<sup>11</sup>

Las diversas manifestaciones del poder de dirección:

Se ha mencionado que el poder de dirección precede de una relación de dependencia. Por otra parte, el Estatuto establece una atribución específica en el art 20 donde señala que «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario».

---

ALONSO OLEA, M., Ley y autonomía colectiva, Madrid, MTSS, 1987, pp. 281 y 282

<sup>10</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M<sup>a</sup> D., ob. cit., p. 73.

<sup>11</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J., ``Derecho del Trabajo``, Madrid, Techos, 17<sup>a</sup> ed., 2008, p. 246.

Sin embargo, el amplio poder de dirección tiene diversas manifestaciones entre las cuales cabe destacar:

- Las complementarias: Que vienen a reforzar su potestad genérica de dar órdenes e instrucciones, estas son la facultad de vigilancia y de control del 20.3 del E.T. , la verificación de enfermedad o accidente laboral del 20.4 del E.T., así como, la inviolabilidad del trabajador del art 18 del E.T..
- Las no complementarias: Que viene a incidir en disposiciones específicas que el Estatuto otorga al empresario como son, la movilidad geográfica del art 39 del E.T., la movilidad funcional art 39, la modificación sustancial de las condiciones laborales art 41 del E.T., la suspensión y extinción laboral art 49 E.T., el poder disciplinario art 58.1 del E.T. y la facultad máxima de despido disciplinario del art 54 E.T.

No obstante, pese ser catalogadas algunas de estas manifestaciones como poderes extraordinarios del empresario (art 39 y 41 del E.T.), son atribuciones propias del poder de dirección del empresario, que sin embargo, en determinadas ocasiones pueden estar delimitadas por las capacidades de organización de los representantes.<sup>12</sup>

Habiendo determinado el poder de dirección circunscrito al art 20 del E.T. se nos hace imprescindible, enfocarnos en alguna de las amplias atribuciones que este derecho posee, así deberemos a continuación estudiar más detalladamente si existe alguna limitación legal al poder de selección del empresario.

---

<sup>12</sup> MONTOYA MELGAR, A., manifestaciones del poder de dirección, pp. 577 y 578



### **3.-Límites estatutarios al poder de selección del empresario:**

---

#### **3.1.-La necesidad de la prioridad de permanencia como garantía de la efectividad del derecho a la libertad sindical:**

Únicamente existe un límite legal estatutario al poder de dirección del empleador en nuestro ordenamiento jurídico y es el que habilita la preferencia hacia los representantes de los trabajadores.

Este límite se establece en los arts. 52 y 68 del E.T.:

El artículo 52.c E.T. establece que los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa «en el supuesto a que se refiere este apartado», es decir, en la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.

El artículo 68.b E.T. establece como segunda garantía de los representantes de los trabajadores la «prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas»

Además existe una recomendación de la OIT la nº 143 que es la primera conferencia que pone sobre el papel la importancia de garantizar la función de representación.

Parece pues evidente, que no hay ninguna ley que delimite la garantía de preferencia de los representantes en nuestro ordenamiento. Por lo que su alcance, como así lo ha remarcado la jurisprudencia, llegará hasta donde ejerza la representación.

Provocando que un trabajador no adscrito inicialmente al centro de trabajo afectado (en el proceso de selección) pueda verse inmerso en este si el representante en su ejercicio abarca su centro o unidad productiva.

*Prueba de ello es la STS, sala de lo social de 30 noviembre 2005 que establece:*

*«Esto obliga a que, por la lógica de la sustitución, pueda resultar afectado por la causa extintiva quien objetivamente no lo estaría en principio, pues si la empresa, para respetar la garantía tiene que emplear al representante en otra unidad productiva - otra estación de servicio en el caso decidido-, esto llevará normalmente consigo que un trabajador de esa unidad productiva pueda resultar excedente, si no hay vacante y su puesto de trabajo es asignado al representante.»<sup>13</sup>*

---

<sup>13</sup> los preceptos citados señalan que la conservación del puesto de trabajo que resulta de la aplicación de la preferencia se extiende a la empresa o al centro de trabajo y éste será en principio el ámbito de afectación, aunque esta mención alternativa -empresa, centro de trabajo- juega como una referencia a la conexión entre la garantía y el ámbito de la representación del trabajador STS de 30 noviembre 2005 .

Y es que el Estatuto dota a esta garantía de una función muy clara, establecer un medio para la efectividad de la libertad sindical, posibilitando la permanencia y el reconocimiento sindical de los trabajadores.<sup>14</sup> Es pues un poder que ostentan los representantes frente a determinadas decisiones empresariales, para impedir así que los trabajadores queden privados de su derecho de representación <sup>15</sup> y de su derecho a la libertad sindical.

Es por ello que debemos matizar que esta preferencia se faculta como una prioridad no solo frente a los trabajadores de una misma categoría, sino que puede hacerse efectivo acudiendo a la movilidad funcional, pero siempre bajo cierto grado mínimo de idoneidad.<sup>16</sup>

Siguiendo la línea de lo comentado vemos como se trata de una confluencia de garantías entre las del empresario y las del representante con el objetivo de mantener a este activo para la protección de los derechos laborales.

Existe una serie de caracteres propios de esta garantía estatutaria que habilita una preferencia frente al despido. Para ello, sería interesante comentar la STS de 30 de noviembre de 2005:

Esta sentencia trata sobre el cierre de una gasolinera extremeña, donde el fundamento del litigio se centra en saber si el representante laboral de dicha empresa podría obtener la garantía de preferencia en el mantenimiento del empleo en perjuicio de los trabajadores de otra gasolinera del mismo grupo.

Lo interesante de esta decisión, es que en primer lugar la defensa del representante no se centra solo en un solo precepto normativo sino que versa entre varios, entre ellos:

- El artículo 52.c E.T. (RCL 1995, 997) que establece que los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa «en el supuesto que se refiere este apartado», es decir, en la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas.
- El artículo 68.b E.T. que establece como segunda garantía de los representantes de los trabajadores la «prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas»
  
- También destaca que esta garantía actuaría: En la movilidad geográfica (art. 40.5 E.T.), en el de las suspensiones contractuales por razones productivas

---

<sup>14</sup> Así lo establece la STS de justicia de Cataluña, sala de lo social, de 22 de abril de 2008,

<sup>15</sup> STSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 25 julio del 2008. «La prioridad de permanencia en la empresa a favor de los representantes de los trabajadores en el caso de despido objetivo que consagran los artículos 51.9 , 52 c) y 68 b) del Estatuto de los Trabajadores tiene un carácter instrumental de garantía del desempeño de sus funciones representativas

<sup>16</sup> Así lo vemos en la STSJ Cataluña, sala de lo social, de 22 de abril de 2008, la STSJ de Cataluña, sala de lo social de 22 de abril de 2008 o la STSJ Asturias

(arts. 47 y 51. 7 E.T.) en el del despido colectivo y fuerza mayor (art. 51 E.T.) y por último, en la extinción por causas objetivas [ art. 52.c) E.T.].

Igualmente esta sentencia comenta una serie de ideas que aunque ya las comentamos, son necesarias hacer especial hincapié en ellas.

Desde un punto de vista operativo se centra en destacar:

Como la preferencia no solo se otorga para un determinada unidad productiva o centro de trabajo sino que también esta se puede extender hacia otros perfiles donde opere la representación de los trabajadores, así también lo muestra la STSJ Cataluña 20 febrero 1998 ( AS 1998, 1485) que contempla el supuesto en que el cese de miembros del comité de empresa se produce porque prestaban servicios en la sección de producción de en una factoría de la empresa, que había perdido de forma progresiva los pedidos, reduciendo el personal. Se invocó también en este caso la garantía de prioridad de permanencia y la sentencia entendió que dicha garantía era aplicable, pues no debía *«ceñirse a la sección que se desmantela y a los trabajadores que en ella están»*, sino que *«cabe extenderla a los trabajadores de la fábrica»* respecto a los puestos de trabajo en los que por existir homogeneidad pueden ser desempeñados por los representantes.

Así esta garantía se puede aplicar no solo en la empresa o centro de trabajo oportuno donde se produce el despido sino que puede operar en distintas modalidades. Además, puede extenderse hacia otros trabajadores, siendo pues aplicables ante despidos individuales, plurales y colectivos en los que existe homogeneidad en la prestación del servicio.

Así mismo, no solo abarca distintas modalidades de despidos sino que también prolifera hacia aquellos puestos de trabajo que permanecen en la empresa y no pertenezcan a la categoría profesional del representante. Pudiendo con esa movilidad abarcar puestos de trabajo inferiores en virtud de su categoría. No obstante siendo imposible amortizar su mismo puesto de representante.

Desde un punto de vista funcional la sentencia muestra:

Como la garantía opera en pervivencia del contrato. Es decir, bajo la continuidad de algún puesto laboral y que además se instaura en un régimen de silencio negativo teniendo que demandar el representante de forma unilateral su voluntad de tomar ese puesto. Es pues una preferencia que actúa bajo voluntad del representante validándose únicamente si puede realizar el trabajo sin reducir su rendimiento.

Es pues a modo de síntesis la idea fundamental de la sentencia la de remarcar que si bien no hay ninguna normativa que delimite el alcance de esta garantía, esta operara siempre conforme el ámbito de la representación del trabajador, de forma que si éste se extiende a la empresa aquí operara la garantía, mientras que si se trata de un centro de trabajo tendrá que limitarse a éste. Siendo siempre una consecuencia indirecta el beneficio laboral para el representante, en detrimento del resto de los trabajadores.

Alejándonos un poco de esta sentencia merece la pena destacar algunas precisiones temporales de esta garantía estatutaria.

Precisiones a nivel temporal:

Las nociones básicas entendidas por la doctrina remarcan una protección del representante legal elegido durante su mandato y durante el año siguiente a la expiración del mismo<sup>17</sup>, no obstante parte de la doctrina es crítica con esta idea estableciendo que solo opera bajo el régimen legal de representación.

Más complejo no obstante es la determinación de la protección bajo procesos electorales, cuestión que dependerá de si la suspensión del contrato se produce antes de la elección, o si la elección tiene lugar con posterioridad a la decisión empresarial.

Para el primer caso se considera que la garantía es eficaz y alcanza a los representantes de los trabajadores bajo tal circunstancia, sin constituir una aplicación retroactiva del derecho y en el segundo caso la aplicación de la garantía en tal caso sería retroactiva, además destaca la doctrina que la protección en el proceso electoral abierto dependerá del caso específico, estableciendo que en algunos casos solo obtenga esta garantía los candidatos o los representantes electos.<sup>18</sup>

Además, la directiva 2001/23/CE remarca la necesidad de establecer un régimen especial para los trabajadores que han sufrido un proceso de fusión o absorción estableciendo que la garantía representativa se conserve hasta la elección de los nuevos representantes.

Finalmente como últimas notas de esta garantía merece la pena destacar ciertas particularidades que en la práctica laboral no han estado exentas de críticas.

Las precisiones subjetivas:

Así la preferencia mantenida en el art 52.c y el 68 del E.T. de los trabajadores ha de ser precisada, estableciendo que no solo se encuentren afectados los representantes unitarios sino que también estarán beneficiados por esta garantía los delegados del personal, los miembros del comité de la empresa, los representantes sindicales art 10 ,LOLS y los delegados de prevención art 37.1 LPRL.

Entendiendo en estos casos la doctrina como la preferencia se estipulara en primer lugar para aquellos en los que concurra la triple condición de representante unitario, sindical y delegado, posibilitando posteriormente aplicar otros criterios como la prioridad temporal, los votos obtenidos...

---

<sup>17</sup> 7 STSJ Andalucía, de 30 de marzo 2001 , rec. núm. 81/2001

<sup>18</sup> SSTSJ Andalucía, de 4 de mayo de 2011 , rec. núm. 631/2011; STSJ Castilla y León, de 17 de julio de 1995.

A continuación detallaremos la ultimidad, que es una de las principales características de esta garantía , que establece que la preferencia de los representantes hacia unos puestos de trabajo pueda ser siempre revisada a fin de abarcar aquellos puestos donde el representante opere y pueda realizar la labor sin reducir el rendimiento.<sup>19</sup>

En último lugar los efectos de la violación de la preferencia conllevaran la existencia de un despido improcedente, a no ser que se verifique la vulneración del quebrantamiento del derecho a la libertad sindical<sup>20</sup>, generando con ello la nulidad del despido. No obstante para el representante en los casos de improcedencia siempre se le dará la opción entre la readmisión laboral y la indemnización (art 56.4 del E.T.)

Síntesis de la prioridad de los representantes de los trabajadores:

Hemos podido comentar que el motivo esencial y la necesidad de articular esta protección para los representantes, no es otra que la defensa de los derechos colectivos, sin embargo entrando en materia propiamente estatutaria vemos:

Que la prioridad entendida como tal en el despido por motivos económicos encuentra su aplicación para los dos tipos de despidos referenciados en el Estatuto de los trabajadores, el despido colectivo art 51.7 E.T. y el despido objetivo 52.c del E.T.

Esta prioridad no hay que entenderla como un privilegio total sino que hay que entenderla como una tutela para los representantes, como bien ha venido remarcado la jurisprudencia STC 191/1996, siendo pues una actuación de forma diferente, que no opera dentro de unidades productivas amortizadas, y que no se adscribe al centro de trabajo donde cumple su función profesional, sino también se expande hacia todos aquellos con similares características (pero donde también cumple con su función colectiva).

En lo relativo a los agentes que pueden sufrir esta preferencia ya hemos destacado que pueden ser varios: tanto los representantes unitarios o electivos del personal, los delegados sindicales, los representantes sindicales y los delegados de prevención.

Lo que no esta tan claro es el momento en el que pueden ejercer dichos representantes esta preferencia, destacamos como la idea puede variar en función de la modalidad de despido, si este es colectivo la preferencia habrá de establecerse con posterioridad a la decisión administrativa y tendrá que establecerse en función de la decisión empresarial que ampara los efectos del despido.

---

<sup>19</sup> TUDELA CAMBRONERO, G., ``Las garantías de los representantes de los trabajadores´´, cit. p. 235.

<sup>20</sup> En este sentido, la posición jurisprudencial es unánime así lo muestra STSJ de Andalucía, Málaga Sala de lo Social, de 30 marzo del 2001

Además no solo ejercen esta garantía de prioridad los representantes efectivos, sino que también la jurisprudencia entendió que hay casos donde de esta acción se benefician todos aquellos que sean suplentes, así como aquellos que sean candidatos electos (STSJ Madrid, de 9 de abril de 1992).

Este privilegio no suele tener carácter retroactivo por lo que el representante que hubiese sido suspendido anteriormente por vía administrativa, no podría gozar de dicha ventaja.

Cabe destacar la pertenencia (del representante) al grupo profesional, como elemento clave que viene a establecer un obstáculo insuperable por parte del empleador ya que al pertenecer a ese grupo profesional y ejercer solamente ahí su función de representación se deberá siempre dar preferencia al representante.

Finalmente para acabar de analizar el despido económico hemos remarcado que su aplicación viene determinada por los dos tipos que establece el Estatuto, el despido colectivo y el despido objetivo. Siendo en el despido colectivo, como bien pone de manifiesto el art 51 del E.T. un control bajo la vía del consenso, ya que es a través del acuerdo lo que va a permitir designar a los trabajadores que permanecerán, los que no y los que podrán acceder por prioridad.

No obstante no es solo el acuerdo, lo que va a permitir un mayor control sino que todo ese acuerdo va a estar posteriormente supeditado a la aprobación por la autoridad laboral, siendo pues con el periodo de consultas, la aprobación del acuerdo, su posterior control y el acto administrativo, un proceso mucho más garantista. Sin embargo, en contraposición destacaría el despido objetivo, que al no tener periodo de consultas, ni acuerdo, ni autorización, solo cabría un control vía judicial de forma posterior a la designación.

#### 4.- Limitaciones colectivas al poder de selección del empresario:

---

Como hemos visto dentro de las apreciaciones que muestra el Estatuto de los trabajadores, establece dos mecanismos que facultan al empresario para prescindir de sus trabajadores por motivos económicos, el despido objetivo y el despido colectivo, es ahora cuando vamos a encomendarnos a realizar un análisis más exhaustivo de las particularidades que estos ofrecen.

##### 4.1.- En el despido objetivo:

Vemos pues como dentro del despido objetivo expuesto por el Estatuto en el art 53, se establecen una serie de particularidades, entre las que destacan las siguientes:

Se observa:

- *Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.*
- *Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.*
- *Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo.*
- *Durante el periodo de preaviso el trabajador, o su representante legal si se trata de una persona con discapacidad que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo*
- *Contra la decisión extintiva podrá recurrir como si se tratase de despido disciplinario*
- *Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.*

De la síntesis de este art 53 del E.T. vemos como todo despido lleva aparejado una serie de garantías insalvables, como son la comunicación escrita de la causa, la indemnización, el pre aviso de 15 días, la facultad de búsqueda de trabajo y la posibilidad de recurrir la decisión.

Son pues un grueso normativo bastante amplio que vienen a remarcar que si bien es una decisión plena del empresario esta se tiene que dar por unos cauces legales establecidos, es ahora pues donde analizaremos algunas particularidades de este régimen.

Dentro de los amplios conflictos que se han producido en materia de despido objetivo, parte de la doctrina no duda en destacar como una de las materias más importantes es la derivada de la comunicación al trabajador.

No obstante previo al análisis de este requisito formal merece la pena destacar que su tratamiento ha cambiado a raíz de la ley 35/2010, la cual reduce los casos donde el despido debe ser catalogado como nulo, estableciendo que todo falta de comunicación formal sea catalogada como despido improcedente y no nulo, dejando esta calificación para los supuestos más graves del art. 53.4 del E.T.

Será pues a raíz de esto como valoráramos esta coyuntura, para ello no enfocaremos en la STS de 7 de marzo de 2011, que en vía de casación para la unificación de doctrina nº 2965/2010, califica como nulo un despido por la falta de comunicación escrita (de la extinción contractual) a los representantes de los trabajadores, ofreciendo los siguientes argumentos:

- *1.- Que en el art 53.1.c se faculta la entrega de una copia al representante legal de los trabajadores para su conocimiento, y no la comunicación por preaviso.*
- *2.- La comunicación para cumplir con el objetivo ha de ser por escrito por parte del empresario.*
- *3.- El incumplimiento de las obligaciones por el empresario conllevará que el despido sea calificado como nulo.*

Centrándonos en el caso que nos ocupa, vemos que este parte de una calificación como despido procedente que realizan, tanto el Juzgado de lo Social de Valencia en 17 de noviembre de 2009, como el TSJ de la Comunidad Valenciana en 2010, que coinciden en establecer que la mera comunicación verbal del acto extintivo a los representantes es suficiente para cumplir con la finalidad del art 53.1.c (el preaviso).

Es pues dado su descontento, como el trabajador viendo la contrariedad con la STS de 18 de abril de 2007 acude en casación para determinar que la información verbal, no es suficiente y consecuentemente ha de ser una comunicación escrita la preceptiva.

Con todo esto y viendo que efectivamente solo hubo una comunicación de carácter verbal al Comité de Empresa, que el tribunal supremo admite a trámite el recurso, no sin mostrar antes discrepancias vía voto particular ,estableciendo el juez que en su opinión, un conocimiento regular no podría ser nunca asemejado al desconocimiento y con ello sancionarse de igual manera.



Es importante antes de acabar con el caso en concreto analizar por qué se contempla la opción del despido objetivo<sup>21</sup>, y es que es necesario destacar como la distinción entre el despido objetivo y el colectivo se hace por el volumen de trabajadores de dicha empresa, es lógico que ante una empresa de grandes dimensiones optemos por el despido colectivo el cual conllevara distintas especificaciones en términos de días y de volumen de empleados.

De ahí que la legislación laboral señale que el despido será colectivo, cuando en un periodo de 90 días, las extinciones afecten a 10 trabajadores en las empresas que ocupen cien trabajadores, al 10 % de trabajadores en las empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores o 30 trabajadores para los demás casos.

Es pues este un criterio diferenciador que viene a asimilar como el despido colectivo se asemeja a niveles productivos mayores y como este dado su alto volumen puede necesitar de otros requisitos que el despido objetivo no contempla. No obstante es importante que en todo despido por razones económicas se aplique la ley de cara a garantizar los intereses de los trabajadores, evitando que el empresario recurra a esta forma de extinción en abuso legal.

Retomando la idea propuesta, está claro que como atribuye el art 53.1.c del E.T. ha de existir una comunicación a los representantes para hacer valido el despido, no obstante surgen muchas dudas más allá de su carácter escrito u oral.

No siendo pues esta una cuestión ni clara ni fácil, ya que la misma jurisprudencia otorga soluciones distintas no sabiendo si es preceptiva la carta o es posible también una comunicación más informal.

Además destaca como la jurisprudencia ha establecido distintas variantes del momento de la notificación, prueba de ello es la STS de Madrid, de 22 de Febrero de 2010, que entre otras destaca como la comunicación se puede realizar antes, simultáneamente, o después de que se haya notificado al trabajador afectado, si bien en el caso de que se haga después la notificación no deberá favorecer a la aplicación de los límites cuantitativos del despido.

Es así que partiendo, de que el momento de la notificación se encuentra ciertamente indeterminado, como parte de la jurisprudencia también no determina de forma objetiva la necesidad de notificación escrita o no, algunas sentencias como la STSJ de Galicia , de 21 de abril de 2010 interpretan que la comunicación a los representantes de los trabajadores debe realizarse por escrito, no obstante hay otras (sentencias) que vienen a remarcar opiniones distintas (menos formalistas) como es la STSJ de Cataluña de 9 de febrero de 2011, que establece que con la lectura ante la presencia de los representantes de los trabajadores valdría .

---

<sup>21</sup> Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.: “Lo individual y lo colectivo en el despido objetivo”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1996, pp. 99

Será pues dentro de este panorama donde surgirán las principales controversias, que en atribución a los arts. 53.1. C y el 64 del E.T establecerán que bajo la presencia del comité de empresa, la comunicación verbal será efectiva, ya que al tener dicho comité, una información completa acerca del estado de la empresa, la mera comunicación hacia él formalizaría el deber de comunicación.

A modo de síntesis vemos como la opinión admite claramente discrepancias en torno a la formalidad de la comunicación, no obstante si nos encontramos ante una empresa sin representantes de los trabajadores toda la información ha de ser preceptivamente notificada de forma escrita siendo pues la única forma de controlar el acto extintivo.

Efectos de incumplimiento formal en el despido objetivo por razones económicas:

Como ya pudimos comentar en materia laboral el despido objetivo<sup>22</sup> sufrió una gran alteración tras la entrada en vigor de la ley 11/1994 y la ley 35/2010 que en gran medida atemperan los casos donde el despido debe calificarse como nulo, ampliando los supuestos de aplicación del despido procedente e improcedente.<sup>23</sup>

Es pues tras esa reforma del año 2010 donde los supuestos de aplicación que determinaba el despido nulo ahora van a tener otra carácter, generando que, la falta de comunicación a los representantes tenga ahora la consideración de despido improcedente, y la falta de preaviso o error en la indemnización sea ahora considerado como error procedente y no improcedente.

Es pues una reforma que ha otorgado una mayor rigidez a los despidos objetivos, reduciendo la nulidad a los supuestos más graves como los son los art 53.4 del E.T. y el 122 LPL, que conectan las decisiones con medidas discriminatorias o contrarias a los derechos fundamentales.<sup>24</sup>

No obstante esta reforma no estuvo exenta de críticas ya que mostraba como la discrecionalidad aumentaba, y como en la medida que no había notificación a los representantes<sup>25</sup> no existía adaptación del empresario a las condiciones del mercado, por eso parte de la doctrina sigue con la corriente propuesta hace años como la expuesta por la SSTS de 18 de abril de 2007, que viene a remarcar la idea de que al haber incumplimiento formal la sanción debería ser la nulidad, generando que la falta de comunicación hacia los trabajadores no podía generar otra calificación.

---

<sup>22</sup> Igartua Miró, M.T.: “Requisitos formales del despido objetivo”, en VV.AA.: El despido: análisis y aplicación práctica, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 446.

<sup>23</sup> García Fernández, M.: “La extinción de la relación laboral en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, Actualidad Laboral, nº 30, 1994, pp. 121

<sup>24</sup> Igartua Miró, M.T.: “Requisitos formales del despido objetivo”, en VV.AA.: El despido: análisis y aplicación práctica, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 446

<sup>25</sup> Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M.: “Lo individual y lo colectivo en el despido objetivo”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1996, pp. 99.

Por otra parte también hay expertos que catalogan la falta de preaviso como una cuestión de improcedencia y no de nulidad, ya que la falta de preaviso no anula la extinción, por lo que tampoco debería comportar la nulidad del caso. Y es que concretamente el problema lo encontramos en la redacción formal del propio E.T. (53.1c) que solo obliga al traslado de un preaviso sin que eso determine la obligatoriedad de la entrega de la carta de despido.

Además una de las mayores críticas que se han producido sobre la obligación formal de comunicación es el plazo de comunicación, cuya concreción ha quedado al arbitrio de los tribunales provocando con ello cierta inseguridad.

Y es que las soluciones otorgadas por los tribunales tampoco se encuentran exentas de críticas ya que sus opiniones son ciertamente dispares, de una lado algunos pronunciamientos como la STSJ de Galicia , de 21 de abril de 2010, interpretaron que la comunicación a los representantes de los trabajadores debe realizarse por escrito dado que la información meramente verbal no garantiza la función de vigilancia que los representantes de los trabajadores desempeñan en los despidos objetivos por causas económicas, por otro lado hay otros pronunciamientos menos formalistas que avalan la comunicación exigida por el art 53.1 c del Estatuto validando la entrega de la carta (de despido) con lectura pública ante los representantes.<sup>26</sup>

Es pues ahora con el paso del tiempo, como esta reforma todavía obtiene un gran número de detractores, generando con ello dudas sobre su finalidad y utilidad para el control.

---

<sup>26</sup> STSJ de Cataluña, de 9 de febrero de 2011 (AS 1412/2011). Del mismo modo, esta interpretación también se sigue en la STSJ de Islas Baleares, de 23 de septiembre de 2010 (AS 1936/2010), donde la dirección de la empresa explicó verbalmente los motivos del despido objetivo, haciendo un breve resumen de las causas, y leyó las comunicaciones preparadas para entregar a los trabajadores, en presencia de los representantes de los trabajadores

#### 4.2.-En el despido colectivo:

La negociación colectiva juega un papel fundamental a la hora de limitar la capacidad de selección del empresario, y puede afectar tanto al ámbito de la negociación del convenio como al periodo de consultas del despido colectivo, ya que como establece el art 51.2 del E.T. «*durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo*», siendo el objetivo de este periodo de consultas estudiar las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias sociales.

Con todo, son escasos los supuestos en el que los convenios colectivos prevén criterios de elección previsible ante un hipotético despido colectivo, ya que la negociación colectiva no ha podido servirse de las oportunidades ofrecidas por el E.T. e introducir criterios de selección según circunstancias y características subjetivas de los trabajadores.

Así la mayoría de los convenios no establecen más referencia que la prioridad ofrecida a los representantes legales, siendo escasos los convenios que ofrecen otro criterio de selección, como la antigüedad, la edad de los trabajadores, la condición de minusválido, el tener cargas familiares o ser familia numerosa.

No obstante dada la importancia sectorial que posee alguno de ellos se nos hace imprescindible destacar alguno de ellos. Dentro de los convenios básicos que muestran una única preferencia hacia los representantes de los trabajadores cabe destacar entre otros:

XVII Convenio Colectivo general de la industria química, de 26 de marzo de 2013 (RCL 2013, 533) ; Convenio Colectivo estatal del sector de las industrias cárnicas, de 15 de enero de 2013 (RCL 2013, 129) ; Convenio Colectivo estatal del sector de las industrias lácteas y sus derivados, de 25 de abril de 2013 (RCL 2013, 712) ; Convenio Colectivo para la Industria de fabricación de alimentos compuestos para animales, de 2 de noviembre de 2012 (RCL 2012, 1590); Convenio Colectivo estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales, de 23 de julio de 2012 (RCL 2012, 1158).

Son pues todos ellos convenios sectoriales muy importantes a nivel económico y social, que no han establecido otros criterios de selección más que la preferencia a los representantes del art 52.c y del 68 del E.T.

Sin embargo, existe un reducido número de convenios que si otorga un criterio especial de protección, así VI Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, de 25 de abril de 2012 (RCL 2012, 690), establece una especial protección hacia las personas de mayor edad.

XIV Convenio Colectivo interprovincial para el comercio de flores y plantas, de 16 de abril de 2012 (RCL 2012, 616); Convenio Colectivo de entrega domiciliaria, de 22 de abril de 2009 (RCL 2009, 958), que establecen como orden de prioridad, aunque referido al traslado forzoso, «1.Trabajadoras embarazadas. 2. Representantes de los trabajadores. 3. Trabajadores/as con cargas familiares».

Así como el Convenio Colectivo de empresas de elaboración de productos de mar con procesos de congelación y refrigeración, de 10 de marzo de 2011 (RCL 2011, 589) que establece una orden de prioridad para los trabajadores en condición de minusvalía.

El VI Convenio Colectivo sectorial, de ámbito estatal, de las administraciones de loterías, de 23 de julio de 2012 (RCL 2012, 1137), que establece un orden de precedencia a los trabajadores de familia numerosa.

Es así como entendemos que los convenios colectivos cumplen en determinados sectores una importancia fundamental, ya que la práctica laboral en él ha exigido que los trabajadores se protejan ante la facultad de selección del empresario.

Resulta pues fundamental establecer que tras la reforma del año 2012, la facultad de selección de los trabajadores se ha visto ciertamente coartada, al introducir expresamente en art 51 del E.T., la opción de que de la negociación colectiva o del periodo de consultas se permitan establecer criterios de selección para delimitar ciertos costes sociales y también permitir una protección especial a ciertos colectivos.<sup>27</sup>

No obstante resulta relevante destacar, que su evolución en el despido colectivo siempre se ha visto altamente formalizada. Ya que al ser un proceso de carácter social en la mayoría de sus fases han intervenido órganos laborales y trabajadores a fin de lograr una solución consensuada.

Sera pues como necesitaremos ver aunque sea brevemente el funcionamiento del proceso de negociación colectiva, para así comprender que se trata de un proceso muy garantista.

---

<sup>27</sup> GINÉS I FABRELLAS, A., «Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo» (BIB 2010, 2374) , en AS , núm. 14, 2010 (versión online), citando a LUQUE PARRA, M., Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral . Barcelona: Bosch, 1999. p. 213.

Las formalidades del despido colectivo:

Como hemos podido ya en reiteradas ocasiones comentar, existe un poder habilitante para el empresario en virtud del cual se le permite iniciar un procedimiento de regulación de empleo, no obstante y a fin de no reiterarse en las diferencias ofrecidas entre el despido objetivo y el colectivo debemos destacar ciertas particularidades de este último.

Así ya el real decreto 201/2011 por el que se aprobó el reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuaciones administrativas en materia de tratamientos colectivos estableció un control judicial que permitía analizar la existencia real de motivos técnicos, económicos o productivos.

No obstante este real decreto fue rápidamente derogado por el RDL 1483/2012 de 29 de octubre, donde se establece un control más exhaustivo de todo el procedimiento del despido colectivo y muestra las formalidades que este posee.

Así este reglamento establece perceptivamente la necesidad de dar inicio por un escrito mediante la comunicación de la apertura del periodo de consultas dirigida por el empresario hacia los representantes legales de los trabajadores.

Exige además una documentación común a todos los procedimientos especificando la causa del despido, el número de trabajadores afectados, el preaviso, los criterios de designación de los trabajadores afectados...

Una documentación precisa en los despidos por causa económica, una comunicación del inicio del procedimiento a la autoridad laboral, un periodo de consultas, unas medidas sociales de acompañamiento, un plan de recolocación externa, unas actuaciones de la autoridad laboral, un informe de la inspección de trabajo y finalmente un régimen de notificación y comunicación de la decisión de despido.

Es en conclusión un procedimiento estructurado y de carácter formal que se establece con la finalidad de establecer una comunicación y una interacción completa entre ambas partes, tratando siempre de ofrecer una información íntegra al trabajador.

Dejando de un lado las formalidades del proceso, debemos ahora destacar alguno de los elementos que la jurisprudencia ha señalado como más importantes y que no han estado exentos de críticas por parte de la doctrina.

Ya habíamos comentado que todo su procedimiento se derivaba hacia el artículo 53.1 del E.T., siendo clave la exigencia de llevar un procedimiento de consultas con los representantes legales de los trabajadores.

Hemos de destacar ahora que esta necesidad de consulta con los representantes de los trabajadores no se encuentra solo para los despidos por causas económicas, sino que la ley impone la concurrencia de este procedimiento para otros supuestos como:

A.- La modificación sustancial de las condiciones del trabajo reguladas en los convenios colectivos regulados en el título III del Estatuto de los trabajadores.

B.- Las Modificaciones sustanciales de las condiciones relativas a funciones o el horario de trabajo.

C.- Las Modificación sustancial de otras condiciones de trabajo disfrutadas a título colectivo.

D.- Los Traslados, cuando no se superen determinados umbrales en la dimensión de la empresa.

E.- Los Despidos colectivos (definidos como colectivos en razón a la afectación de la medida en relación con el número de trabajadores de la empresa).

F.- La suspensión del contrato de trabajo, con remisión al procedimiento de despidos colectivos, y por tanto exigiendo siempre, un procedimiento de información y consulta.

G.-Otras medidas laborales no incluidas en la enumeración anterior, cuando estuvieran motivadas por una sucesión empresarial.

Como hemos podido observar la vigencia de este tipo de consultas son en determinados casos muy importantes y preceptivas para el procedimiento que el empresario desee, así es el caso del despido colectivo donde la negociación se hace obligatoria.

Estamos pues ante una negociación colectiva cuyo fin es un acuerdo de carácter colectivo<sup>28</sup>, el cual calificaremos como estatutario porque su legitimación y eficacia vienen dado por este. La negociación será preceptiva y atenderá al acuerdo<sup>29</sup> entre las partes del empresario y los representantes, produciendo pues que al pacto llevado a cabo sea vinculante y solo modificable vía acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Además hemos mencionando que esta fase de consultas es preceptiva y otorga un papel fundamental al convenio, permitiendo vía acuerdo consolidar ese despido, pero solo bajo los convenios colectivos pactados conforme al título III del Estatuto.

No obstante, habría que considerar que sucederá lo mismo cuando se pretenda modificar las condiciones pactadas en acuerdos de empresa o convenios colectivos extra estatutarios (art 37.1 del E.T.).

---

<sup>28</sup> DEL REY GUANTER, S., “Los despidos por ‘causas empresariales’ y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma [arts. 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores], Relaciones Laborales nº 17-18-1994; GARCÍA MURCIA, J., Los acuerdos de empresa, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, pp. 97.

<sup>29</sup> Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo tras la reforma de 1994”, en Cuadernos de Derecho Judicial, La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo

Surgirá aquí pues nuestro principal problema, y es que estos procesos de negociación se inician siempre en un modelo de empresa con representantes unitarios, generando pues la inexistencia de estos, grandes problemas que deberán solucionarse de forma alternativa.

Estos son los casos de:

- Empresas de un solo centro de trabajo que ocupen a menos 6 trabajadores, o bien que estos tengan menos de 10 empleados y estos no decidan por mayoría la elección de un delegado del personal.
- Empresas con varios centros de trabajo, que considerándose por centro de trabajo no tienen la posibilidad de formar comités conjuntos.
- Empresas que deberían tener representantes según el art 62 y 63 del E.T. pero que por procesos de promoción o de elecciones no existen dentro de la empresa.

Consecuentemente al ser necesario unos representantes y estos no circunscribirse en una determinada empresa, no podrán realizarse las consultas adecuadas ni las negociaciones convenientes generando con ello una laguna legal.

Es pues como parte de la doctrina a partir de esto establece distintas soluciones que van a intentar suplir este vacío legal, que aunque dilatado en el tiempo se vino a poner fin con la reforma establecida por el Real Decreto-Ley (RDL) 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que reformó el art 41 y 51 del E.T. dando una solución homogénea y ampliamente garantista a esta falta de representación.

No obstante a la luz de las numerosas y acotadas (temporalmente) propuestas (de la carencia de representantes) vemos necesario aunque sea brevemente comentar su análisis.

Entre las distintas soluciones cabe destacar:

1ª.- La convocatoria de elecciones de representantes de los trabajadores:

Hoy en día carece de uso porque las elecciones sindicales son dilatadas en el tiempo y la negociación ha de ser inmediata, además solo operaría en los casos en que la ley permita la representación unitaria, que no siempre se produce.

Este hecho ciertamente poco usual en ámbito laboral sí que ha encontrado apoyo en vía parlamentaria, tal es el caso de la ley 11/1994, donde tanto el grupo mixto del congreso como el del senado propusieron enmiendas que establecían un nombramiento de los representantes en un plazo de 3 días y una comisión de trabajadores para el caso de ausencia de representantes.

2ª.-La suspensión de la medida empresarial, ya que si no se puede iniciar el procedimiento de negociación colectiva no se podría atribuir una solución ni dar continuidad por ejemplo a un despido colectivo. Es por eso que la doctrina no se ha



encontrado en muchas ocasiones de acuerdo con las decisiones tomadas por la jurisprudencia que impedirían el inicio de la negociación y del procedimiento, así por ejemplo la STS 31/1/2001 dice que *“la empresa que no cuenta con representantes de los trabajadores puede verse privada de los importantes instrumentos de gestión previstos en los artículos 34.2 y 3, 40.2, 41.2, 47 y 51.2 E.T., puesto que todos exigen consultas con los representantes de los trabajadores”*.

Mostrando esta la imposibilidad de articular un proceso de negociación ante la carencia de representantes, no obstante, parte de la crítica se focaliza en que la imposibilidad de articular el despido no vendría tanto por una voluntad del empresario sino más bien por cuestiones ajenas como la dimensión de la empresa.

3ª.-Posibilidad la exención del trámite de consultas:

Esta solución implicaría saltarse el proceso de consultas, si bien en ningún caso la medida que tomase el empresario podría modificar los convenios sí que podría dar la posibilidad de articular un despido colectivo.

No obstante esta interpretación conllevaría grandes inconvenientes, el primero de ellos es que se saltaría al carácter imperativo que representa la formulación legal establecida en el Estatuto, que viene a dar como solución, que todo trámite de consultas<sup>30</sup> se tiene que realizar con la participación de los trabajadores a través de sus representantes, conllevando pues que ante la inexistencia del proceso de consultas no se permitiera la actuación de los representantes y con ello la de los trabajadores.

Otro gran inconveniente sería la contrariedad con la Directiva 95/59/CE y la Directiva 2002/14/CE<sup>31</sup>, que establecían la necesidad de consultar a los representantes antes de tomar decisiones que provocaran cambios sustanciales en la organización y en los contratos de trabajo.

4ª.- Solución sería que, el empleador en casos muy específicos, llevara un despido vía expediente de regulación de empleo, rompiendo con ello las condiciones reguladas del empleo, vemos como esta solución que se ha estado utilizando mucho en los últimos años sería muy intensa y podría generar grandes conflictos para el empleador y los trabajadores, por lo que siempre habrá que intentar que esta solución sea la que se interponga en último lugar forzando para el caso, las normas y los mecanismos de integración existentes.

---

<sup>30</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M<sup>a</sup> D., “Modificación sustancial de las condiciones del trabajo” O, pp. 81-82; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en Convenios Colectivos, CES, Madrid, 1996, p. 116

<sup>31</sup> Asimismo, la reciente Directiva 2002 / 14 / CE por la que se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea establece la necesidad de consultar a los representantes de los trabajadores para tomar aquellas decisiones que provocaran cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo(art4.2.c)

5ª.-La posibilidad de negociación con la totalidad de los trabajadores y 6ª la consulta con la totalidad de los trabajadores sin efectos colectivos, son otras de las soluciones que más se han visto para dar solución a esta coyuntura.

En lo referente a la negociación con la totalidad de los trabajadores el art 37 de la Constitución garantiza el derecho a la negociación colectiva, esta negociación está ineludiblemente ligada a la existencia de representantes de los trabajadores, no obstante, existe otra modalidad de comunicación individual entre el empresario y los trabajadores que daría legitimidad a los pactos individuales, aunque solamente en contextos específicos.

Son distintos los autores que vienen a poner de relieve esta solución que trata de equiparar una acción conjunta de los trabajadores a una negociación plena, así por ejemplo lo comenta autores como MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., donde en su obra *“El Despido Colectivo en el Derecho español”* hace alusión estableciendo que *“es evidente que no puede negarse, que en ausencia de tales representaciones, sea el conjunto de trabajadores de la organización productiva afectada el que defienda sus propios intereses, puesto que lo contrario supondría extirpar toda posibilidad de defensa de sus intereses por vías pacificadoras”*

Este sería el caso de la negociación con la asamblea de los trabajadores para la búsqueda de una solución bajo unanimidad de los votos, que en la práctica no conllevaría un despido, sino más bien una extinción plural con arreglo al art 49.1 del E.T. y en una suspensión con arreglo al art 45.1 del E.T.

7ª Solución.- La consulta con la totalidad de los trabajadores sin efectos colectivos:

Es otra propuesta, la más satisfactoria para la mayoría de la doctrina, no obstante la solución, que viene dada por esta se encontraría siempre limitada por la ley y los convenios.

Es pues esta opción una de carácter interpretativo, que viene a cubrir el vacío normativo mediante la aplicación analógica y la opción de consultar a todos los trabajadores (aunque no se siga los trámites exigidos inequívocamente por la ley). Consistiendo pues en una consulta global por parte del empresario con el fin de realizar una reestructuración empresarial de carácter colectivo<sup>32</sup>, aunque como ya habíamos comentado la solución nunca tendría efectos colectivos sí que permitiría a los trabajadores participar en las decisiones empresariales y proponer alternativas que si llegasen a un acuerdo podrían ser vinculantes.

---

<sup>32</sup> aplicarse analógicamente el artículo 44.7, solución posible para el supuesto del 44.9. No obstante, basábamos nuestra aplicación en una interpretación sistemática de la Directiva 2001/23 y entendemos que su aplicación a supuestos distintos de la sucesión sería extralimitada

8ª posibilidad.- La Integración por negociación colectiva:

Es una vía más para la solucionar la carencia de los representantes de los trabajadores, esta consistiría en que a través del Convenio Colectivo, se establezcan y escriban las soluciones posibles<sup>33</sup>, ya sea concretando que debe entenderse por representantes de los trabajadores, estableciendo un procedimiento para la designación de los mismos o legitimando para su actuación a los sindicatos más representativos.

No obstante, toda solución que pueda aportar el convenio tiene que atribuirse según las garantías del art 53.1 del E.T. por lo que aun pudiendo pactar por convenios extra estatutarios con representantes distintos a los establecidos en la ley, el proceso debería ser altamente garantista, y esto solo se podría lograr por la aplicación del Estatuto.

Si bien como hemos explicado la acción se legitima para casos muy específicos, sí que hay jurisprudencia que lo avala tal es el caso de la STSJ de Galicia de 9 de julio de 1998 que permite a un convenio establecer que la distribución de la jornada laboral sea modificada entre la empresa y los trabajadores por el procedimiento del art 41.

9ª Solución.- La designación de un representante o comisión ad hoc por medio de la asamblea:

Se trata de la aplicación analógica<sup>34</sup> del art 87.1 del Estatuto, el cual bajo un supuesto de legitimación exime de la existencia de representantes unitarios dando la posibilidad de que los trabajadores reunidos en asamblea, designen a una representación sindical.

Es pues como parte de la doctrina utilizando la analogía iuris, intenta, que este artículo inicialmente expuesto para un grupo profesional pueda ser válido también para todas las empresas, pudiendo con ello dar solución a la carencia de representantes que tenga toda sociedad.

Opinará pues la doctrina que mediante la elaboración de unas elecciones con 1 o 2 representantes elegidos por asamblea plena, se pueda llevar a cabo esta solución , siendo no obstante necesario una autorización del procedimiento, es decir que la votación sea con todos los trabajadores según los requisitos del art 68 del E.T., aprobada por mayoría , con la debida publicación de la información, y con el debido mutatis mutantis para garantizar que los representantes elegidos posean todas las garantías ofrecidas por el art 68 .

---

<sup>33</sup> DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A., Sistema de derecho civil. Vol 1. Introducción, derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 177-178

<sup>34</sup> CRUZ VILLALÓN, J., "Las modificaciones sustanciales de la prestación de ttrabajo", P. 232

Es en este punto es donde merece la pena incidir en las garantías específicas que ofrece el Convenio Colectivo frente al poder de selección del empresario y a su facultad de ejecutar procedimientos de regulación de empleo, como por ejemplo el despido, y es que consecuentemente a parte de las garantías ofrecidas legalmente hacia los representantes de los trabajadores en virtud del artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 68 del mismo cuerpo legal y el artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, no existe más medidas de protección para los trabajadores que las limitaciones que se pueden establecer a través de un Convenio Colectivo o de un acuerdo alcanzado en periodo de consultas ,que en todo caso han de ser propiamente respetados a fin de no determinar cómo impropio ese despido.

Como podremos más tarde tratar de analizar el despido colectivo cumple con un mayor número de garantías y además hoy en día tras la STJUE de 22 de febrero de 2018 ha tomado mucho más importancia.

La sentencia como tendremos ocasión de analizar, es una sentencia paradigmática que determina en valor continuista de toda una corriente doctrinal tendiente a equiparar algunas garantías colectivas al despido objetivo siempre y cuando el despido se realice entorno a una mujer en embarazada.

## 5.-Otros límites al poder de decisión del empresario:

---

### 5.1.-La discriminación en los procesos de selección:

Ya hemos podido conocer con suma precisión que existen una serie de mecanismos que vienen a delimitar el poder de dirección del empresario, siendo básicamente estos, la preferencia para los representantes legales y los eventuales acuerdos de la negociación colectiva.

No obstante desde las últimas reformas han venido proliferando unos mecanismos de protección legal que impiden que el poder de selección se imponga a los trabajadores, facultando para ello que bajo supuestos de fraude de ley, despidos discriminatorios<sup>35</sup>, afectación a derechos fundamentales, u oposición al plan de viabilidad<sup>36</sup> puedan como mínimo ser estos despidos revisables judicialmente.

Comenzando el análisis entorno a aquellas otras acciones que pueden permitir la revisión de las medidas de selección de los trabajadores, cabría empezar por lo que entendemos como motivos discriminatorios, y es que según la propia Constitución (art 14) y el art 17 del E.T., en la selección se debe respetar el principio de no discriminación.

Es aquí donde la doctrina plantea un número de casos frecuentes, donde puede imperar esta selección discriminatoria, estableciéndose como casos:

-La no afiliación a un determinado sindicato frente a los que sí lo están, y si suscriben un determinado acuerdo<sup>37</sup>.

-La afectación única a los trabajadores que se habían presentado candidatos de un determinado sindicato en las elecciones<sup>38</sup>

-Los adoptantes de medidas beligerantes frente a la empresa mediante denuncias ante la inspección de trabajo.

Siendo el supuesto de la no afiliación el caso más común como supuesto de despido discriminatorio, para su estudio la doctrina ha generado dos métodos de análisis el generalista y el relativista<sup>39</sup>, siendo este el ultimo el más utilizado judicialmente y que se centra en el estudio de la nómina para ver si hay o no afiliación al convenio. En el criterio relativista, el procedimiento sería básicamente verificar si existe conocimiento del empresario de esa afiliación. No obstante si se demostrase que no hubo conocimiento de la afiliación por parte del empresario no habría discriminación, siendo

---

<sup>35</sup> STS de 19 de enero de 1998 (RJ 1998, 996) que señala «que Sólo en el caso de que los contratos posiblemente afectados sean varios y el despido deba limitarse a alguno o algunos de ellos, puede plantearse el problema del alcance de la libertad empresarial para la selección y su control»

<sup>36</sup> STS (Contencioso-administrativo), de 4 de mayo de 2004 (RJ 2004, 4708) , rec. núm. 1777/2002

<sup>37</sup> STSJ País Vasco, de 4 de septiembre de 2012 (AS 2013, 6) , rec. núm. 6/2012.

<sup>38</sup> STSJ Castilla y León, de 4 de febrero de 2013 (AS 2013, 1081)

<sup>39</sup> SSTSJ Cataluña, de 1 de abril de 2011 (AS 2011, 1751) , rec. núm. 7089/2011; Cataluña, de 23 de septiembre de 2010 (AS 2010, 1891) , núm. 6062/2010; Cataluña, de 19 de enero de 2007

por tanto el despido plenamente válido<sup>40</sup>, y no siendo pues la afiliación el detonante de esta discriminación.<sup>41</sup>

Además para el caso de despido por represalia ante una denuncia en la inspección de trabajo, el tribunal supremo en su sentencia 21/07/2021, vino a cubrir una de las mayores lagunas legales existentes, estableciendo un sistema de pruebas en el que la empresa debería probar la existencia de razones para la toma de la decisión, generando que si no hubiese causa justificativa del despido, debería ser catalogado como nulo de pleno derecho en alusión al art. 5.c del convenio 158 de la OIT.

Son estos casos algunos de los más novedosos comentados por la doctrina, no obstante es necesario de igual manera hacer alusión a aquellos que ya desde la publicación del E.T., han venido generando gran número de controversias.

Así en el caso de discriminación por género, no hay duda alguna en otorgar una protección a las trabajadoras afectadas por dicho proceso de selección, aquí deberemos de destacar ciertas ideas, ya que si bien la idea general de protección frente a despidos discriminatorios por razón de género ha actuado desde la implantación del art 14 de la CE, los mecanismos de protección y de equiparación de garantías entre las mujeres y los hombres han sido mucho más dinámicos en los últimos años, prueba de ello es el RDL 6/2019, no obstante con anterioridad a este han existido numeras sentencias que han venido a proteger a las trabajadoras como es la STS n<sup>o</sup>1957/2007 de 17 de Octubre de 2008.

No así de claro es el caso de las prejubilaciones y los despidos que puedan afectar a los trabajadores inmersos en dichas condiciones, si bien parte de la doctrina no ha considerado como discriminatorio el despido de los prejubilados, hay otra parte que se encuentra radicalmente opuesta, ya que establecen el trabajo como un derecho inviolable<sup>42</sup> y no susceptible de apropiación<sup>43</sup>, considerando que si el trabajador en periodo de prejubilación se entera de su despido esto puede condicionar sus expectativas y su estabilidad, además de vulnerar el principio de competencia comunitaria si es que afecta a fondos públicos. Será pues clave la protección de su estabilidad ya que el régimen de la prejubilación se cierce en eso, en una compatibilidad entre el trabajo y la expectativa de generar ingresos hasta pasar a la condición de pensionista.

---

<sup>40</sup> SSTSJ Navarra, de 10 de febrero de 2011 (AS 2011, 1102), rec. núm. 374/2011; Andalucía, de 21 de febrero de 2013 (AS 2013, 1348), rec. núm. 3338/2012;

<sup>41</sup> STSJ Cataluña, de 29 de noviembre de 2010 (AS 2011, 293), núm. 7784/2010.

<sup>42</sup> ALONSO OLEA, M., «Comentario a la Disposición Adicional Quinta», en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Civitas, 1980. p. 165

<sup>43</sup> RIVERO LAMAS, J., «Estabilidad en el empleo en el ordenamiento laboral español», en *RPS*, núm. 70, 1966. p. 213.

Es preciso añadir también otros casos donde procedería el despido discriminatorio<sup>44</sup> como serían los casos de discriminación por razón de discapacidad (siempre y cuando no se aporte prueba de que no existe tal discriminación), o el caso de despido por baja productividad de un turno laboral (cuando tú perteneces a otro).<sup>45</sup>

Además otro de los casos más relevantes donde operaría la discriminación sería lo que la doctrina judicial entiende como la garantía de indemnidad<sup>46</sup>, la cual conlleva la declaración de nulidad del despido.

Esta garantía de indemnidad es según el TC parte , (STC 55/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 55) ; STC 38/2005, de 28 de febrero (RTC 2005, 38) ; STC 144/2005, de 6 de junio (RTC 2005, 144), *«del derecho consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución , que no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo, no pueden generarse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza»*.

Por lo tanto todo despido motivado por una acción judicial previa contra el empresario por parte del trabajador ha de considerarse como discriminatorio y nulo de pleno derecho.

Finalmente la productividad podría ser también otro elemento de análisis, generalmente es tenida en cuenta como despido no discriminatorio y amparado por art 14 de la CE, ya que los criterios relativos a la producción se engloban como elementos de carácter laboral y no inherentes a la persona del trabajador. Entre otras sentencias merece la pena destacar la STSJ Cataluña, de 21 de septiembre de 2010 , Rec. Núm. 2434/2010, que considera, esta última, que los criterios de selección de polivalencia, habilidades, formación, autonomía, antigüedad y amortización de puestos de trabajo no son discriminatorios.

Igualmente en idea consonante, se ha admitido la legalidad del despido motivado por absentismo laboral, ya que siempre que sea acordado con los representantes de los trabajadores podrá provocar un despido justificado<sup>47</sup>.

Así lo destaca la STSJ Galicia, de 13 de junio de 2011 ,Rec. Núm. 590/2011, que señala que *«la polivalencia (el absentismo alegado en la contestación a la demanda) no es más que un criterio de selección de entre los elegidos por la empresa, como podía haber elegido otro criterio distinto, dentro de los posibles y legales, sin que el uso de esta libertad tenga por qué implicar discriminación o arbitrariedad puesto que dichos criterios fueron valorados por los representantes de los trabajadores»*.

---

<sup>44</sup> STSJ Cataluña, de 10 de abril de 2007 (AS 2007, 2328).

<sup>45</sup> STSJ Madrid, de 12 de julio de 2010 (JUR 2010, 318612) , rec. núm. 1714/2010.

<sup>46</sup> STC, SSTC 55/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 55) ;

<sup>47</sup> STSJ Castilla y León, de 20 de abril de 2010 (JUR 2010, 203239) , rec. núm. 433/2010.

Muy relacionado con la productividad surge lo que la doctrina ha llamado cláusulas de polivalencia que son cláusulas contractuales que habilitan al empresario a la reubicación de los trabajadores en determinados puestos de trabajo, si bien ha habido cierta discusión acerca del carácter de estas, la doctrina finalmente considero a este criterio como uno no discriminatorio (siempre y cuando fueran suscritas válidamente por los trabajadores).<sup>48</sup>

Continuando este análisis breve de algunos de los principales conflictos que han sido catalogados como discriminatorios, será necesario mencionar la condición de adscripción organizativa del puesto del trabajo y el despido dentro de la excedencia voluntaria por cuidado de un familiar. En lo referente a la adscripción destacamos como esta suele ir vinculada a un departamento o área de la empresa, lo que determinara que el bajo rendimiento de este ,sea un causa hábil para el despido del trabajador, así lo destaca entre otros el tribunal superior de justicia de Madrid que en su sentencia, de 19 de abril de 2013, núm. 191/2013, enjuicia un caso de despido colectivo cuyos criterios de extinción de los contratos están vinculados a dos elementos , «la capacidad e idoneidad de la gestión y el mantenimiento de una estructura organizativa». Considerando en el caso el TSJ que no son discriminatorios.

Finalmente como último punto de análisis ofreceremos los despidos por excedencia voluntaria de cuidado de familiar, que tienen el carácter de no discriminatorios, puesto que esta situación no está contemplada como prioridad de permanencia para la empresa, así lo muestra entre otras la STSJ Madrid, de 28 de febrero de 2013 , Rec. Núm. 1937/2010.

---

<sup>48</sup> STSJ Cataluña, de 12 de abril de 2011 (JUR 2011, 227135) , núm. 2672/2011.



## **5.2.-El embarazo y la conciliación familiar como situaciones especialmente protegidas en el despido:**

Hemos podido destacar como existe un amplio abanico de procedimientos reguladores de empleo que vienen determinados por mecanismos que otorgan nulidad a un despido, a un desplazamiento laboral o a un cambio en la jornada laboral. Y de igual manera que esos casos fueron declarados nulos (por ir contra derechos constitucionales), la evolución legislativa ha querido otorgar una especial protección a los derechos de las embarazadas así como a los trabajadores en situación de conciliación familiar. Y es que desde hace ya tiempo han proliferado mecanismos de protección para estos colectivos, que tienen como objetivo la prevención de sus riesgos familiares, así ya desde la directiva 92/85/CEE y la directiva 2006/54/CE, han surgido un amplio número de normas que han puesto de relieve la necesidad de proteger a la mujer embarazada en el trabajo, extendiéndose además estas garantías hacia los varones con los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral STC 26/2011, de 14 de marzo.

En especial la protección de estos colectivos ha sido más fuerte frente a decisiones empresariales que determinen la extinción del contrato de trabajo, así debemos destacar las garantías de nulidad objetiva previstas para causas de extinción del contrato de trabajo, que desde la ley 39/1999 prevén una garantía frente al despido disciplinario y también frente al despido objetivo arts. 55.5 y 53.4 del E.T.

Además esta garantía de protección se ha expandido no solo al ámbito laboral sino al procesal en virtud de despidos individuales derivados de un despido colectivo (art. 124.13 LJS en relación con art. 122.2 LJS), y también (art 14 del E.T.) para los supuestos de desistimiento empresarial en los periodos de prueba.

Como hemos destacado la mayoría de las garantías se fundamentan en el despido por razones económicas, no obstante la jurisprudencia ha venido a decir que independientemente de su modalidad ya sea objetiva o colectiva, hay que respetar estas garantías que desde la reforma establecida por el RDL 6/2019 (que modifica el art 53.4 del E.T. y la STJUE de 22 de febrero del año 2018) son parte importante de nuestro ordenamiento jurídico.

Así como hemos destacado, las garantías solamente operan bajo supuesto de despidos por razones económicas, no encontrando pues fundamento en los despidos individuales, donde no hay un número superior de trabajadores afectados por el despido que contratos a extinguir. Para el análisis de esta garantía debemos remarcar que no se encuentra explícitamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico, ya que no se contempla de forma concreta ni una prohibición absoluta del despido, ni tan siquiera una prioridad de permanencia<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> STC de 16 de octubre de 2019, proc. 169/2019.

Sin embargo en la regulación del despido colectivo sí que se prevé que mediante convenio o acuerdo en periodo de consultas, se puedan establecer las prioridades de permanencia a favor de determinados colectivos como los son, los mayores de una determinada edad<sup>50</sup>, las personas con discapacidad, o los trabajadores con cargas familiares (art. 51.5 E.T. y art. 13.2 RD 1483/2012), atribuyéndose esta preferencia del Convenio Colectivo también al despido objetivo.<sup>51</sup>

El problema será pues que si no existe un convenio que favorezca la continuación de estos trabajadores, no habrá una norma específica que permita una protección para estas mujeres embarazadas, y es con esto que hoy en día toma un gran papel la STJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Porras Guisado).

Esta sentencia se va a remitir al objeto de los apartados 1 y 3 del art 10 de la directiva 92/85CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, o en período de lactancia.

Así establecemos que el apartado 1 y el apartado 3 pretender implantar una tutela preventiva frente un despido ilegal, ya que lo que quiere proteger esta directiva es la salud de la embarazada en el parto y en la lactancia, incluyendo el riesgo particularmente grave de incitar a la trabajadora embarazada a interrumpir su embarazo.

A partir de esta delimitación, el TJUE afirma que el artículo 10.1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse de tal forma que toda decisión empresarial de despido que afecte a las mujeres en periodo de embarazo tiene que ser declarada nula de pleno derecho, impidiendo así que el estado europeo de validez a un despido en el que no se respetan los derechos de la mujer embarazada.

Aunque en el ámbito español parte de la doctrina no se muestra de acuerdo de sí ha habido o no transposición de esta directiva, la mayoría de las posiciones concuerdan en decir que si ha habido un proceso de trasposición, si bien como destaca el art 10.1 de la directiva 92/85/CEE no se establece una prohibición absoluta de despido, ya que se excluye de tal obligación los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por la legislación interna.

En conclusión parece lógico admitir que el art. 10.1 de la Directiva 92/85/CEE exige prohibir los despidos originados por situación de embarazo pero no aquellos legalmente motivados y admitidos por la legislación interna.

---

<sup>50</sup> Recordemos que la STC 66/2015, de 13 de abril, también consideró que “la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños.”

<sup>51</sup> 12 BLASCO PELLICER, A. y TALÉNS VISCONTI, E.E.: “La forma y el procedimiento del despido”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 27-28 de Documento TOL6.861.913.

Sin embargo no habría legalidad alguna en el despido si se consolidara solo en función del embarazo, en tal sentido apunta la propia sentencia de Porras Guisado cuando dice que *“en caso de que la decisión de despido se haya tomado por razones esencialmente relacionadas con el embarazo de la interesada, tal decisión es incompatible con la prohibición de despido establecida en el artículo 10 de dicha Directiva”*, similar opinión ofrece la STJCE de 26 de febrero de 2008 o la STJUE de 11 de noviembre de 2010.

A partir de este presupuesto, tal prohibición de despido establecida por el citado art 10 de la Directiva 92/85/CEE coincidirá con la prohibición de despido por razones discriminatorias vinculadas con el embarazo y la maternidad , y es evidente que está implantada en nuestro ordenamiento vía art 14 de la CE, 4.2 del E.T. , 8 de la L.O. 3/2007 así como por el art. 5 del Convenio n.º 158, sobre terminación de la relación de trabajo, indicando que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación laboral “las responsabilidades familiares”, “el embarazo”, o “la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”.<sup>52</sup>

Es por ello que si bien parte de la doctrina puede dudar de la transposición de esta directiva, lo más lógico es entender que no ha habido un reconcomiendo expícito, pero que sí consta como base fundamental para la protección de estos colectivos.

La redacción del art 53.4 del E.T. establece una nueva previsión en la regulación de la nulidad del despido objetivo, al añadir el art 53.4.C E.T. el mandato de que “para considerarse procedente deberá acreditarse suficientemente, que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”.

Es pues con esta nueva redacción que los mecanismos de protección para las mujeres embarazadas pueden establecerse en dos momentos distintos: En el momento de la entrega de la carta de despido y en el momento de la carga probatoria.

Para la doctrina la mayoría de las dudas se establecen en el carácter preferente que se puede otorgar a estos colectivos en el momento de la justificación del despido, no obstante hay que remarcar que la idea del art 10.1 de la Directiva 92/85/CEE vería sustancialmente modificado su ámbito de actuación ya que esta prioridad no se facultaría en virtud del art 53.4 del E.T. solo a las mujeres embarazadas, sino que ampliaría su amparo hacia las trabajadoras víctimas de violencia de género y se incluirían en la garantía otros trabajadores con derechos de conciliación familiar, cambiando con ello la justificación de esta prioridad hacia una tutela antidiscriminatoria por circunstancias familiares.

---

<sup>52</sup> vid. también la declaración de ilegalidad del despido prevista en el art. 6 Convenio OIT n.º 103, sobre la protección de la maternidad y de forma similar, vid. art. 8 Convenio OIT n.º 156 respecto a trabajadores con responsabilidades familiares

Es en este punto donde surgen la mayoría de las dudas de la doctrina, ya que si bien una parte entiende el carácter preferente del artículo hacia una serie de colectivos, otra gran parte entiende que el tenor del precepto alude a una exigencia acreditativa para el contrato de trabajo extinguido, debiéndose justificar en este punto como la garantía de la defensa de estos colectivos está ampliamente otorgada.

Así finalmente antes de analizar donde podemos imponer estas garantías de protección del embarazo y de la conciliación familiar, deberíamos recordar la recomendación n.º 166 de la OIT que señala que *“la selección por el empleador de los trabajadores cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos debería efectuarse según criterios, en lo posible fijados de antemano, que tengan debidamente en cuenta tanto los intereses de la empresa, establecimiento o servicio como los de los trabajadores”*.

Siendo esta recomendación un intento de establecer cierta paridad entre la normativa española y la europea, que sí que implanta un reconocimiento explícito (por ley) que protege a estos colectivos ante la posible decisión extintiva del empresario; por ejemplo:<sup>53</sup>

- En Francia se recogerían en los arts. L1233-5 y L1233-7 Code du Travail.
- En Italia en los arts. 5 y 24 Legge n.º 223, 23 julio 1991.
- En Alemania en el parágrafo 1, apartado 3 Kündigungsschutzgesetz

Como ya habíamos comentado existen para la protección especial de estos colectivos, requisitos formales tendientes a exigir un procedimiento con las suficientes garantías, es por eso y una vez mostrado que en el embarazo y en la conciliación familiar no blindan a los trabajadores frente a los despidos por causas empresariales, que se nos hace imprescindible comentar aunque sea brevemente estos requisitos formales.

En concreto como bien menciona la legislación cuando se trata de trabajadores especialmente tutelados por el art 53.4 del E.T. (recordemos aquí que no solo se establecen para las mujeres embarazadas, sino que también para los trabajadores de cierta edad o las víctimas de violencia de género) y por el art 122.2 de la LJS, los requisitos se centran: en la concreción de su carta de despido y la cuantificación de la indemnización a entregar de forma simultánea.

Es pues según la normativa indicada, como estas garantías operan de forma inexcusable ante los despidos objetivos en virtud de la remisión que el art 51.4 del E.T. efectúa al art 53.1 del E.T., pero también para las notificaciones individuales de un despido colectivo.

En lo relativo al contenido de la carta del despido merece la pena distinguir su distinto tratamiento entre el despido colectivo y el despido objetivo.

---

<sup>53</sup> TORMOS PÉREZ, J.A . : “Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo”, Tesis Doctoral, 2019, pp. 42-54

Ya que para el despido colectivo se hace preceptiva no solo la notificación de la carta sino que también deben presentarse (en la carta) los criterios de selección que avalan esa decisión empresarial, estos los encontramos expuestos en los art. 2.3.b Directiva 98/59/CE, art. 51.2 E.T., y arts. 3, 12.1 y 13 RD 1483/2012, provocando en consecuencia toda omisión de esta información, la nulidad del despido colectivo en virtud ex art. 124.11 LJS.<sup>54</sup>

No obstante para el despido objetivo no se requiere preceptivamente esta motivación de los criterios de selección, siendo solamente necesario indicar los hechos constitutivos de la causa económica, técnica, organizativa o de producción que justifica la extinción<sup>55</sup>.

Es importante previo análisis continuado del régimen de esta carta de despido, dar a conocer la STS de 15 de marzo de 2016, la cual estableció algunos de requisitos de motivación que deberían acompañar a la carta y que han sido posteriormente muy valiosos para la doctrina y los jueces.

En continuación del análisis de la carta de despido se nos hace imprescindible volver a mencionar la STJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Porrás Guisado), ya que esta establecerá un criterio continuista en lo referente a la justificación de los motivos del despido cuando este se produzca en el periodo comprendido entre el inicio del embarazo y el final del permiso de maternidad.

Así dicha sentencia ha determinado el alcance de esta exigencia, señalando la obligación de indicar los motivos, no inherentes a la trabajadora, por los que se efectúa el despido colectivo (motivos económicos, técnicos, organizativos o de producción), así como determinando el deber del empresario informar de los criterios objetivos que se han utilizado para la designación de las trabajadoras afectadas por el despido.

Desde este pronunciamiento del TJUE se han ido incrementando los pronunciamientos de suplicación avalados por dicho tribunal, provocando que la carta de despido de las trabajadoras embarazadas o en periodo de permiso de maternidad, deberá comprender los criterios objetivos seguidos para la designación.<sup>56</sup> Igualmente es necesario destacar que los criterios objetivos de selección (que tiene el deber de informar el empresario junto con la carta en los despidos colectivos), tienen que ser igualmente comunicados en los despidos objetivos, ya que en virtud de la STJUE de 22 de febrero de 2018, estos criterios objetivos han de ser facilitados e incluidos de forma escrita junto con los motivos económicos, técnicos, organizativos o productivos que lo justifican.

Cabe destacar además que para parte de la doctrina la comunicación formal de la causa motivadora del despido debe establecerse como una obligación esencial, ya que

---

<sup>54</sup> ROQUETA BUJ, R. : ``La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos´´, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, en especial, TOL5.520.224 y TOL5.520.225.

<sup>55</sup> STS de 24 de noviembre de 2015, rec. 1681/2014.

<sup>56</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid de 28 de mayo de 2018, rec. 713/2018.

según la jurisprudencia, sobre el empresario recae la carga de la prueba de la comunicación de la causa extintiva y la comunicación de los criterios objetivos en la selección del trabajador, por lo que en consecuencia, es lógico pensar que en la carta de despido es necesario que se impongan las dos causas u obligaciones de comunicación, en primer lugar la motivadora del despido (motivo económico, técnico, organizativo o de producción) y en segundo lugar la causa particular<sup>57</sup> por la que cada trabajador queda afectado, pudiendo con esto y en virtud de los derechos a la tutela judicial acudir al organismo competente si en su despido no se le ha facilitado toda esta información.

Finalmente como segunda garantía formal en los despidos de los trabajadores del art 53.1 del E.T., se debe poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Así de forma normal los incumplimientos de estas exigencias llevarían aparejadas la declaración de improcedencia del despido, salvo cuando los errores se hayan producido por un error excusable permitiendo en este caso la subsanación, sin embargo, en virtud de la tutela especial declarada para este tipo de colectivos, la falta de entrega simultánea de la indemnización (incluidos los errores inexcusables) se determinaría como nulidad de pleno derecho del despido.

Sera pues clave para la nulidad del despido el correcto cálculo de la indemnización por la resolución contractual, en este ámbito cobrará pues importancia la regla especial de cuantificación de la indemnización que rige para los sujetos con jornada reducida (D.A. 19ª E.T., al art.37.4 y 48 del E.T.) dentro de los cuales se encontrarían las mujeres embarazadas atribuyéndolas consecuentemente una indemnización especial.

Así pues la correcta determinación de la indemnización que tiene que acompañar al despido es imprescindible, ya que si la indemnización ha sido calculada conforme al salario reducido (y no al normal) el despido sería catalogado como nulo<sup>58</sup>.

Particularidades en la tutela reparadora de los trabajadores especialmente protegidos por razones de conciliación familiar:

Para los casos en los que la extinción por causas económicas, técnicas y productivas no resulte procedentes, hemos indicado que el E.T. habilita como una de las principales medidas de tutela, la nulidad objetiva prevista en el art 53.4 del E.T. Así, si bien esta garantía se encuentra ampliamente asentada en nuestro ordenamiento, siguen girando en torno a ella ciertos aspectos controvertidos que merece la pena concretar.

---

<sup>57</sup> Al respecto, dado que la STJUE dictada en el asunto Porras Guisado alude a la indicación de los criterios de designación de “los trabajadores afectados” (en plural), BALLESTER PASTOR, M.A. considera que no basta con la especificación de la valoración del trabajador afectado, “sino que deben incorporarse a su carta los criterios comparativos que permitan identificar las personas frente a las que pudiera tenerse mejor derecho”; en “El significado...”, cit., p. 10.

<sup>58</sup> SSTSJ Madrid de 15 de abril de 2010, rec. 6475/2009;

Para ello es necesario comenzar delimitando el alcance personal de la nulidad objetiva: el ámbito de aplicación subjetiva del art 53.4 lo atribuye hacia los colectivos ahí mencionados, destacando entre ellos como ya tuvimos la oportunidad de concretar a la mujer embarazada. No obstante hay ciertas concreciones que merece la pena destacar, así pues, no se considera aplicable por ejemplo (la garantía de nulidad objetiva) a las trabajadoras en tratamiento de fertilidad o de fecundación in vitro antes de transferirse al útero los óvulos fecundados<sup>59</sup>.

Ni tampoco se aplicaría estas garantías a los trabajadores que hayan ejercido el derecho *“a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral”* del 34.8 del E.T. No obstante esta omisión no ha estado exenta de críticas ya que para cierta parte de la doctrina sí que eran adaptables estas garantías a los colectivos del art 53.4 del E.T., mientras que para la otra parte no, considerando estos que esta garantía no alcanzaba a estos individuos en virtud de la directiva 2019/1158.

No obstante, independientemente del colectivo a tratar será nulo todo despido basado en una discriminación por razón de sexo o en ejercicio de responsabilidades familiares (art. 14 CE, art. 11 Directiva 2019/1158, y art. 53.4 E.T. en su primer párrafo).

Otra cuestión a plantearse giraría en torno a la indemnización del trabajador, como ya hemos comentado entre los efectos de la declaración de nulidad de los trabajadores en situación de embarazo o en ejercicio de derechos de conciliación familiar, existe el derecho readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir (art 53.5 y 55.6 del E.T.). Sin embargo cabría pensar si junto a estos montantes, el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios (art 123 LJS).

En concreto, la fundamental duda se ha generado en torno al art 183 de la LJS, que establece que *“Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.”*

Así pues la principal duda al respecto de este artículo es, si la indemnización que prevé los supuestos de vulneración y discriminación de los derechos fundamentales y libertades públicas únicamente se aplicaría a los despidos declarados nulos por haberse producido esta violación conforme a los derechos art 53.4 párrafo primero del E.T, o si también debería extenderse a las calificaciones de nulidad objetiva al art 53.4 párrafo 2 y siguientes del E.T.

---

<sup>59</sup> SSTSJ Cataluña de 11 de julio de 2018 y STS de 4 de abril de 2017, rec. 3466/2015.

Y en verdad este asunto no ha estado exento de críticas y de opiniones diferentes, así existen pronunciamientos a favor de aplicar la indemnización hacia estas calificaciones de nulidad objetiva (del despido de los colectivos del art 53.4 párrafo 2 y siguientes del E.T.) como la STSJ País Vasco de 12 de junio de 2018, Rec. 1028/2018 o STSJ Andalucía/Sevilla de 23 de enero de 2020, Rec. 3399/2018, así como otras que niegan el derecho a esta indemnización en tanto no exista material probatorio adicional en favor de la existencia de discriminación (SSTSJ Andalucía/Sevilla de 5 de diciembre de 2018, Rec. 3605/2017 o la SSTS País Vasco de 5 de febrero de 2019, Rec. 74/2019.

No obstante el único precepto válido, admitido por toda la doctrina lo encontramos en el art 8.12 de la LISOS que establece como infracción muy grave *“Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación Sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.”* Siendo pues este el precepto que los tribunales han tomado como parámetro para el cálculo de la indemnización por daños.

Finalmente merece la pena destacar lo que para algunos es todavía un terreno sin explorar, y es la conexión entre el art 183 de la LJS y el art 15 de la CE el derecho fundamental a la integridad física y moral.

Y es que precisamente existe una especial garantía hacia a la mujer embarazada en este precepto (art 15 de la CE), que la protegería frente a una orden que interponga un riesgo grave (inmediato o futuro) sobre si misma o sobre el hijo en gestación. Estableciendo TC<sup>60</sup> que no será preciso que la lesión se haya consumado, bastando solo pues con que se acredite un riesgo grave actual o futuro de lesión, para obtener esta protección.

---

<sup>60</sup> STC 62/2007, de 27 de marzo ; o STC 160/2007, de 2 de julio



### **Particularidades de la reforma del Estatuto del año 2019:**

Ya habíamos mencionado que en el año 2019 se realizó una última reforma importante del régimen de maternidad, ahora sin embargo vamos a ver un poco más en profundidad las principales novedades que nos ofrece este real Decreto - ley 6 / 2019, de 1 de marzo (RCL 2019, 374), de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Entrando en vigor el día 2 de marzo, fecha simbólica en la protección de los derechos de las mujeres, no ha tenido lamentablemente el éxito que se le esperaba, ya que pese a su título “medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación” su relevancia ha sido poca. No obstante, supone un hito considerable tanto como para el sector público como para el privado, ya que aborda temas fundamentales como los planes de igualdad en las empresas y las administraciones públicas, la violencia de género, la conciliación de la vida laboral y familiar y la no discriminación entre hombres y mujeres.

También muestra la importancia de este RDL , el hecho de que modifique normas importantes como son el TRET (RCL 2015, 1654) , el TRLGSS (RCL 2015, 1700) , el TREBEP (RCL 2015, 1695 y 1838) , la LISOS (RCL 2000, 1804) o la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (RCL 2007, 586) , de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH).

Así como hemos destacado provoca un amplio número de reformas tanto en el sector público como en el privado, es por eso y a fin de no menospreciar las amplias garantías ofrecidas, que veremos brevemente las reformas realizadas en TREBEP (RCL 2015, 1695 y 1838), así establece una serie de cambios o novedades entre las cuales merece la pena destacar:

1. Los cambios en el marco de los permisos de maternidad y paternidad: donde a partir de la entrada en vigor del RDL 6/2019 prohíbe hablar propiamente de maternidad y de permiso de maternidad, con lo que hay que diferenciar ahora entre el permiso por nacimiento para la madre biológica , permiso por adopción, por guarda con fines de adopción o acogimiento tanto temporal como permanente y el permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija art 49 TREBEP.
2. El permiso por nacimiento para la madre biológica nuevo art 49.a del TREBEP: que estipula que la madre biológica en caso de nacimiento de un hijo o una hija, tiene una permiso de duración de 16 semanas, donde las seis primeras serán de descanso obligatorio, ampliables por discapacidad o parto múltiple.

3. El permiso por adopción, por guarda con fines de adopción o acogimiento (art. 49 b) del TREBEP): donde se establece un igual permiso de duración de 16 semanas, donde las primeras seis también son ininterrumpidas y de descanso obligatorio.
4. El permiso del progenitor diferente de la madre biológica por nacimiento, guarda con fines de adopción, acogimiento o adopción de un hijo o hija (art. 49 c) del TREBEP): permiso que reemplaza al permiso de paternidad del art 49.c del TREBEP.
5. La prestación por nacimiento y cuidado de menor: las modificaciones aquí producidas clarifican la prestación por nacimiento y cuidado del menor , regulada en el art 177 y siguientes del TRLGSS, así especifica los beneficiados , la duración del subsidio , las situaciones protegidas...
6. Los cambios del permiso por lactancia: referentes a la nueva disposición del art 48.f del TREBEP, y las vicisitudes del derecho aclarando su carácter individual, su solicitud, la inclusión en supuestos de adopción... etc.

Es así como podemos percibir que las reformas del TREBEP, relativas a la conciliación del derecho familiar operan en un claro clima de igualdad y no discriminación.

No obstante es necesario ahora tratar de buscar las atribuciones más importantes que ofreció dicha reforma para el ámbito privado y en concreto en la relación empleador-empleado. Es así como las reformas producidas por este RDL6/2019 son numerosas hacia el E.T., no obstante es necesario también singularizar y ofrecer una visión más precisa de aquellas que afectan a los derechos de la mujer embarazada.

Dentro de las amplias modificaciones producidas por el RDL6/2019 en el E.T. como la del art. 28, el art 9.3 o art 22.3 que entre otros recalcan la necesidad y el deber de establecer un régimen igualitario en la empresa, destaca la nueva redacción ofrecida del art. 53.4 del E.T. que comenta lo siguiente: *«Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio.*

*Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:*

*a) La de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.*

*b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos*

*37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.»*

Así en los que a nuestro estudio se refiere se nos hace imprescindible establecer como esta nueva redacción ofrecida en el art 2 del RDL6/2019 es fundamental para delimitar el poder de selección del empresario, ya que según podemos observar este artículo otorga nulidad al despido que se ejecuta durante los periodos de suspensión del contrato por nacimiento adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.

Y es que la redacción ofrecida en el año 2019 como ya pudimos ver, viene en la línea del art 10.1 la directiva 92/85/CEE:

*«Como garantía para las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente:*

*Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.»*

Así este artículo 2 del RDL6/2019 viene a asumir como bien menciona el título preliminar, la reforma del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Planteando, resumidamente: la necesidad de remarcar el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; así como establecer expresamente el derecho del trabajador a la remuneración correspondiente a su trabajo, planteando la igualdad de remuneración sin discriminación.

Así mismo este art 2 y 3 establece el régimen básico de equiparación de los permisos por nacimiento de hijo o hija para ambos progenitores, y esta equiparación como bien menciona el decreto se llevara a cabo de forma progresiva, según las disposiciones transitorias del Estatuto de los trabajadores y el Estatuto básico del empleado público.

## 6.-Conclusiones:

---

Primera: Son las preferencias en el mantenimiento del empleo, un conjunto de mecanismos estatutarios, colectivos o judiciales, que tienen su origen en la confrontación entre el poder de selección del empresario y el derecho al trabajo del art 35 de la CE.

Cuyo fin y principal objetivo es, otorgar una especial protección a los trabajadores, para que así el poder de selección no se sobreponga a unas garantías que legalmente estos poseen.

Segunda: La garantía de los representantes de los trabajadores aparece como única facultad estatutaria tendiente a la defensa de los trabajadores frente a los despidos económicos, así el art 52 y 68 de la CE, otorgan esta especial protección, con el único fin de garantizar el derecho a la representación y el derecho a la libertad sindical de los trabajadores.

Tercera: Dentro de los tipos de despidos que el Estatuto permite ejecutar para el cese económico de unos empleados, la reforma realizada por la ley 35/2010 ha generado grandes controversias en lo que a la nulidad de estos (despidos) se refiere, ya que los presupuestos formales de comunicación ante los representantes van a pasar de ser unos requisitos de nulidad a ser unos requisitos de improcedencia. Generando, que parte de la doctrina este totalmente en desacuerdo con el fin de la reforma, ya que no solo no favorece a la protección de los trabajadores sino que la limita para unos supuestos en teoría más graves (art 53.4 del E.T.) , dejando de lado una garantía básica e igualmente importante como es la debida información del despido.

Es por eso que personalmente, estoy de acuerdo con esa parte de la doctrina que se encuentra a favor de seguir con los criterios previos a la reforma del año 2010, y generar pues que el incumplimiento de la comunicación del despido hacia los representantes califique al despido como nulo.

Cuarta:

El Convenio Colectivo si bien ha sido un instrumento ampliamente beneficioso para los intereses laborales en algún sector, como el Convenio Colectivo de atención a las personas dependientes<sup>61</sup> o el de elaboración de productos de mar con procesos de congelación y refrigeración<sup>62</sup>, su práctica en el ámbito laboral ha sido muy escasa, así mi opinión como comparten distintos autores como la Doctora Raquel Poquet Catalá es que, son escasos los ejemplos de Convenios que establecen criterios de selección en los despidos colectivos, siendo comunes los convenios que tan solo hacen referencia a

---

<sup>61</sup> VI Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, de 25 de abril de 2012.

<sup>62</sup> Convenio Colectivo de empresas de elaboración de productos de mar con procesos de congelación y refrigeración, de 10 de marzo de 2011.

la prioridad ofrecida en el E.T. a los representantes de los trabajadores , dejando pues estos de lado la oportunidad ofrecida por el art 51.2 del E.T.

Quinta:

A mi parecer esta última conclusión sería la más importante ya que pese a poseer un soporte estatutario muy reciente (Reforma por el RDL6/2019), las últimas sentencias vienen a establecer una línea continuista en lo que a los despidos discriminatorios se refiere.

Si bien como hemos podido estudiar a lo largo del trabajo existe un amplio soporte jurisprudencial que avala por otorgar la nulidad a diversos despidos catalogados como discriminatorios. La directiva 92/85/CEE unida, a la famosa STSJUE de 22 de febrero de 2018 (sentencia Porrás Guisado) han marcado un línea tendiente a igualar las garantías laborales de los colectivos del art 53.4 del E.T. otorgando la nulidad a estos despidos discriminatorios (que ahora no solo atienden a las mujeres embarazadas sino que añaden a otros trabajadores en igual condición).

Siendo además similar la línea ofrecida por la nueva reforma del RDL6/2019 que viene a equiparar las condiciones laborales entre los trabajadores, garantizando el igual trato para ambos (géneros) en los periodos de maternidad o paternidad.

## 7.-Bibliografía:

---

### Libros:

Dolores Román, M., "El poder de dirección y el contrato de trabajo", Valladolid, ediciones Grapeus, D.L. 759/1992

### Revistas:

Álvarez del Cuvillo, A. "los acuerdos de reestructuración en empresas sin representantes unitarios de los trabajadores", Temas laborales Nº67/2002.Pgs. 111-127.

APAEICIO TOVAR, J: "Despidos del representante legal o sindical y de afiliado al sindicato. Estudios sobre el despido". Madrid 1996. Págs. 229 y 300.

Bejarano Hernández, A., "Irrenunciabilidad del poder de dirección del empresario y límites convencionales al mismo", revista española de derecho del trabajo num147/2010'

Catalá Poquet, R., "Criterios de selección de los trabajadores afectados por despido colectivo tras la reforma de 2012", revista doctrinal aranzadi social nº7/2013.

CRUZ VILLALÓN, J., "Las modificaciones de la prestación de trabajo", revista de derecho social p 211-217.

Gala Durán, C., "Las novedades incorporadas en el RDL 6/2019: La "transformación" de los permisos por maternidad y paternidad.", revista la administración práctica núm. 6/2019

García Rubio, M., "Despido por causas empresariales y conciliación familiar: garantías de las personas trabajadoras a la luz de la actual normativa y jurisprudencia.", revista Española de Derecho del Trabajo num.236/2020 Editorial Aranzadi, S.A.U.

Gómez-Millán Herencia, M. "Obligación empresarial de comunicar el despido objetivo a los representantes de los trabajadores", revista temas laborales núm. 113/2012 págs. 229-242

González González, C., "Control judicial del despido colectivo tras el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero.", revista Aranzadi Doctrinal num.2/2012 Editorial Aranzadi, S.A.U.

Herraiz Martín, M., "Manifestaciones del poder de organización y dirección del empresario. Sentencia Comentada: STSJ de Castilla-La Mancha, de 13 de junio de 2006", revista Doctrinal Aranzadi Social paraf.num.73/200620/2006.

Ortiz Lallana, M., ``Despido y extinción del contrato de trabajo.´´, revista Española de Derecho del Trabajo núm. 234/2020

Pérez Capitán., `` La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en los ERE y en las extinciones ex artículo 52.1 c E.T. Un comentario a la luz de la Sentencia de 9 junio del 2009 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón´´, revista aranzadi social núm. 52/200915/2009.

Rodríguez Cope, M., `` Garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada: un límite al poder de dirección empresarial... ¿Con efectos perversos?´´, revista temas laborales número 10/2010.pags 209-218.

ROMÁN DE LA TORRE, M<sup>a</sup> D., Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales, revista Colección Práctica de Derecho Social, Ed. Comares, Granada 2000, pp. 51-60 y 106-111

Sempere Navarro, A., ``Alcance de la garantía representativa de permanencia frente a despidos colectivos o plurales ´´, revista Repertorio de Jurisprudencia núm. 16/2006

Valdés Dal-Ré, F. ``La designación de los trabajadores afectados por despido económico: El laberinto de la desregulación ´´, revista Regulaciones laborales,nº1,1999

#### **Anexos resoluciones judiciales:**

Sentencia del tribunal supremo (sala de lo civil) núm. 200/1973, de 12 de abril del 1973.

Sentencia del tribunal supremo (sala primera de lo civil) núm. 1577/1985, de 29 de enero del 1985.

Sentencia del tribunal supremo (sala, cuarta de los social) núm. 1439/2004, de 30 de noviembre del 2005.

Sentencia del tribunal constitucional (sala primera), núm. 191/1996, de 26 de noviembre del 1996. Recursos de amparo acumulados 1804/1994 y 483/1995.

Sentencia del tribunal superior de justicia de Madrid (sala cuarta de los social), núm. 20522/1992, de 9 de abril de 1992.

Sentencia del tribunal supremo (sala cuarta de lo social), núm. 2965/2010, de 7 de marzo de 2011.

Sentencia del tribunal supremo (sala tercera), núm. 525/1998, de 31 de enero de 2001.

Sentencia del tribunal supremo (sala de lo social), núm. 810/2021, de 27 de julio de 2021.

Sentencia del tribunal supremo (sala de lo social), núm. 1957/2007, de 17 de octubre de 2008.

Sentencia del tribunal supremo de Cataluña (sala de lo social), núm. 2434/2010, de 21 de septiembre de 2010.

Sentencia del tribunal constitucional (sala primera), núm. 86/2011, de 14 de marzo del 2011.

Sentencia del tribunal de justicia de la unión europea (sala tercera), núm. 99/2018, de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Porras Guisado).

**Directivas y convenios:**

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982.

**Comunicaciones para la ponencia:**

Marrero Sánchez, E. ``La nueva definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y su control judicial tras el real decreto –ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma laboral``