

MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES LABORALES: SU VERTIENTE SELECTIVA

MILAGROS ALONSO BRAVO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Valladolid

EXTRACTO

Palabras clave: modificación sustancial condiciones de trabajo, criterios selección, poder empresarial, tutela trabajador

La disposición normativa de límites a la facultad empresarial de seleccionar los trabajadores afectados por una decisión de alteración sustancial del contrato, de un lado, no permite deducir la ordenación de un modelo de reestructuración sin pérdida de empleo alternativo y preferente a la flexibilidad externa. De otro, evidencia la opción por una solución al desequilibrio de intereses en conflicto que descuida las funciones tuitiva y compensadora de las normas jurídico-laborales. La interpretación de la dosis de equilibrio legal revela un fortalecimiento de los poderes empresariales de gestión, incrementado por la desatención del compromiso de los poderes públicos de promocionar la función equilibradora de la negociación colectiva.

ABSTRACT

Key words: substantial change in working conditions, selection criteria, business power, worker guardianship

The regulatory provision of limits on the business power to select workers affected by a decision to substantially alter the contract, on the one hand, does not allow the management of a restructuring model without loss of alternative and preferential employment to external flexibility. On the other hand, it demonstrates the option for a solution to the imbalance of conflicting interests that neglects the tuitive and compensating functions of legal-labor rules. The interpretation of the legal equilibrium dose reveals a strengthening of the management business powers, increased by the neglect of the public authorities' commitment to promote the balancing role of collective bargaining.

ÍNDICE

1. UN NUEVO ESCENARIO PRODUCTIVO. LA GESTIÓN DEL CAMBIO CON DIÁLOGO SOCIAL Y CONDICIONES LABORALES DE CALIDAD
2. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS DE DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS POR UNA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO. UN LÍMITE INSOSLAYABLE A LA FACULTAD EMPRESARIAL DE SELECCIÓN
3. LA PONDERACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO EN LA DECISIÓN EMPRESARIAL MODIFICATORIA AL SERVICIO DE PREVENIR LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO A INICIATIVA DEL EMPRESARIO

1. UN NUEVO ESCENARIO PRODUCTIVO. LA GESTIÓN DEL CAMBIO CON DIÁLOGO SOCIAL Y CONDICIONES LABORALES DE CALIDAD

En una economía competitiva y globalizada, se impone que el mercado de trabajo se adapte a las transformaciones de las estructuras económicas y productivas¹. En esta lógica económica, un funcionamiento flexible de las relaciones de trabajo influirá en la mejora de la competitividad de las empresas y, con ello, del sistema económico y productivo en general, lo cual repercutirá, a su vez, en la creación y mantenimiento de los niveles de empleo. Al ciclo se incorpora la necesidad de adoptar medidas, en todos los terrenos de la acción política, también en el ámbito laboral, con la finalidad de fortalecer nuestra economía a través de una mejora de la competitividad de las empresas. En tal entendimiento, el “trabajo” adquiere una dimensión económica como factor de producción que conduce a una potenciación de los poderes empresariales como instrumentos de gestión, para lograr su máxima rentabilidad². En este contexto, de competitividad y empleo como objetivos intercambiables, se sitúan las medidas de flexibilidad interna y, señaladamente la modificación sustancial del contrato, que se fortalecen por el legislador, en las sucesivas reformas laborales acontecidas desde la década de los 90, con la justificación de situarlas como alternativa a las medidas de flexibilidad externa que implican reducción de empleo.

Tales afirmaciones parecen querer situarnos en la perspectiva de que las reformas laborales incorporan la idea del *modelo de gestión flexible, equitativo,*

¹ Cfr. Rodríguez Piñero, M., “Racionalidad empresarial y mercado de trabajo”, RL, 1993, Tomo II, p.16

² Vid., Rodríguez Piñero, M., “Derecho de trabajo y empleo”, RL, 1994, Tomo I, p. 84; Borrado Dacruz, E., “¿Reforma laboral o nuevo Derecho del Trabajo?”, AL, 1994-3, p. 544; Sanguinetti Raymond, W., “El discurso de la crisis y las transformaciones del Derecho del Trabajo: un balance tras la reforma laboral de 1994”, Estudios financieros, Revista de T-SS-RRHH, nº 165, 1996, p. 55; Palomeque López, M.C., “La función y refundación del Derecho del Trabajo”, RL, nº 13, 2000, pp. 21-31; González-Posada Martínez, E., “El papel del Estado y las relaciones laborales: una geometría variable”, Temas laborales, nº 142/2018, pp.14-19

global y preventivo de los procesos de reestructuración empresarial, que se impone en el marco del modelo europeo productivo y de empleo. Desde el Tratado de Ámsterdam³, el denominado “Método de Coordinación Abierto” se perfila como el instrumento idóneo para potenciar una estrategia coordinada para el empleo en una dimensión europea. De conformidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Unión ha elaborado y aplicado instrumentos de coordinación para las políticas económicas y de empleo, con el objetivo de guiar su aplicación en los Estados miembros. Esto es, la estrategia de política social en el ámbito comunitario en los últimos tiempos se orienta a elaboración de Directrices de Empleo, donde se fijan objetivos en materia de empleo sin carácter imperativo y se deja su cumplimiento a los Estados y a los interlocutores sociales, con el objetivo de que el conjunto resultante de políticas coordinadas conduzca al logro de efectos positivos.

En el último estadio de la evolución y, para concretar la Estrategia europea para el empleo 2020⁴, por Decisión del Consejo de 13 de octubre de 2020⁵ se adoptan las orientaciones para las políticas de empleo, marcadas por la realidad de implementar los ajustes necesarios tras la crisis de la COVID-19. En la *Orientación 7: “Mejorar el buen funcionamiento de los mercados laborales y la eficacia del diálogo social”* se apuesta por un modelo productivo basado en los principios de flexibilidad y la seguridad en el empleo, en el que se insta a los Estados a trabajar, junto con los interlocutores sociales, en establecer un entorno que favorezca la flexibilidad necesaria para facilitar que las empresas se adapten rápidamente a los cambios en el contexto económico, a la vez que se preservan los derechos laborales, se garantiza la protección social y unos entornos laborales adecuados, seguros y saludables para los trabajadores, especialmente, a la luz de los riesgos que plantea la COVID-19. Se asume que deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas relaciones de trabajo precarias, también en el caso de los trabajadores de plataformas, en particular, luchando contra la utilización abusiva de contratos atípicos, los falsos autónomos, el trabajo no declarado y la segmentación de los mercados laborales. Se fomenta el uso de fórmulas de trabajo flexibles, como el teletrabajo, para mantener los puestos de trabajo y la

³ Texto del Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos (97/C340/01) y de las versiones consolidadas resultantes del Tratado de la Unión Europea (97/C340/02) y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (97/C340/03) en DOCE C340, de 10 de noviembre de 1997.

⁴ “Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” COM (2010) 2020

⁵ Decisión (UE)2020/1512 del Consejo de 13 de octubre de 2020 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros

producción en el contexto de la crisis de la COVID-19. En definitiva, se trata de que los Estados miembros aseguren unas condiciones de trabajo justas, transparentes y predecibles, en un contexto de diálogo social y promoción de la negociación colectiva.

El documento persigue sacar partido a la mano de obra que, en el conjunto del esquema definido, deberá ser dinámica y productiva. Así, la *Orientación 6: “Aumentar la oferta de trabajo y mejorar el acceso al empleo, las capacidades y las competencias”* recomienda, para afrontar las transiciones tecnológicas y medioambientales, así como el cambio demográfico, invertir en la fuerza de trabajo. Se trata de fomentar conocimientos, capacidades y competencias a lo largo de la vida laboral, que respondan a las necesidades actuales y futuras del mercado de trabajo. El apartado presta especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres y a una mayor participación femenina en el mercado laboral, para garantizar la igualdad de oportunidades y de progresión en la carrera profesional que ponga fin a la brecha salarial. En este punto ocupa un papel relevante el fomento de la conciliación de la vida laboral, familiar y privada para mujeres y hombres. La orientación no olvida destacar la importancia de favorecer las transiciones profesionales a través, de un lado, del refuerzo del reciclaje profesional y el acceso al aprendizaje digital; de otro, mediante la mejora de los sistemas de educación y formación que, orientados al mercado de trabajo, permitan reducir el abandono escolar y favorecer la formación permanente de adultos poco cualificados.

El modelo, sin obviar las consecuencias de la crisis económica, propone, en su *Orientación 8: “promover la igualdad de oportunidades para todos, fomentar la integración social y combatir la pobreza”*, construir una sociedad inclusiva, luchando contra la pobreza, la desigualdad y la discriminación. Para su consecución cobra importancia la modernización de los sistemas de protección social, con el fin de prestar una protección adecuada, eficaz, eficiente y sostenible para todos, en todas las etapas de la vida. Se incentiva a cuidar, especialmente, con el fin de atender la creciente longevidad y el cambio demográfico, que los regímenes de pensiones de los trabajadores por cuenta propia y ajena sean adecuados y sostenibles, ofrezcan igualdad de oportunidades para hombres y mujeres y se enmarquen en estrategias de envejecimiento activo.

En definitiva, el marco descrito presenta un modelo productivo a nivel europeo que se asegura el funcionamiento adecuado del mercado de trabajo, mediante el recurso a la flexibilidad y el mantenimiento del empleo como técnica preferente de gestión del trabajo, aunque en un contexto de cohesión social, que asume como pilares fundamentales el pleno empleo, el diálogo social, la salud, la formación y el reciclaje profesional, los derechos de los trabajadores, y la

protección social. El esquema propuesto hace suyo el conjunto de los derechos que recoge el Pilar europeo de derechos sociales⁶, para implementar un modelo equilibrado y negociado de relaciones laborales, que garantice la flexibilidad necesaria, de modo que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico, de acuerdo con la legislación y convenios colectivos, aunque tutelando, de un lado, el derecho de los trabajadores a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo, con independencia del tipo y duración de la relación laboral, que serán de calidad y flexibles para atender responsabilidades asistenciales⁷ y asegurarán una protección suficiente en caso de despido⁸; y, de otro, un entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado que preserve el derecho a la protección de datos personales en el contexto del empleo; el acceso a la protección social y a la formación y aprendizaje permanente para gestionar con éxito las transiciones en el mercado laboral, sin olvidar las medidas que fomenten apoyo activo para el empleo, así como, la igualdad de oportunidades de los grupos infrarrepresentados. Se busca, en definitiva, establecer un modelo productivo que asegure un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los empresarios y trabajadores, así como, entre la productividad y la seguridad en el puesto de trabajo, dando un papel prioritario a la promoción del diálogo social en el refuerzo de los derechos sociales y del crecimiento sostenible e inclusivo.

En otros términos, el reto de la nueva gobernanza del trabajo en el diseño europeo será abordar la gestión del cambio en el marco de un modelo de crecimiento sostenible, por perseguir un desarrollo sólido e inclusivo al mismo tiempo, tal como se propone en el marco la Nueva Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible titulada Transformar nuestro Mundo, aprobada por la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2015. En definitiva, en el nuevo escenario productivo

⁶ Proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales (DO C 428 de 13.12.2017)

El Pilar europeo de derechos sociales fue aprobado conjuntamente por el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento, celebrada en Gotemburgo, Suecia. Los principios y derechos orientan la estrategia de la Unión, velando porque las transiciones a la neutralidad climática, la sostenibilidad medioambiental, la digitalización y el cambio demográfico sean socialmente justas y equitativas (p. 10)

⁷ Considerando tal objetivo, dispuesto en el principio nº 9 del Pilar europeo de derechos sociales, se adopta la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18 UE del Consejo.

⁸ Considerando tal objetivo, dispuesto en el principio nº 5 del Pilar europeo de derechos sociales, se adopta la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles de la Unión Europea

debe potenciarse el trabajo decente⁹, es decir, adaptable pero seguro; que garantice unas condiciones de trabajo equitativas y, a la vez, un empleo de calidad, resultado de contrataciones estables y de carácter indefinido; con protección frente al despido; con igualdad de oportunidades para todos protección; saludable; que asegure una protección social suficiente, formación permanente y conciliación de responsabilidades familiares; que reconozca y fomente el diálogo social y la participación de los trabajadores así como la autonomía de los sujetos colectivos para la representación y defensa de sus intereses contrapuestos.¹⁰

En la delimitación de los perfiles del modelo productivo europeo no puede desconocerse que, el tratamiento en la Unión Europea de las reestructuraciones empresariales, desde comienzos de este nuevo siglo, se sitúa en la perspectiva del carácter estructural de este fenómeno, motivado en la mayoría de las ocasiones por la globalización económica, que exige una adaptación evolutiva de la empresa a unos mercados más abiertos y a una competencia más intensa. Esta política industrial comunitaria pivota sobre una noción, ya adelantada por la Comisión cuando presentó el Libro Verde, “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”¹¹, que trata de implicar a las partes interesadas en la anticipación de las transformaciones empresariales.

Así pues, prever, anticipar y acompañar estas operaciones de reestructuración permanente es responsabilidad colectiva de las autoridades públicas, las empresas y los interlocutores sociales. En este contexto, a través de instrumentos que carecen de efectos jurídicos vinculantes¹², la Comisión Europea trata de orientar a los Estados miembros y a los interlocutores sociales y económicos a nivel europeo, para que adopten un enfoque novedoso, que involucre a las

⁹ La noción del trabajo decente se daba a conocer en la Memoria del Director General a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 1999. Vuelve a ponerse de relieve con la iniciativa sobre “el futuro del trabajo que queremos” lanzada por la OIT en todos su Estados Miembros ha culminado en la aprobación de la Declaración del Centenario adoptada en la 108ª Conferencia Internacional del Trabajo el pasado 21 de junio de 2019

¹⁰ Vid, González-Posada Martínez, E., “El papel del Estado y las relaciones laborales: una geometría variable”, *Temas laborales*, nº 142/2018, p. 30 que propone, en el contexto del trabajo decente para el siglo XXI, asegurar que los trabajadores se beneficien equitativamente del éxito económico en todos los sectores, incluso en tiempos de cambio dinámico

¹¹ Libro Verde, “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, de 18-7-2001, COM (2001) 366 final.

¹² Vid., La Comunicación sobre “Colaboración para el cambio en una Europa ampliada: Potenciar la contribución del diálogo social europeo”, de 12-8-2004, COM (2004) 557 final. Con la misma orientación de aproximar objetivos en el marco de la integración europea, la Comunicación de la Comisión Europea sobre “Reestructuración y empleo”, de 31 de marzo de 2005, COM (2005) 120 final; Libro verde “Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI”, de 22-11-2006, COM (2006) 708 final; Libro Verde “Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente?”, de 17 de enero de 2012 COM(2012)7

empresas en una adaptación responsable al contexto económico, mediante la adopción de medidas previsoras para gestionar los cambios en curso, de manera que, los efectos negativos de las reestructuraciones sobre el empleo, no lleguen a producirse o, en su caso, que sean menos traumáticos¹³.

Esta misma tendencia de regulación flexible del modelo productivo, que tiende a establecer objetivos para la convergencia europea, se manifiesta en la aprobación en el ámbito comunitario de normas jurídicas que, como la Directiva 2002/14 CE¹⁴, sobre información y consulta de los trabajadores, lejos de tener una finalidad armonizadora de las legislaciones de los Estados miembros¹⁵, se inscribe en la promoción de la estrategia europea para el empleo basada en la previsión¹⁶, de modo que, la información y consulta a los representantes de los trabajadores con la suficiente antelación, se apunta como condición necesaria para “el éxito de los procesos de reestructuración y adaptación de las empresas

¹³ Sobre este nuevo enfoque de la Unión Europea en la política de reestructuraciones empresariales, vid., Landa Zapirain, J.P., “Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución “socialmente inteligente” de las reestructuraciones de empresas”, RL, Tomo I, 2005, pp. 312-325. El mismo autor en, “La participación financiera de los trabajadores y los problemas de la “gobernanza corporativa”: ¿una probable nueva dimensión de la responsabilidad social de la empresa articulable entre la corresponsabilidad y la capacidad de codecisión del factor trabajo?”, en *AAVV, Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*, Landa Zapirain, J.P (coord.), Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 38-43, defiende razonadamente cómo ciertos esquemas de participación financiera podrían servir eficazmente para ayudar a paliar los efectos sobre el empleo de las reestructuraciones empresariales. La perspectiva europea sobre el fenómeno concreto de la deslocalización derivado de los procesos de reestructuración empresarial, en GARCÍA MURCIA, J., “Deslocalización y tutela de los derechos sociales: la perspectiva europea, RL, nº 6, 2007, pp. 98-109.

¹⁴ Directiva 2002/14CE, de 11 de marzo de 2002, del Consejo y Parlamento Europeo, que establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad Europea (DOL núm. 80, de 23 marzo).

¹⁵ “El objetivo de la presente Directiva se debe lograr estableciendo un marco general que incluya los principios, las definiciones y las modalidades de la información y la consulta, marco que corresponderá a los Estados miembros cumplir y adaptar a sus realidades nacionales, concediendo a los interlocutores sociales, cuando proceda, un papel preponderante que les permita definir con total libertad, por medio de un acuerdo, las modalidades de información y de consulta de los trabajadores que consideren más adecuadas a sus necesidades y deseos” (Considerando nº 23 de la Directiva 2002/14CE).

¹⁶ En igual sentido, vid., Monereo Pérez, J.L., *Empresa en reestructuración y ordenamiento laboral*, Comares, Granada, 2006, pp. 44-47; Fernández Docampo, B., *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 99-100; Menéndez Sebastián, P., “La participación de los trabajadores en la empresa. El marco general para la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (Directiva 2002/14/CE)”, en *AAVV, La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, García Murcia (Dir.), MTAS, Madrid, 2005, pp. 516-517.

a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía”¹⁷. La norma comunitaria expone su preocupación especial por situar la participación de los trabajadores en la empresa como uno de los mecanismos más adecuados para eliminar o minimizar las consecuencias sociales negativas de los procesos de reestructuración empresarial y, lo hace, en la misma enunciación de los considerandos donde, tras determinar la necesidad de reforzar el diálogo social y fomentar la relación de confianza mutua en la empresa, procede a destacar la necesidad de que ello es necesario “en particular” *sobre la situación y la evolución probable del empleo en la empresa, así como, cuando de la evaluación efectuada por el empresario se desprenda que el empleo en la empresa pueda estar amenazado, sobre las eventuales medidas preventivas previstas, sobre todo en lo referente a la formación y cualificación de los trabajadores, con el fin de contrarrestar estos efectos negativos o sus consecuencias, y de aumentar las posibilidades de empleo y de adaptación de los trabajadores que pudieran resultar afectados*¹⁸

El análisis evolutivo del material jurídico europeo en materia social analizado pone de relieve, al menos, dos órdenes de cuestiones relevantes para nuestra investigación. De un lado, la proliferación en los últimos años de instrumentos de derecho débil en la ejecución de la política de empleo comunitaria y la paralización del objetivo armonizador que, desde los años 70, había guiado la política social comunitaria desarrollada fundamentalmente a través de directivas.¹⁹ De otro, desde instancias europeas se promueve la convergencia hacia un modelo productivo basado en la anticipación a los cambios permanentes de las empresas, en el que se prioricen las técnicas de gestión empresarial de flexibilidad interna como alternativas a los despidos, sin desconocerse la necesidad de un desarrollo empresarial en un marco social que asegure un empleo de calidad.

La Unión Europea, que carece de competencias para imponer un modelo de relaciones laborales a los Estados Miembros, ha ido planificando un modelo europeo productivo y social que, podríamos considerar, como un modelo equilibrado de

¹⁷ La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002, se transpone al derecho interno con la ley 38/2007, de 16 de noviembre, *por la que se modifica el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario.*

¹⁸ Considerando nº 8, Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002.

¹⁹ Sobre el cambio de tendencia en el objetivo armonizador por el derecho social comunitario, vid., Vid., Valdés Dal-Ré, F., “Soft law, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, RL, Tomo I, 2005, pp. 42ss; Rivero Lamas, J., “Unificación y pluralismo jurídico del Derecho Social en la Unión Europea”, RL, nº 10, 2007, pp. 3-5

relaciones laborales²⁰. De mismo forma parte, efectivamente, la opción por priorizar los instrumentos de flexibilidad interna frente a la destrucción de empleo, para prevenir las consecuencias más negativas de los cambios en los mercados, pero sin desatender los derechos de los trabajadores afectados por tales procesos y la promoción de la negociación colectiva. Situados en este contexto del modelo equilibrado de relaciones laborales, defendido desde instancias europeas, y también desde los mismos postulados que informan las nuevas reformas laborales, se nos hace necesario indagar si, efectivamente, la legislación laboral en España ordena un modelo amplio, proactivo y negociado de gestión empresarial, en el que se instale el pretendido equilibrio flexible que parece promoverse en nuestro sistema de relaciones laborales.

En el contexto de este objetivo general, el estudio que proponemos se centrará, particularmente, en la decisión empresarial de designar los trabajadores afectados por una medida de alteración sustancial del contrato de trabajo para constatar, a través las limitaciones dispuestas a su ejercicio, si forma parte de un esquema en el que la institución de flexibilidad interna se inserta como una estrategia de reestructuración que, además de defender el empleo y unas condiciones laborales equitativas y de calidad, se orienta a prevenir las consecuencias más negativas de las transformaciones empresariales, asegurando, además, la incentivación del diálogo social y la participación de los trabajadores en la empresa. En definitiva, se trata de realizar un estudio que nos permita deducir, a partir de esta limitada perspectiva de análisis, si el legislador ordena la facultad empresarial selección en la modificación esencial en el contexto de un *modelo de gestión negociado y equilibrado* por atender, de un lado, el interés ponderado de la empresa y de los trabajadores afectados por las transformaciones productivas y, además, por incorporar una gestión de flexibilidad interna alternativa, preventiva y *preferente* a las técnicas que, como las extinciones a iniciativa empresarial, se saldan con pérdida de empleo.

²⁰ Vid., Ballester Pastor, M^a A., “La flexibilidad interna en el marco de las relaciones laborales”, en *AAVVA, Las reformas del derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica. La reforma laboral de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 288-293

2. LA PONDERACIÓN DE DERECHOS DE DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE TRABAJADORES AFECTADOS POR UNA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DEL CONTRATO. UN LÍMITE INSOSLAYABLE A LA FACULTAD EMPRESARIAL DE SELECCIÓN

El art. 38 CE garantiza la responsabilidad empresarial de sostener la iniciativa económica, a través de un mandato a los poderes públicos para que protejan la productividad de la empresa²¹. La vinculación de la libertad de empresa a la productividad, que los poderes públicos han de garantizar, en cuanto instrumento para la mejora de la economía nacional y, así, para la consecución del interés general, permite deducir que el propio texto constitucional introduce un elemento para encauzar el ejercicio legítimo de este derecho. De este modo, las facultades empresariales organizativas han de encaminarse objetivamente al mantenimiento de la empresa, como unidad con un fin productivo, esto es, a la consecución de la rentabilidad y competitividad que razonablemente sean necesarias para la permanencia de la empresa en el mercado²². Si es cierto que dentro del contenido esencial de la libertad de empresa se incluyen las facultades organizativas de las prestaciones de trabajo, no lo es menos que, el contenido de estas facultades no es absoluto, antes bien, aparece limitado desde el propio marco constitucional. El contenido esencial de los poderes organizativos del empresario, que debe ser respetado por derivar de la libertad de empresa, será el resultado del respeto a los límites que impone la satisfacción de otros intereses, distintos a los del empresario, y también protegidos por la ley fundamental²³.

Situados en este contexto, la libertad de empresa ampara la libertad empresarial para seleccionar los trabajadores afectados por la decisión organizativa. Pero

²¹ Vid. STC 147/1986, de 25 de noviembre. Así mismo, es interesante la STC 92/1992, de 11 de junio, que acoge la interpretación que proponemos, al reconocer justificada la intervención de la Administración en la adopción de una modificación sustancial del contrato de trabajo en cuanto “la actuación administrativa viene legitimada por las disposiciones del artículo 38 CE, que no sólo reconoce la libertad de empresa (y el inherente poder de dirección empresarial) sino que también encomienda a los poderes públicos la defensa de la productividad” (fundamento jurídico 3°).

²² Sobre la vinculación de la noción de productividad a la legitimidad del ejercicio de los poderes empresariales, Vid. Rivero Lamas, J., “Poderes, libertades y derechos en el contrato de trabajo”, REDT, n° 80, 1996, p. 984; Luque Parra, M., *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 90; Montoya Melgar, A., “Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, n° 23, 2000, pp 23-24; Santos Fernández, M^a D., *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp 142-148; Rodríguez Piñero, M., “Poder de dirección y derecho contractual”, RL, n° 19-20, 2005, pp. 10-11.

²³ Sobre el contenido esencial del derecho de libertad de empresa determinado por sus límites, Vid. Juan Asenjo, O., *La Constitución económica española*, Centro de estudios constitucionales,

tal libertad, con ser ancha, ante la ausencia de límites legales específicos, no es ilimitada. El sistema de valores y principios reconocidos en el texto constitucional introduce una nueva configuración de los poderes de organización empresarial que devienen limitados, en su ejercicio, por los derechos fundamentales de los trabajadores²⁴. El listado de tales derechos, recogido en el artículo 14 y en el Título I, capítulo II, sección 1ª de la Constitución reconoce, junto a derechos específicamente laborales, otros atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que se convierten en derechos laborales cuando se hacen valer por los trabajadores en el seno de la relación laboral²⁵, donde ocupa un lugar destacado el principio de no discriminación (art. 14 CE). Así, estas decisiones empresariales organizativas deben respetar, en primer lugar, el principio de no discriminación y, en general, los derechos fundamentales de los trabajadores, so pena de resultar nulas. El control del límite, que impone al empresario el respeto a los derechos fundamentales, se ejercerá mediante los juicios de idoneidad, necesidad y ponderación que componen el test de proporcionalidad elaborado por el TC²⁶ y, atendiendo a las reglas de distribución de la carga probatoria, en la prueba de indicios²⁷ o, en su caso, en la nulidad objetiva²⁸.

No debe tampoco desconocerse que el ejercicio de las facultades de gestión empresarial, siendo legítimas en cuanto no resulten discriminatorias ni lesionen los derechos fundamentales de los trabajadores, pueden no obstante suponer sacrificios excesivos en el derecho a la estabilidad en el empleo de determinadas categorías de trabajadores que presentan cierta vinculación con derechos constitucionales, de manera que se dificulte su ejercicio. Una intervención normativa, en el sentido de establecer preferencias en la selección de trabajadores para proteger a los más vulnerables, estaría al servicio de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso y el mantenimiento en el empleo, cuya promoción corresponde al Estado Social. Así han de leerse los arts. 39, 49 o 50 de la Constitución Española, en congruencia con los arts. 14 y 9.2 de la Carta Magna, que ordenan a los poderes públicos que presten especial atención a los colectivos de trabajadores que concilien responsabilidades familiares, presenten discapacidad

Madrid, 1984, p.155-159; Goig Martínez, J.M, “ Artículo 38”, en *AAVV, Comentarios a la Constitución Española de 1978, dirigidos por O. Alzaga Villamil, Tomo III, arts. 24 a 38*, EDERSA, Madrid, 1996, p. 740 ss; Valdés Dal-Ré, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, RL, Tomo I, 1990, p. 281

²⁴ Vid. Rivero Lamas, J., Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial, Universidad de Zaragoza, 1986, pp. 90 ss.

²⁵ Vid. Palomeque López, C., Los derechos laborales en la Constitución Española, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 23-24.

²⁶ Vid., entre otras, STC 98/2000, de 10 de abril

²⁷ Cfr. Arts. 96; 179.3 LJO

²⁸ Cfr. 108.2 y 138.7 LJO

física, psíquica o sensorial o tengan cierta edad, para remover los obstáculos que dificultan que la igualdad sea real y efectiva. Dado que nos situamos ante una finalidad de relevancia constitucional, y sin desconocer la doctrina del TC, el ejercicio de derechos de estos colectivos de los trabajadores en la relación laboral tiene una dimensión constitucional “que ha de prevalecer y servir de orientación para cualquier duda interpretativa en cada caso concreto”²⁹

El legislador, exhibiendo un refuerzo excesivo de las facultades empresariales³⁰, no ha establecido criterios de selección, que obliguen al empresario a participar en la puesta en práctica de políticas activas de empleo, de manera que esté obligado a mantener en sus condiciones de empleo a determinadas categorías de trabajadores con anclaje constitucional, que puedan ser más vulnerables a adaptarse a los cambios. Tal circunstancia parece desconocerse en la ordenación las modificaciones sustanciales del contrato en cuanto, a diferencia del tratamiento normativo de otras facultades de gestión flexible³¹, ni siquiera se hace un llamamiento, aún a modo de recordatorio, a la autonomía colectiva para que establezca preferencias a favor de los trabajadores más vulnerables, tales como trabajadores con cargas familiares, discapacidad o mayores de determinada edad. El refuerzo tendrá que venir, en su caso, de la negociación colectiva que, pese a la inexistencia de invitación legal al efecto, podrá determinar las prioridades negociadas que limiten la facultad de selección del empresario. Corroboración esta posición que, en ausencia de tales criterios legales, la jurisprudencia admite este tipo de criterios de selección de trabajadores en decisiones de gestión empresarial. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2018³² justifica excluir, en un despido colectivo, a los trabajadores mayores de 50 años porque se trate de un colectivo con mayor vulnerabilidad en el empleo.

La determinación de criterios legales para dirigir a la empresa en la designación de los trabajadores afectados por la decisión de alteración sustancial del contrato, con el menor sacrificio posible del derecho constitucional al trabajo, entendido como derecho a la estabilidad en el empleo, hubiera contribuido, sin duda, a reforzar el equilibrio de intereses imprimiendo, además, dosis elevadas de seguridad jurídica. La ausencia de mención legal sobre este extremo sitúa el régimen jurídico sobre alteración flexible del contrato en la lógica económica, pero extramuros de la defensa del empleo. En cualquier caso, las exigencias del

²⁹ STC 26/2011 (RTC 2011/26), resolviendo un asunto de un trabajador con responsabilidades familiares.

³⁰ Vid. Valdés Dal-Ré, F., “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, RL, 1999, p. 1

³¹ Art. 40.7ET; 51.5 ET

³² STS de 14 de noviembre de 2018 (Rec. nº 17/2017)

Estado social y democrático de derecho, que limitan la libertad de empresa a través de los derechos constitucionales de los trabajadores, dejan abierta la puerta a una limitación a la facultad del empresario de individualizar su decisión en concretos trabajadores, para salvaguardar la ponderación del derecho a la estabilidad en el empleo y reducir al mínimo su coste.

La técnica de la ponderación³³ permite alcanzar conclusiones relevantes, para hacer compatible el derecho al trabajo reconocido en el art. 35 CE con el ejercicio de facultades extraordinarias del empresario para gestionar el trabajo en la empresa. Asumiendo los términos de la STC 8/2015, de 22 de enero, “la norma facilita, entonces, el ajuste racional de las estructuras productivas a las sobrevenidas circunstancias del mercado, fruto de la variable situación económica, con el objeto de procurar el mantenimiento del puesto de trabajo en lugar de su destrucción, atendiendo así a fines constitucionalmente legítimos, como son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35 CE, mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)”. La ponderación de los derechos e intereses constitucionales enfrentados exige que las restricciones a los derechos de los trabajadores en el ejercicio de los poderes empresariales extraordinarios resulten no sólo razonables, sino también indispensables y proporcionadas³⁴. En este razonamiento, la ponderación impone un límite a la facultad de empresario de individualizar los trabajadores afectados por la medida a través del respeto a los derechos constitucionales.

En palabras del TS³⁵, una válida modificación sustancial del contrato de trabajo requiere proporcionalidad, en sentido estricto de “equilibrio atendiendo a los bienes en conflicto”. Tal consideración puede apuntar a que en el control judicial de la decisión se atienda a valorar si, constatada la idoneidad de la medida para conseguir el fin de mejora de la competitividad pretendido, también se adapta al principio de adecuación social³⁶. Partiendo de la amplitud con la que el

³³ Sobre la viabilidad del juicio de proporcionalidad para controlar el ejercicio de los poderes empresariales cuando colisionan con derechos que no tienen formalmente el calificativo de fundamentales, vid., Casas Baamonde, M.E., *¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?*, RL, Tomo I, 2004, p. 136; Alonso Bravo, M., *Estrategias empresariales y extinción colectiva de los contratos de trabajo*, Reus, Madrid, 2008, pp 121-150; Gárate Castro, J., “Racionalidad y medidas empresariales de gestión de trabajo”, en *AAVV, Crisis, reforma y futuro del derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 214-215

³⁴ Vid., García-Perrote Escartín, I.; Mercader Uguina, J., “Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio”, en *AAVV, El modelo social en la Constitución Española de 1978, Sempere Navarro, A. (dir.)*, MTAS, 2003, p. 257

³⁵ STS de 16 de julio de 2015 (RJ/2015/5750)

³⁶ STS de 19 de enero de 1998 (RJ 1998/996)

TS³⁷ identifica la proporcionalidad en la justificación de las decisiones de gestión empresarial, se abre una vía para que, a través del control judicial de la discrecionalidad empresarial en la selección, pueda valorarse si en la determinación de trabajadores afectados que corresponde al empresario, como manifestación de la libertad de empresa, pueden apreciarse circunstancias que justifiquen la proporcionalidad de la medida de manera que se reduzcan los costes sociales de la decisión de gestión empresarial. El control de la motivación que debe justificar una decisión empresarial de MSCT actúa como límite en la selección de trabajadores, de manera que los criterios utilizados para especificar los trabajadores afectados, deben ser objetivamente razonables, en relación con la finalidad legalmente requerida para la adopción de la medida³⁸. Dicho en otros términos, la arbitrariedad de la decisión empresarial en la designación de los empleados a su servicio, que van a ser afectados por la reestructuración de plantilla, ofrece un indicio o prueba de la inexistencia de conexión funcional o instrumental entre las alteraciones sustanciales de las condiciones de trabajo llevadas a cabo y la finalidad a la que éstas han de servir, para superar la falta de rentabilidad o eficiencia de los factores productivos en la empresa³⁹.

La posición de la jurisprudencia del TS, al pretender acreditar el equilibrio entre el interés empresarial y el derecho de los trabajadores más vulnerables a la estabilidad en el puesto de trabajo como bienes en conflicto, se alinea con el modelo productivo equilibrado europeo defendido por las Instituciones de la Unión desde el conjunto del Pilar europeo de derechos sociales. Tal programa se ordena con el objetivo de guiar a los Estados y los interlocutores sociales en la puesta en funcionamiento de mercados laborales justos, para abordar el reto del cambio económico, tecnológico y social. El modelo social europeo se pone al servicio de garantizar la igualdad de oportunidades de los colectivos más vulnerables, así como, el derecho de los trabajadores a un trato equitativo en materia de condiciones de trabajo, inherente a la seguridad que ha de preservarse

³⁷ Vid por todas Sentencia Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005 (RJ 2005/9696); Sentencia del TS de 16 de mayo de 2011 (RJ 2011/4876); Sentencia del TS de 27 de enero de 2014 (RJ 2014/793); Sentencia Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 (RJ 2015/5750)

³⁸ Vid., entre otros, Rodríguez- Piñero, M., “La selección de los trabajadores afectados por un Expediente de regulación de empleo y su control”, RL, 1989 (I), p. 32; González-Posada Martínez, E., La selección de los trabajadores afectados en los despidos colectivos por reducción de personal”, en *AAVV, La reforma del Mercado de trabajo. Libertad de empresa y relaciones laborales*, Madrid, 1993, pp. 803-809; Fernández Domínguez, J.J., *Expedientes de regulación de empleo*, Trotta, Madrid, 1993, p. 188; Navarro Nieto, F., *Los despidos colectivos*, Civitas, Madrid, 1996, p. 235; Monereo Pérez, J.L; Fernández Avilés, J.A, *El Despido Colectivo en el Derecho Español*, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 238

³⁹ Cfr. Valdés Dal-Ré, F., “La designación de los trabajadores afectados por los despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, RL,nº 11,1999, p.4

en las decisiones adoptadas por la empresa para adaptarse al nuevo escenario económico y productivo.

Sin haber trascendido aún al régimen jurídico de las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, el legislador ha optado recientemente por reforzar legalmente la exigencia de proporcionalidad, en el sentido que proponemos, al ordenar el principio de causalidad en los despidos objetivos que afectan a trabajadoras embarazadas, a las personas trabajadoras que han ejercido el derecho a los permisos y excedencias para atender necesidades familiares o a las mujeres que sean víctimas de violencia de género. Así, la modificación que imprime el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo en el art. 53.4.3 ET exige al empresario, para justificar la procedencia de las extinciones, “acreditar suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido requiere concretamente la extinción del contrato de la persona referida”. Por el contrario, para el resto de los trabajadores, que no se encuentren en las situaciones personales descritas, además del cumplimiento de los requisitos formales, la decisión extintiva se calificará judicialmente como procedente “cuando se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva”. Omitiéndose, en esta última referencia normativa, las exigencias que refuerzan la proporcionalidad de la motivación decisión extintiva en la selección de los colectivos vulnerables protegidos por la norma.

El legislador parece extender a todos los colectivos vulnerables enunciados, afectados por un despido objetivo, la tutela reforzada que, según STJUE de 22 de febrero de 2018⁴⁰ (asunto *Porras Guisado* en un supuesto de despido colectivo) exige el art. 10 de la Directiva 92/85/CEE, para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Según el contenido de la sentencia, la tutela de los colectivos protegidos por la Directiva, con una inspiración antidiscriminatoria por razón de sexo, exige que el empresario acredite los criterios objetivos concretos de la designación de la persona despedida, en comparación con otros trabajadores no tutelados por la norma. Esta STJUE supuso una revisión de la doctrina del TS de las trabajadoras embarazadas⁴¹. La nueva redacción legal del

⁴⁰ STJUE de 22 de febrero de 2018 (C-103/16)

⁴¹ La redacción parece recoger los fundamentos de la sentencia del TS de 20 de julio de 2018 (Rec. 2708/2016) que sin pretender entrar en colisión con la sentencia de 15 de marzo de 2016 entiende que en el despido de una trabajadora embarazada donde debe valorarse la posible vulneración del principio de no discriminación por razón de sexo, corresponde a la empresa la carga de probar que su actuación obedece a un motivo razonable y objetivo, ajeno a la vulneración de un derecho fundamental imponiéndose en este supuesto de tutela legal objetiva una carga probatoria más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación resultando que “el demandado debió acreditar que la decisión extintiva era idónea, razonable y proporcionada, debiendo justificar qué criterios había seguido para la extinción del contrato de la actora”.

art. 53.4 expone una ampliación de la tutela promovida por la norma comunitaria a otros motivos de discriminación prohibidos, tales como la atención de responsabilidades familiares o una extensión del criterio del sexo, para abarcar también a los trabajadores con responsabilidades familiares que ejercen derechos legales de conciliación y a las víctimas de violencia de género. No obstante, la reforma legal no ha afectado a los requisitos de la carta de despido de los colectivos de mujeres protegidos por la Directiva, en el sentido de exigir la concreción de tales criterios, ni ha extendido tal reforzamiento del principio de causalidad a otras decisiones empresariales de selección de trabajadores en reestructuraciones que no se salden con pérdida de empleo.

La nueva referencia legislativa asume expresamente, si bien aplicada exclusivamente a los colectivos de trabajadores tutelados por la nulidad objetiva, la línea interpretativa que proponemos *de lege ferenda*, para limitar, expresamente desde la ley y en beneficio de la seguridad jurídica, la facultad de designación por el empresario de los trabajadores afectados por una alteración sustancial del contrato de trabajo. Pese a la indefinición legislativa, la redacción del art. 53.4 ET debe entenderse referida, no a todos los despidos objetivos, sino exclusivamente a los despidos objetivos que, por la causa que los justifica, son inherentes a la empresa y presuponen por ello una facultad de selección empresarial de los trabajadores finalmente afectados; de otro lado, el precepto reformado expresa la opción legislativa de seguir fortaleciendo los supuestos legales de nulidad objetiva en este tipo de despidos por necesidades empresariales, mediante el reforzamiento de la exigencia de proporcionalidad de la medida extintiva, en la finalidad de mitigar el coste social de la afectación de ciertos colectivos de trabajadores vinculados con derechos constitucionales.

En la opción legal, la nulidad objetiva se reforzaba, con anterioridad a la reforma, frente a la categoría de nulidad “no objetiva” mediante la exoneración de la prueba de indicios al trabajador y la imposibilidad de calificación de improcedencia, otorgando un grado superior de tutela al trabajador⁴². Además, la nueva configuración del principio de causalidad, al extender la exigencia probatoria al empresario para justificar la procedencia de la decisión, constituye, en último término, una prioridad de mantenimiento en el empleo a favor de los colectivos de trabajadores que han ejercido derechos legales de conciliación, de

⁴² Vid., Murcia Clavería, A., “El despido: tipología y regulación” en *AAVV, Lecturas de Derecho español e italiano/ Letture di diritto del lavoro spagnolo e italiano*, (Valdés Dal-Ré, F.; Perulli, A., dirs.), Tirant lo Blanch/G. Giappichelli Editore, Valencia/ Torino, 2019, p. 368-369, donde justifica la nulidad objetiva del despido en la aplicación del derecho constitucional al trabajo ex art. 35 ET; mientras la nulidad “subjetiva” es la consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce.

las trabajadoras embarazadas o víctimas de violencia de género, frente a otros trabajadores no protegidos por la norma, en las decisiones empresariales de extinción por necesidades de empresa. La protección supone reforzar la exigencia de proporcionalidad de la motivación de la decisión extintiva, de modo que no basta con justificar su razonabilidad ponderada desde la perspectiva de la productividad empresarial matizada con el respeto al derecho colectivo al empleo, sino que, además será preciso justificar que la designación ha de recaer concretamente en los trabajadores protegidos y no en otros, no protegidos por la norma. De no justificarse tal extremo la decisión no sería calificada de procedente y, al no caber la posibilidad de improcedencia, devendría *nula*.

De este modo, la distribución de la carga probatoria, en la tutela legal de la nulidad objetiva dispuesta para los despidos por causas de funcionamiento de la empresa, ofrece una protección a estos colectivos de trabajadores vulnerables que se equipara a la otorgada, según interpretación jurisprudencial, a la protección legal de los representantes de los trabajadores en este tipo de decisiones empresariales, en las que la ley limita la facultad empresarial de selección mediante su prioridad de permanencia. Según consolidada jurisprudencia, la garantía reconocida a los representantes de los trabajadores en el art. 68.b) ET, de un lado, presupone que sólo opera en los supuestos de decisiones empresariales que afectan a un puesto de trabajo⁴³ que se desempeña por varios trabajadores, en cuanto sólo en este caso se puede establecer algún tipo de prioridad o permanencia⁴⁴; de otro, la decisión empresarial debe afectar al puesto de trabajo ocupado por el representante, sin ser necesario que la decisión colectiva afecte a todos los trabajadores⁴⁵. Partiendo de estos fundamentos, la prioridad de permanencia en la empresa de los representantes no implica la absoluta inmunidad del mismo respecto a decisiones organizativas que puedan ser razonables y proporcionadas; en otro sentido, sí exige al empresario que justifique, en su decisión extintiva final, la afectación de

⁴³ Ante la dificultad interpretativa para identificar el puesto de trabajo en cuyo marco puede ejercerse la garantía de prioridad nos decantamos por la noción legal de *puesto de trabajo de igual valor* que la nueva redacción del art. 28.1 ET dada por el RDL 6/2019 de 1 de marzo identifica al establecer que “ *Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes*”

⁴⁴ STS de 27 de julio de 1989 (RJ 1989/5926)

⁴⁵ STS de 11 de noviembre de 1987 (RJ 1987/7850), donde se fundamenta que “ es lógico que si quedan afectados varios trabajadores, los representantes sindicales tengan preferencia para continuar en la empresa no así cuando es sólo uno el puesto a amortizar, pues si dicha amortización afecta al puesto ocupado por un representante sindical, la aplicación del privilegio que supone el mencionado art. 68.b) ET, aparte de atentar al correcto funcionamiento de la empresa, supondría una vulneración del art. 14 CE”

los trabajadores con prioridad de permanencia frente a otros que no la tengan⁴⁶. En otro caso, según el art. 124.13 LJOS, la consecuencia es la calificación de nulidad, con independencia de que la prioridad se determine por ley, Convenio colectivo o acuerdo en el periodo de consultas.

En los términos de la reforma, el refuerzo legal de la proporcionalidad en la justificación de la medida no alcanza ni a los trabajadores despedidos por razones empresariales que asumen responsabilidades familiares, pero que no han ejercido derechos de conciliación ni, tampoco, al ejercicio de facultades de flexibilidad interna. En estos últimos dos supuestos, la valoración de su designación, para justificar la legitimidad de la decisión empresarial, se mueve en el terreno del estricto control de la motivación referida a las necesidades empresariales en la que se fundamenta la decisión de gestión y, en el cumplimiento de los requisitos formales. En contrario, no resulta legalmente exigible, para concluir en la calificación de procedencia, entrar a valorar la justificación de la selección de los concretos trabajadores afectados frente a otros trabajadores no afectados por la decisión empresarial, que no se tutelan legalmente, por no pertenecer al colectivo protegido por el motivo discriminatorio.

Dicho de otro modo, en la nueva ordenación legal de la nulidad del despido por necesidades empresariales por lesión de derechos fundamentales, para los supuestos específicos de vulneración del principio de no discriminación que no se protegen con la nulidad objetiva, la carga probatoria que se exige al empresario para descartar los indicios de discriminación no comporta justificar que la decisión empresarial extintiva debe afectar necesariamente a los trabajadores protegidos por el criterio discriminatorio frente a los que no lo están. Ello no supone eximir al empresario de la superación del juicio de proporcionalidad, que exige probar que su decisión es razonable, en cuanto supera el juicio de idoneidad, y proporcionada, por imprescindible para el mantenimiento de la unidad productiva, sin provocar sacrificios innecesarios en el empleo, aunque no se exija justificar la imprescindible afectación de los trabajadores protegidos por la tutela antidiscriminatoria. No obstante, esta actividad probatoria no estaría exenta de justificar la ponderación de derechos individuales de los trabajadores como parte integrante, en interpretación jurisprudencial, de la estructura compleja del juicio de proporcionalidad, que exige al empresario adoptar medidas adecuadas para evitar un sacrificio excesivo en el derecho individual del trabajador al mantenimiento en su puesto de trabajo. De constatarse, podría derivar en la improcedencia de la decisión extintiva. De contrario, si los hechos se sitúan en un supuesto de nulidad objetiva, al estar cerrada la posibilidad de que la decisión fuera injustificada, nos situaría en los efectos de la nulidad.

⁴⁶ STS 95/2018 de 6 de febrero (RJ 2018/890).

En definitiva, la nueva redacción del art. 53 ET pone en evidencia que el legislador, al tutelar los derechos fundamentales en la relación laboral, específicamente el principio de no discriminación, asume una interpretación del control de proporcionalidad de las decisiones organizativas del empresario que no abarca en toda su extensión el juicio de “imprescindibilidad” que el TC incorpora a su doctrina⁴⁷. Si así hubiera sido, se hubiera presupuesto legalmente que la prueba sobre la imprescindible afectación de los colectivos protegidos por el criterio no discriminatorio ya forma parte del juicio de proporcionalidad, con el que se enjuicia la lesión de, en general, los derechos fundamentales de los trabajadores⁴⁸, con independencia de que estén o no tutelados por la calificación legal de nulidad objetiva. Tal opción legislativa hubiera exigido trasladar, a modo de cláusula general en el mismo art. 4 ET que reconoce los derechos básicos de los trabajadores en la relación laboral, la doctrina del TC sobre el juego de los derechos fundamentales cuando se ejercen facultades empresariales en el ejercicio de la libertad de empresa.

El colectivo de los trabajadores con responsabilidades familiares resulta ser especialmente vulnerable frente al ejercicio por el empresario de sus facultades de variación sustancial del contrato, fundamentalmente si implica una alteración en la distribución del tiempo de trabajo. Situados en la doctrina constitucional que vincula la asunción de responsabilidades familiares al principio de no discriminación por razones familiares (STC 26/2011 de 14 de marzo), y *con independencia del ejercicio de derechos de conciliación*, el principio de no discriminación se configura como límite general para el ejercicio de los poderes del empresario que, en el contexto de una visión amplia, exige al empresario no sólo la supresión de diferencias de trato que no se encuentren justificadas en criterios objetivos y razonables, sino también la actitud de potenciar la igualdad de los colectivos discriminados, para conseguir la equiparación de trato eliminando situaciones fácticas de discriminación. La tutela de este colectivo, creemos, debe encauzarse aplicando toda la problemática que implica la limitación de los poderes del empresario por el principio de no discriminación.

Dicho de otro modo, la ordenación legal de la tutela de los trabajadores con responsabilidades familiares nos sitúa en la órbita de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el respeto del principio de no discriminación por razones

⁴⁷ Vid., entre otras, STC 98/2000, de 10 de abril.

⁴⁸ La noción de “imprescindibilidad” se ha asumido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional como único fundamento de la posible limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores, así en STC 90/1999. Asumiendo esta tesis, para solucionar el conflicto entre los poderes empresariales de organización del trabajo en la empresa y los derechos fundamentales de los trabajadores, vid., Valdés Dal-Ré, F., “Contrato de trabajo, Derechos Fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia” RL, 2003, Tomo II, pp. 99-102.

familiares. Aplicando la doctrina del intérprete de la Constitución, y asumiendo la posición defendida en este trabajo sobre la amplitud del “juicio de imprescindibilidad” en la tutela de los derechos fundamentales, el empresario vulnera el principio de no discriminación si descarta decisiones alternativas que permitan satisfacer el interés empresarial y resulten menos agresivas para el derecho en conflicto; en otro caso, la decisión organizativa empresarial respeta el derecho fundamental, en cuanto el sacrificio del interés del trabajador es indispensable y absolutamente necesario para satisfacer el interés empresarial sin que quepan medidas de gestión alternativas (STC 98/2000 de 10 de abril). Proyectando esta construcción de la tutela de los derechos fundamentales sobre los conflictos que nos ocupan, para justificar una decisión de MSCT que afecte a los trabajadores con responsabilidades familiares, además de probarse la racionalidad, aunque ponderada, desde la perspectiva de la productividad empresarial, es necesario justificar que deba afectar necesariamente a los trabajadores que asumen tales responsabilidades, por resultar imprescindible para el correcto funcionamiento de la organización productiva, sin que, razonablemente, pueda solucionarse por otras vías diferentes. En otro caso, se ejerzan o no derechos de conciliación, y pese a que el legislador no ha trasladado expresamente a la flexibilidad interna la nueva ordenación de la carga probatoria prevista para los supuestos legales de nulidad objetiva de los despidos por causas empresariales del art. 52 ET, la solución debería ser, según defendemos, la nulidad de la decisión empresarial modificatoria, sin perjuicio de que la tutela se deba otorgar, según se ejerzan o no derechos de conciliación, respectivamente, bien por la vía de la nulidad objetiva o, bien, por el cauce de la prueba de indicios.

3. LA PONDERACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL TRABAJO EN LA DECISIÓN EMPRESARIAL MODIFICATORIA AL SERVICIO DE PREVENIR LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO A INICIATIVA DEL EMPRESARIO

Los colectivos de trabajadores más vulnerables a los cambios en su relación laboral quedan tutelados por el legislador laboral en cuanto el art 41, en todos los supuestos modificativos previstos en el listado legal, salvo si afectan al sistema de trabajo y rendimiento⁴⁹, habilita, a la extinción indemnizada⁵⁰ del contrato de

⁴⁹ La reforma laboral de 2012, como justifica en su exposición de motivos en aras a la flexi-seguridad que persigue, amplía los supuestos de extinción indemnizada vía art. 41 ET a las modificaciones en sistema de remuneración y cuantía salarial y funciones si exceden los límites del art. 39 ET.

⁵⁰ Según posición unánime de la jurisprudencia, la extinción requiere previa prueba del perjuicio por el trabajador vía judicial, en caso de conflicto con el empresario, debiendo el trabajador permanecer en su puesto de trabajo hasta la resolución del procedimiento. De no existir conflicto

trabajo por el trabajador⁵¹, sin necesidad de acudir a la vía judicial, en la medida en que pruebe resultar perjudicado por tales decisiones empresariales⁵². En caso de que la modificación cause un perjuicio más lesivo, por haberse producido un incumplimiento grave del empresario o se cause perjuicio a su dignidad, siempre que la modificación se realice sin seguir los trámites del art. 41 ET, el trabajador afectado por el cambio puede extinguir el contrato acudiendo a la vía prevista en el art. 50 ET, que exige la resolución judicial, impuesta con carácter constitutivo de estimarse la pretensión del trabajador⁵³ y equipara la indemnización a percibir a la que hubiera correspondido en caso de despido improcedente⁵⁴. De este modo,

con el empresario sobre los perjuicios causados, la extinción se produce sin necesidad de acudir a la vía judicial. La indemnización legal se cifra en 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 9 mensualidades (art. 41.3 ET). Ante la ausencia de mención legal, parece oportuno exigir que la comunicación se condicione a la forma escrita a efectos probatorios teniendo en cuenta las grandes posibilidades existentes en relación a que esta opción extrajudicial se convierta en judicial por falta de reconocimiento empresarial; así, vid. Bejarano Hernández, A., *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 17

⁵¹ Vid., Alameda Castillo, M^a T; Blázquez Agudo, E., “Modificación sustancial de condiciones de trabajo: un análisis retrospectivo (1).”, *Trabajo y Derecho*, nº 14, 2016, pp. 4-5, donde se plantean propuestas de revisión del orden normativo del art. 41 ET para situar la institución en la salvaguarda de los derechos de los trabajadores, así la incorporación al régimen legal de eventuales compensaciones para el trabajador que ha visto alterada sustancialmente su relación laboral pero que quiere permanecer en la empresa.

⁵² Vid., ampliamente Blázquez Agudo, E, *Vías de reacción del trabajador frente al supuesto de modificación sustancial de sus condiciones de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2014, que plantea una evolución de la institución de la modificación sustancial de las condiciones laborales, en garantía del trabajador, para eliminar la previa demostración del perjuicio causado para acceder a la rescisión indemnizada, bastando la simple existencia de la alteración sustancial de las condiciones de trabajo acordadas por las dos partes y alteradas unilateralmente por una de ellas. De no probarse tal perjuicio, la vía para resolver el contrato por estar el trabajador disconforme con la modificación sufrida será la extinción por dimisión sin derecho a indemnización ((art. 49.1.d ET); vid, en este sentido, Bejarano Hernández, A., *Extinción indemnizada del contrato por causa de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 15-17

⁵³ Es opinión unánime en la doctrina que el art. 50 ET es la traslación al ámbito laboral del art. 1124 CC que concede al contratante cumplidor frente al incumplidor la facultad genérica de exigir el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, con el resarcimiento de daños y el abono de los intereses en todo caso. Vid. González De Patto, R.M., *La dimisión provocada. Configuración y régimen jurídico del art. 50 del Estatuto de los trabajadores*, Comares, Granada, 2009, pp 36-37, para quien, la culpabilidad no es en ningún caso ingrediente del incumplimiento resolutorio sino que igual que en la resolución civil, opera conforme a un criterio rigurosamente objetivo.

⁵⁴ Vid., Toscani Giménez, D., “Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo”, AL, nº 21, 2012, p. 17, quien aboga por que, la eliminación con la reforma de 2012 de la facultad de rescindir el contrato al amparo del art. 50 ET cuando la modificación perjudique la dignidad del trabajador, a pesar de ser conforme al art. 41 ET, resulta injustificada e incluso podría argumentarse inconstitucional, al primarse las facultades de dirección y organización empresarial frente a los derechos fundamentales del trabajador.

la designación de los trabajadores afectados por la decisión empresarial, con ser trascendente a los efectos de situar la MSCT en la órbita de la ponderación que exige su justificación, tiene otra lectura que remite a la posible utilización empresarial de este instrumento como vía de escape al régimen del despido, para forzar la extinción indemnizada de los trabajadores perjudicados por las decisiones empresariales. Con independencia de que estas extinciones se produzcan por voluntad del trabajador, no puede desconocerse la existencia de una previa decisión empresarial de reestructuración que las condiciona. Así, introducir garantías para proteger a los trabajadores vulnerables bien puede considerarse, como proponemos, una vía adecuada para reforzar la proporcionalidad en las MSCT coherentemente con el modelo social constitucional y, a la vez, situar tal facultad empresarial de flexibilidad interna como instrumento alternativo de la destrucción de empleo a iniciativa del empresario, en cuanto finalidad expresamente confesada por el legislador para justificar el fortalecimiento del poder empresarial en la relación laboral. En último término, con tal previsión, el modelo de flexibilidad interna resultaría coherente con el modelo europeo efectivo y global de reestructuración empresarial.

Cuando el empresario comunica a sus trabajadores una decisión de alteración sustancial de su contrato, éstos pueden optar entre aceptar las nuevas condiciones laborales o, en caso de probar perjuicios ocasionados por la decisión empresarial, extinguir la relación laboral en los términos previstos en el art.41.3.2 ET (o del art. 50.2 ET, si el empresario lesiona los derechos fundamentales del trabajador o, de cualquier otro modo, incumple gravemente sus obligaciones contractuales). En las decisiones de modificaciones sustanciales de trabajo, el empresario altera unilateral y sustancialmente lo pactado inicialmente con el trabajador, incidiendo en su esfera jurídica al desaparecer el margen de seguridad que inicialmente le ofrecía el pacto⁵⁵. Por ello, el empresario está limitado, al efectuar dichos cambios, a precisar la concurrencia de una causa económica, técnica, organizativa o productiva y, por esa misma razón, no puede serle exigido al trabajador perjudicado el mantenimiento de su relación laboral, permitiéndole el ordenamiento jurídico extinguir unilateralmente y de manera indemnizada el contrato de trabajo⁵⁶. Si el trabajador opta por la extinción indemnizada, lo hará

⁵⁵ Vid. Román De La Torre, M.D., “*Poder de dirección y contrato de trabajo*”, Grapheus, Valladolid, 1992, p. 98.

⁵⁶ Vid. Santiago Redondo, K. M., “Movilidad geográfica”, en AAVV, *La reforma del Mercado Laboral*” (dir. Valdés Dal-Ré, F.), Lex nova, Valladolid, 1994, p. 348. Así mismo, vid. alguna jurisprudencia pionera en este planteamiento, así la Sentencia del TS, de 9 de junio de 1987 (Ar 4318), que pone de relieve la razón por la que ante una modificación sustancial del contrato de trabajo efectuada por el empresario en base al art. 41 ET, no puede serle exigido al trabajador el mantenimiento de la relación laboral, en cuanto la citada modificación “deja al trabajador en la

forzadamente porque su decisión deriva directamente del daño que objetivamente le causa la introducción unilateral por el empresario de unos cambios en sus condiciones laborales que, por otro lado, desbordan lo pactado contractualmente⁵⁷. De todo resulta que, estos supuestos extintivos, son una consecuencia directa del ejercicio por el empresario de un poder modificativo que desemboca en una extinción del contrato por voluntad libre del trabajador, pero provocada de manera muy determinante.

Las anteriores reflexiones nos conducen a determinar que estas decisiones empresariales, en realidad, lo que hacen es forzar al trabajador a aceptar la modificación de las condiciones laborales, bajo el apercibimiento implícito de que en caso contrario perderá su empleo. El esquema del art 41 ET desemboca en una especie de denuncia modificativa⁵⁸, en cuanto a que el resultado que se produce es el mismo, aunque formalmente no se plantea como tal⁵⁹. Ello es así dado que, legalmente se configura la modificación como un negocio unilateral recepticio que no requiere el concurso del consentimiento del trabajador y, de otro lado, porque en caso de producirse la no aceptación de tales cambios, la extinción se produce por la voluntad unilateral del trabajador, por lo que no es constitutiva de despido en sentido técnico-jurídico.⁶⁰

En cualquier caso, la argumentación expuesta nos acerca a una conclusión relevante para nuestro estudio. No procede olvidar que, en la denuncia modificativa, la decisión empresarial de despedir al trabajador, si no consiente en la modificación de condiciones laborales pretendida, forma parte de un proyecto único empresarial de reestructurar la plantilla por necesidades de funcionamiento de la empresa. Salvadas las diferencias puestas ya de relieve, la decisión empresarial de modificar unilateralmente el contrato de trabajo, siguiendo el procedimiento

imposibilidad de continuar con las mismas actividades que hasta ese momento venía desarrollando en su desenvolvimiento vital”, comportando la exigencia de mantenimiento de la relación laboral “la imposibilidad de consumir otras prestaciones”.

⁵⁷ Vid. Cruz Villalón, J., “El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, RL, nº 17-18, 1994, p. 159

⁵⁸ Cfr. Cruz Villalón, J., “El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, RL, nº 17-18, 1994, p.159. Vid., asumiendo esta asimilación, García Murcia, J., “Traslado y desplazamientos en la empresa. El artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 52; Pérez De Los Cobos Orihuel, F., “Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo”, RL, 1996, Tomo II, p. 361.

⁵⁹ “Negocio jurídico mixto, por el que el empresario a un mismo tiempo ejercita su facultad de resolución unilateral del contrato de trabajo y, de forma coetánea, formula al trabajador una propuesta de conservación de la relación laboral, si éste acepta modificar las condiciones de cumplimiento de la prestación debida”

⁶⁰ Sobre estas argumentaciones, vid. Cruz Villalón, J., “El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, RL, nº 17-18, 1994, p. 159.

previsto en el art. 41 ET, condiciona al trabajador a aceptar tales cambios si quiere conservar su empleo que, en otro caso, perderá en virtud de una decisión unilateral indemnizada adoptada por él mismo, produciéndose todas estas decisiones dentro de un contexto de reestructuración empresarial derivado de la concurrencia de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o productivas. Las extinciones, al producirse en un contexto de reestructuración del trabajo en la empresa, encuentran su causalidad en las mismas razones que justifican la adopción por el empresario de los cambios sustanciales que, a su vez, provocan de manera determinante la extinción de la relación laboral por el trabajador. Consecuentemente, el montante indemnizatorio en estos supuestos extintivos trata de compensar los perjuicios que sufre el trabajador al introducirse por el empresario, en base a la concurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas o productivas, unos cambios que alteran sustancialmente lo pactado y que, además, se presuponen idénticos a los que derivan de una decisión empresarial extintiva por las mismas causas⁶¹. Tal es el fundamento que justifica la equiparación legal de la cuantía indemnizatoria en estas extinciones por voluntad unilateral del trabajador y la prevista para los despidos por necesidades de funcionamiento de la empresa⁶², siendo sensiblemente inferior a la que corresponde a las resoluciones del contrato por el trabajador derivadas de incumplimientos contractuales del empresario, donde la justificación de la cuantía indemnizatoria radica, precisamente, en los perjuicios derivados al trabajador de tales incumplimientos empresariales⁶³.

Así las cosas, la iniciativa empresarial en la terminación de la relación laboral es el elemento clave para la construcción de un modelo de reestructuración

⁶¹ El art. 22 LRL establecía expresamente esta equiparación al regular la indemnización correspondiente en las resoluciones por voluntad del trabajador con ocasión de un traslado, al prever una indemnización similar a la de la extinción por causas económicas o tecnológicas.

⁶² La indemnización que corresponde legalmente en los despidos empresariales se cifra en 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades (arts 51.4 ET y 53.1.b) ET). Esta indemnización coincide plenamente con la prevista para la extinción unilateral del contrato por el trabajador que no acepta una decisión empresarial de traslado (40.1.3º), siendo sensiblemente inferior (20 días por año trabajado con un máximo de 9 mensualidades), en los supuestos extintivos producidos por la no aceptación por el trabajador perjudicado de una modificación sustancial del contrato relativa a jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo y trabajo a turnos y funciones cuando excedan de los límites de la movilidad funcional (art.41.3.2º ET). Vid., Albiol Montesinos, I., “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, *Revista de Trabajo*, 1989, nº 93, pp. 39-40, que justifica esta pequeña diferencia en el montante indemnizatorio en la inercia legislativa, dado que la LRL equiparaba las indemnizaciones únicamente en los despidos y traslados, y a que los perjuicios derivados de una decisión empresarial de traslado son de mayor entidad y más evidentes que los que derivan de otra modificación sustancial de las condiciones de trabajo que son más genéricos y subjetivos.

⁶³ La indemnización prevista en las resoluciones del contrato de trabajo por voluntad del trabajador en los supuestos de incumplimientos contractuales del empresario, es de 33 días de

empresarial en el marco de un enfoque global y alineado donde las decisiones empresariales de modificaciones sustanciales se engarzan como una alternativa al despido o, dicho en mejores términos, como instrumento de gestión empresarial preventivo de la pérdida de empleo a iniciativa del empresario. Contemplar estas extinciones por voluntad del trabajador, pero a iniciativa empresarial, desde esta perspectiva amplia de los procesos de reestructuración empresarial sirve para insistir en la trascendencia de reforzar la proporcionalidad en la motivación de las decisiones de modificación sustancial del contrato, mediante la garantía del derecho al trabajo ex art. 35 CE como estabilidad en el empleo cuando el empresario designa los trabajadores afectados por su decisión. Ello, como abordamos en la parte previa, para proteger el excesivo coste social que supone seleccionar a determinadas categorías de trabajadores con anclaje constitucional; aunque, también, si se quiere situar la gestión flexible del trabajo en la empresa como un modelo de organización del factor trabajo equilibrado, que permita a la empresa la adaptación a la evolución de la economía, pero sin descuidar la defensa del empleo.

El equilibrio del modelo de gestión que proponemos se salvaguarda, de un lado, porque pondera el derecho al trabajo de los trabajadores designados y, de otro, porque integra la alteración sustancial como un instrumento de gestión alternativo a la destrucción de empleo, en sentido amplio y por iniciativa del empresario, ya sea mediante despidos o extinciones finalmente materializadas por voluntad del trabajador. En otro caso, situar las alteraciones sustanciales del contrato al margen de las exigencias del Estado social y, en definitiva, de espaldas a la tutela del derecho constitucional al trabajo, favorece la configuración de la institución de la alteración sustancial del contrato como una estrategia empresarial desequilibrada, que facilita la destrucción de empleo por voluntad del trabajador, pero atribuible a su responsabilidad, sin tener que recurrir a las limitaciones de los despidos por necesidades empresariales.

salario por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades, es decir, la que corresponde en los supuestos de despido improcedente (art. 50.2 ET). El precepto regula los denominados “despidos indirectos” donde la indemnización es la típica de daños y perjuicios por incumplimiento del empresario de sus obligaciones contractuales, porque lo que en definitiva solicita el trabajador es que se reconozca que el empresario ha creado una situación de despido que no expresa. Sobre este fundamento de la indemnización, vid. Alonso Olea, M., “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, RPS, nº 126, 1980, p. 144; Albiol Montesinos, I., “La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador”, Revista de Trabajo, nº 93, 1989, p. 21; González De Patto, R.M., *Resolución del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial y procedimiento concursal*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2010, p.71, para quien el mayor alcance cuantitativo de la indemnización tiene un componente sancionador del incumplimiento en sí mismo consumado a resultas de la falta de diligencia mostrada por el empresario en el ejercicio de sus facultades organizativas.

Así, estas extinciones del contrato de trabajo por voluntad unilateral del trabajador, derivadas de la no aceptación de modificaciones sustanciales de condiciones laborales, se manifiestan como la última consecuencia de un único proyecto empresarial de reestructurar el trabajo en la empresa, por la concurrencia de causas relativas al funcionamiento de los factores productivos⁶⁴. Esto es, se realizan en interés de empresa, siendo el empresario el último responsable de la finalización de la relación laboral, al producirse directamente por su previa iniciativa. Esta argumentación⁶⁵ ha terminado imponiéndose en la jurisprudencia⁶⁶ y en la legislación de Seguridad Social hasta el punto que, el ordenamiento jurídico no considera esta decisión de finalizar la relación laboral, como un cese voluntario en el empleo, reconociendo al trabajador el derecho al percibo de la prestación de desempleo (art. 267.1.a.5º TRLGSS)⁶⁷. Así mismo, este discurso ha quedado finalmente sentenciado por el TJUE⁶⁸, que asume la conclusión alcanzada en la configuración de estos supuestos extintivos por voluntad unilateral del trabajador, para incluir estas extinciones en el ámbito de aplicación de la Directiva comunitaria 98/59 sobre despidos colectivos⁶⁹. Posición, por otro lado coherente con el Convenio 158 OIT⁷⁰, que parece acoger esta misma interpretación, al referir la tramitación del procedimiento previsto en el capítulo III para las extinciones de la relación laboral a iniciativa del empleador por necesidades de funcionamiento

⁶⁴ Vid Cruz Villalón, J., “El art. 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994”, RL, nº 17-18, 1994, p. 159

⁶⁵ Vid., ampliamente, Alonso Bravo, M., *Estrategias empresariales y extinción colectiva de los contratos de trabajo*, Reus, Madrid, 2008, pp. 69-120

⁶⁶ Así, la STS, de 24 de enero de 2017 (RJ/2017/927), asimilaba a un despido una extinción producida por voluntad del trabajador, como consecuencia de una decisión empresarial de movilidad geográfica en el marco de un proceso de reestructuración empresarial, a efectos de reposición de prestaciones. En materia de Seguridad Social, resulta interesante la STSJ Cataluña, Sala Social, de 24 de enero (Rec. nº 6785/2017), reconociendo el derecho a la jubilación anticipada por causas a él no imputables, a un trabajador que extingue su contrato de trabajo por no aceptar una modificación sustancial del contrato; a juicio de la Sala, tal decisión es equiparable al despido del art. 52.c ET (art. 207.1 TRLGSS), al producirse en un contexto de reestructuración empresarial y basada en causas económicas.

⁶⁷ Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE del 31 de octubre)

⁶⁸ STJUE de 11 de noviembre de 2015, Asunto C-422/2014; STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-149/16 y STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16

⁶⁹ Directiva 98/59 CE, de 20 de julio de 1998. DOCE de 12 de agosto de 1998

⁷⁰ La Conferencia General de la OIT adoptó con fecha de 22 de junio de 1982 el Convenio nº 158 “sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador”. El citado Convenio se acompañó de la Recomendación nº 166. Ambos instrumentos son fruto de las deliberaciones que tuvieron lugar durante la 67 reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo, celebrada en 1981. España ratifica el Convenio 158 por instrumento de ratificación de 18 de febrero de 1985 publicado en el BOE el 29 de junio de 1985. Desde entonces sus normas son obligatorias en el estado español.

de la empresa⁷¹, basado en la consulta del empleador con los representantes de los trabajadores y la notificación del despido a la autoridad laboral, a todas las terminaciones de la relación de trabajo “a iniciativa del empleador”, sin hacer referencia expresa a que tales extinciones deban llevarse a efecto por voluntad unilateral del empresario, frente a otras que únicamente fueran computables por proceder de la mera iniciativa empresarial.⁷² El TJUE se pone en conexión con las referencias recíprocas que existen entre la ordenación normativa de los despidos colectivos en el ámbito de la OIT y la UE⁷³.

Con esta interpretación, el TJUE se inserta en la concepción de los procesos de reestructuración empresarial en el ámbito de la UE que, como explicábamos en otra parte de este trabajo, se ha ido construyendo mediante la proliferación de instrumentos de soft-law. A través de esta vía se ha diseñado un modelo productivo en Europa basado en la gestión previsoras del cambio permanente de las empresas y con preferencia por los instrumentos de flexibilidad interna, compatibles con la seguridad en el empleo. A día de hoy, no existe en el ámbito social comunitario un nuevo acto normativo con finalidad armonizadora en materia de extinciones colectivas que asuma esta perspectiva previsoras en el tratamiento de las estructuraciones empresariales, aunque estas manifestaciones de “soft-law” consistentes en instrumentos jurídicamente no vinculantes o de vinculación flexible, pueden estar apuntando hacia su transformación en normas jurídicas vinculantes⁷⁴.

De momento, como decimos, esta perspectiva se ha asumido expresamente por la reciente jurisprudencia del TJUE aunque las instituciones comunitarias perdieron la oportunidad para incorporarla a la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos en el proceso de su elaboración. Cuando se procede a modificar la primera Directiva sobre despidos colectivos (Directiva 75/129/CE)⁷⁵ por la Directiva 92/56 CE⁷⁶, su redacción definitiva rechazó la propuesta modificada

⁷¹ El art. 4 Convenio n° 158 OIT establece que “no se pondrá término a la relación de trabajo a menos que exista para ello una causa relacionada con su capacidad o conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”

⁷² A estos efectos, el art. 3 Convenio 158 OIT, establece que “a los efectos del presente Convenio las expresiones terminación y terminación de la relación de trabajo significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador”.

⁷³ Mut González, F. “La incidencia del convenio 158 OIT en materia de despidos colectivos”, RL, n° 3, 1994, p. 87

⁷⁴ Así, Valdés Dal-Ré, F., “Soft law, Derecho del Trabajo y orden económico globalizado”, RL, Tomo I, 2005, p. 39, quien apunta que “no puede ni debe negarse la capacidad de algunas manifestaciones del soft-law (recomendaciones, por ejemplo) de anticipar futuras regulaciones cogentes, de actuar como criterios de interpretación de las reglas jurídicas vinculantes o de transformarse, a resultados de una aplicación reiterada, en normas vinculantes”.

⁷⁵ Directiva 75/129 del Consejo, de 17 de febrero de 1975. DOCE de 22 de febrero de 1975

⁷⁶ Directiva 92/56 de 24 de junio de 1992. DOCE de 26 de agosto de 1992

de la Directiva presentada por la Comisión, de acuerdo con el dictamen del Parlamento europeo y del dictamen del Comité Económico y Social⁷⁷. Dicha propuesta de la Comisión pretendía modificar el elemento cualitativo del concepto comunitario de despido colectivo para que pasara a referirse a “toda rescisión del contrato realizada a iniciativa del empresario por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”, como fórmula sustitutoria de la de “despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores”. Con este cambio, la Comisión planteaba la necesidad de extender las garantías de la Directiva a todos los supuestos de extinción que encontraran justificación en la necesidad de la empresa de suprimir puestos de trabajo.⁷⁸

La doctrina del Tribunal europeo tiene dos consecuencias trascendentales para situar la legislación española en el marco de un modelo efectivo de gestión de las reestructuraciones empresariales global y preventivo⁷⁹. De un lado, definitivamente se zanja la duda interpretativa sobre el posible cómputo de estas extinciones a voluntad del trabajador en el art. 51.1.4 ET a efectos de configurar un despido colectivo. Tales extinciones, como un sector de la doctrina ya adelantaba⁸⁰, computan a efectos de alcanzar los umbrales numéricos del despido colectivo en cuanto, pese a materializarse por voluntad del trabajador con base en el art. 41.3.2 o 50.1 ET, son extinciones contractuales atribuibles a la responsabilidad del empresario, por ser a su iniciativa y por motivos de funcionamiento de la empresa.

⁷⁷ DOCE 8 de mayo. COM (92) 127 final.

⁷⁸ La modificación respondía al siguiente razonamiento contenido en la EM de la propuesta modificada de la Comisión: *“el Parlamento ha mostrado su preocupación por el hecho de que no se contemplen en este art. las rescisiones del contrato de trabajo que no adoptan la forma de un despido. Esta preocupación parece totalmente lógica, sobre todo teniendo en cuenta que el procedimiento de información y consulta de los trabajadores tiene por objeto precisamente evitar o reducir los despidos, lo que lleva consigo frecuentemente el uso a formas de extinción o suspensión de la relación laboral negociadas con los trabajadores y sus representantes (despidos negociados, jubilaciones anticipadas, etc.). La Directiva tiene por objeto no tanto las situaciones de despido en el sentido jurídico del término sino más bien las situaciones de supresión de puestos de trabajo”*.

⁷⁹ Vid. Monereo Pérez, J.L., “Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y su cómputo para el despido colectivo en caso de posterior extinción contractual (sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16: ciupa y otros y, C-149/16: Socha y otros), La Ley Unión Europea, nº 54, 2017, Editorial Wolters Kluwer, pp 19-21

⁸⁰ También optan por la inclusión de estas extinciones producidas en el marco de los arts 40 y 41 ET en el cómputo del art. 51.1.4 ET, entre otros, Cruz Villalon, J., “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas laborales*, nº 44, 1997, p. 55; Goerlich Peset, JM., “Los despidos colectivos”, *Comentarios a las leyes laborales, Borrajo Dacruz, E. (dir.)*, Tomo II, El Despido, EDERSA, Madrid, 1994, p. 128; Alonso Bravo, M., *Estrategias empresariales y extinción colectiva de los contratos de trabajo*, Reus, Madrid, 2008, p.118.

Pese a que la jurisprudencia resultaba vacilante sobre este extremo, algún pronunciamiento judicial se adelantaba a esta decisión del TJUE, en iguales términos interpretativos. Así, resulta interesante la STSJ nº 20 de Madrid, de 10 de enero de 1996, que utiliza los argumentos que estamos exponiendo para incluir en el cómputo una extinción por voluntad unilateral del trabajador, motivada por el rechazo de un traslado al argumentar que *“en principio, el tenor literal de art. 51.1 es muy claro, se computan las “extinciones” y el traslado con base a lo dispuesto en el art. 40 ET no es extinción. Pero no cabe duda, de que la decisión del empresario puede culminar en una extinción, bien porque el trabajador se acoja a lo dispuesto en el art. 40.1 ET y extinga el contrato con indemnización; bien porque el empresario, no reponga al trabajador en su puesto, una vez declarada la improcedencia de la medida y se extinga el contrato por resolución judicial. De este modo, y por idénticas causas el problema puede culminar en la materialización de extinciones por encima del umbral permitido por el art. 51 ET burlándose la ley (...); parece que lo razonable será computar tales extinciones, pues aunque sea el trabajador quien extingue o la resolución judicial a su instancia y no existe por lo tanto la “iniciativa del empresario” en el fondo la situación que genera la extinción es debida a la iniciativa empresarial”*. En idéntico sentido camina la jurisprudencia reciente del TS. Así, la STS de 14 de julio de 2017⁸¹, asimilando a los despidos, a efectos de cómputo para configurar numéricamente un despido colectivo, los ceses producidos por voluntad del trabajador a consecuencia de traslado o modificación sustancial del contrato de trabajo, en el marco de la interpretación del art. 51.1.4 ET.

De otra parte, donde la STJUE ha sido más innovadora e incisiva en la defensa del empleo, se evidencia al interpretar el art. 41 ET de conformidad al derecho comunitario, de modo que, las decisiones unilaterales del empresario de modificar sustancialmente el contrato de trabajo también se asimilan a los despidos a efectos de aplicar las garantías de la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos. Esto significa que, cuando la decisión modificativa del empresario afecte a un número de trabajadores que alcance los umbrales previstos en el art. 51.1 ET para configurar un despido colectivo, el empresario tiene que abrir el procedimiento previsto para tales despidos, con carácter previo a la comunicación de su decisión modificativa a los trabajadores. Tal conclusión se alcanza por el Tribunal europeo en el entendimiento de que, en un modelo de gestión de las reestructuraciones empresariales negociado, global y previsor, el empresario debe prever que su decisión pueda derivar en extinciones por voluntad del trabajador, pero atribuibles a su responsabilidad, por el contexto de reestructuración en el que se adoptan. A estos efectos habría que decidir si, atendiendo a

⁸¹ STS de 14 de julio de 2017 (RJ/2017/4155).

la interpretación sobre este punto del TJUE⁸², los umbrales numéricos previstos en el art. 51.1 ET para configurar un despido colectivo, se alcanzarán tomando como referencia la unidad económica de la empresa, pero, también, la del centro de trabajo, si las extinciones se producen en el mismo centro cuando tiene una plantilla al menos de 20 trabajadores⁸³. Recientemente, el TS en sentencia de 19 de noviembre de 2019⁸⁴ ha interpretado que los criterios de la Directiva de despidos colectivos, para determinar su ámbito de aplicación, no se aplican a las MSCT, por lo que el parámetro de referencia para determinar el número de trabajadores afectados por la modificación en un periodo de 90 días, que determina la naturaleza colectiva de la MSCT, es la empresa y no el centro de trabajo⁸⁵.

Desde la perspectiva de transposición del derecho comunitario a la ordenación legal del procedimiento en las MSCT, el periodo de consultas en estas decisiones de reestructuración empresarial, aunque no impliquen pérdida de empleo, debe entenderse como el marco de desarrollo de un proceso negociador entre el empresario y los representantes de los trabajadores para, en la finalidad de evitar o disminuir las consecuencias negativas en el empleo, poder alcanzar un acuerdo sobre el alcance de la decisión y sus implicaciones sociales. Planteado el tema en estos términos, el proceso de negociación garantiza una participación equilibrada por parte del empleador y los representantes de los trabajadores, para impedir que la crisis de empresa se convierta en un conflicto abierto. En este contexto se legitima la posición de los representantes, tanto para recibir información sobre las circunstancias que determinan la aparición de la situación empresarial de crisis como, en su participación mediante la negociación, para valorar las medidas que eviten o limiten las consecuencias adversas que hayan de producirse, tanto para el empleo como respecto de los trabajadores afectados.⁸⁶

El legislador español asume, en coherencia con la finalidad de la Directiva, la naturaleza negocial del periodo de consultas en las MSCT, que deberá estar presidido por el principio de buena fe (art. 41.4 ET). El TS justifica la necesidad de una interpretación judicial de este extremo, en cuanto que el legislador se

⁸² Sentencia TJUE de 13 de mayo de 2015 (TJUE 2015,24). Asunto 382/13.

⁸³ Así lo ha interpretado TS en Sentencia de 6 de abril de 2017 (RJ/2017/2275) para los despidos colectivos asumiendo la doctrina del TJUE.

⁸⁴ STS de 19 de noviembre de 2019 (RJ 2019/5301).

⁸⁵ Interpretación que puede entenderse desconectada de la última doctrina del TJUE que, asumiendo una noción amplia y previsor de las reestructuraciones empresariales, interpreta que las MSCT se asimilan a los despidos colectivos a efectos de aplicar las garantías que establece la Directiva 98/59.

⁸⁶ González-Posada Martínez, E., “El despido colectivo, el ordenamiento español y la directiva 75/129”, *Revista de estudios europeos*, nº 1, 1992, p. 61.

refiere al deber de buena fe con una expresión legal de enorme generalidad, que no hace referencia, ni a las obligaciones que el deber comporta, ni a las conductas que pudieran vulnerarlo, aunque en su configuración no hay que olvidar que la previsión legal no parece más que una especificación legal del deber general de buena fe que corresponde al contrato de trabajo, así como a todo contrato (art. 1258 CC)⁸⁷. Significativa resulta, a este efecto, la STS de 16 de julio de 2015⁸⁸, que recopila la jurisprudencia del Tribunal sobre el deber de buena fe, antes y después de la reforma laboral de 2012, aunque sólo es tras la reforma laboral cuando las sentencias se refieren, específicamente, a las modificaciones sustanciales del contrato, incorporando los argumentos que, antes de la reforma, únicamente se circunscribían a los despidos colectivos.⁸⁹

En términos generales, con relación al deber de Buena fe durante el periodo de consultas en procesos de MSCT (y también en los de despidos colectivos), de la jurisprudencia recurrente del TS sobre este extremo se desprenden las siguientes consideraciones:

1.-La naturaleza del deber legal que el art. 41.4 ET impone a los sujetos negociadores, en el desarrollo del periodo de consultas, es de buena fe negociadora. La interpretación se justifica en que la trascendencia que el legislador quiere dar al trámite previo del periodo de consultas, no es un mero trámite preceptivo, sino una verdadera negociación colectiva entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, tendente a conseguir un acuerdo, que, en la medida de lo posible, evite o reduzca los efectos de la decisión empresarial, así como aborde las medidas necesarias para atenuar las consecuencias para los trabajadores afectados. En la medida en que el precepto instrumentaliza la buena fe a la consecución de un acuerdo sobre tales extremos, que por otro lado son los que integran el contenido mínimo del periodo de consultas, se deja claro que la buena fe que se exige es la buena fe negocial, que, por otro lado, se impone de manera general por el art. 89.1 ET en el ejercicio de la negociación colectiva.

La asimilación del deber de negociar en el periodo de consultas a la buena fe negocial permite atraer la regla del art. 88.3 ET, según la cual las partes negociadoras podrían contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores que intervendrían con voz, pero sin voto. Tal posibilidad, prevista como facultativa por la Directiva sobre despidos colectivos⁹⁰, resulta interesante para fortalecer la

⁸⁷ STS de 27 de mayo de 2013 (RJ 2013/7656); STS de 18- febrero de 2014 (RJ 2014/2239); 23de octubre de 2015 (RJ/ 2015/5449).

⁸⁸ STS de 16 de julio de 2015(RJ 2015/5750).

⁸⁹ STS de 16 de julio de 2015 (RJ 2015/5750). También significativa, a efectos recopilatorios, resulta la STS de 23 de octubre de 2015 (RJ 2015/5449).

⁹⁰ Art. 2.2 Directiva 98/59 CE que otorga a los estados miembros la facultad de disponer que

negociación colectiva en estas deliberaciones, en las que van a tener que interpretarse informaciones técnicas de naturaleza económica y financiera que, en ocasiones, pueden ser amplias y complicadas. Desde luego, la previsión legal de este extremo, si se impone como obligatoria y no meramente potestativa, para el supuesto de negociación con una comisión “ad hoc” integrada por trabajadores de la empresa elegidos en asamblea, constituye un elemento instrumental de primer orden para atenuar notablemente las debilidades que esta fórmula puede plantear para intentar alcanzar acuerdos de autocomposición de intereses en conflicto.

2.- El deber legal de Buena fe exige la aportación por el empresario de la documentación necesaria para que el periodo de consultas pueda cumplir su finalidad de intentar alcanzar un acuerdo sobre el contenido mínimo legal, a saber, las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados (41.4 ET). Mas tampoco hay en el texto legal imposición formal al respecto, bastando con que se produzca el intercambio efectivo de información.⁹¹

3.- La Buena fe no comporta la obligación de convenir sino de intentar alcanzar un acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Así, se trata de que los representantes de los trabajadores conozcan la intención empresarial y su motivación y puedan participar en la conformación de la decisión de gestión empresarial, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo. Configurado el deber de buena fe de este modo, habrá que analizarse, en cada caso, el alcance de la posición empresarial y la manera en que han discurrido las negociaciones⁹²

4.-La carencia de Buena fe está ligada a la ausencia de un verdadero periodo de consultas. La buena fe se aprecia cuando se cumplen los deberes de información, se producen numerosas reuniones y hay variación sobre las iniciales de la empresa⁹³. De este modo, la ausencia de buena fe determina la no existencia de un periodo de consultas previo, que dará como resultado la calificación judicial de nulidad de la decisión empresarial de modificación de las condiciones de trabajo colectivas, por superarse los umbrales numéricos de trabajadores establecidos (art. 138.7 LJO).

los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos dada la complicación técnica de los asuntos a tratar.

⁹¹ STS de 22-diciembre 2014 (RJ 2014/6792).

⁹² STS 18-febrero de 2014 (RJ 2014/2239).

⁹³ STS de 21 de febrero de 2014 (RJ 2014/6792).

Dicho esto, la última jurisprudencia del TJUE permite también concretar el significado de la buena fe negocial, específicamente en el marco de una decisión empresarial que modifica sustancialmente las condiciones laborales, en cuanto según ha interpretado, el proceso negociador debe estar al servicio de limitar la pérdida de empleo a iniciativa de los trabajadores que tengan especiales dificultades en adaptarse a los cambios propuestos.

En una valoración conjunta de las interpretaciones jurisprudenciales del TS y del TJUE, para garantizar las exigencias de la buena fe negociadora en el proceso de negociación previo a una modificación sustancial de carácter colectivo, y a salvo de la documentación razonable que justifique la motivación de la decisión, para cumplimentar la obligación empresarial de aportar la documentación que exija el significado de consultas, creemos, se debe remitir, en todo caso, aquella que sirva a la identificación de los trabajadores de la empresa, de los afectados por la decisión con expresión de los datos que sirvan para su clasificación profesional y de los criterios utilizados para la selección. Esta información se exige expresamente para los despidos colectivos (art. 51.2 ET) y hay que entender que es indispensable para que la negociación en el periodo de consultas pueda derivar en propuestas constructivas, a fin de evitar daños innecesarios al empleo como finalidad esencial del trámite. La documentación resulta imprescindible para negociar, con vistas a reducir los efectos de la decisión, por disminuir el número de trabajadores afectados o seleccionar aquellos que puedan sufrir menos perjuicios en la adaptación a los cambios, así como para adoptar medidas de acompañamiento que compensen las consecuencias más negativas en el empleo, a través de una organización de las condiciones laborales.⁹⁴ La documentación referida es adecuada para facilitar, en el trámite de consultas, la ponderación de derechos de los trabajadores con relevancia constitucional con el objeto garantizar de un lado, la proporcionalidad de la justificación de la decisión del empresario y, con ello su procedencia y, además, a prevenir la pérdida de empleo a iniciativa del trabajador, que, según la nueva jurisprudencia del TJUE, es consustancial a la finalidad del periodo de consultas en las MSCT⁹⁵.

Tal documentación sobre la acreditación de las causas, y sobre los criterios de selección utilizados para designar a los trabajadores afectados, consideramos, está al servicio de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y, desde esta perspectiva, debería facilitarse, también, a los trabajadores afectados. Aunque tampoco existe previsión normativa al efecto, el objeto del proceso judicial, que eventualmente

⁹⁴ En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2017 (AS 2017/282).

⁹⁵ STJUE de 11 de noviembre de 2015, Asunto C-422/2014; STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-149/16 y STJUE de 21 de septiembre de 2017, asunto C-429/16.

se inicie por la acción del trabajador afectado, puede versar sobre preferencias atribuidas a otros trabajadores, que, según indica el art. 138. 2 LJO, deberán de ser también demandados. De tal modo que dicha documentación facilitaría la aportación de indicios razonables de discriminación o, en su caso, de criterios objetivos de discriminación que, por efecto de inversión de la carga de la prueba y de no romperse por el empresario, justificarían la calificación de nulidad de la decisión empresarial. Tal no parece ser la doctrina del TS (Sentencia TS de 15 de marzo de 2016⁹⁶) quien, aunque para las decisiones de despido individual de una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo, no exige al empresario la especificación de los criterios utilizados para la designación, ni los negociados, ni su concreción a los trabajadores afectados. Doctrina que puede estar contraviniendo la Directiva comunitaria 92/85, cuyo art. 10 ha sido interpretado por TJUE en sentencia de 22 de febrero de 2018 (asunto Porras Guisado), en el sentido de que se opone a la Directiva una normativa nacional sin comunicarle los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por una decisión empresarial organizativa, en ese caso concreto un despido, al que puede asimilarse cualquier decisión organizativa, en cuanto, si resultara discriminatoria por razón de género, atentaría contra la salud física y psíquica de las trabajadoras objeto de la Directiva.⁹⁷ La nueva redacción del art. 53 ET por el RD ley 6/2019, de 1 de marzo, que procede a incorporar en todos los supuestos de nulidad objetiva (no sólo en el despido de la trabajadora embarazada) la doctrina del TJUE, en cuanto a la justificación reforzada de la decisión empresarial en relación a otros trabajadores afectados por la situación empresarial, no reforma, en el sentido descrito, los requisitos formales exigidos a la carta de despido.

De otro lado, la nueva jurisprudencia del TJUE sobre las MSCT, vuelve a traer a primer plano la oportunidad de que el legislador opte por exigir, en la

⁹⁶ STS de 15 de marzo de 2016 (RJ 2016/994), admitiendo la validez de cartas de despido individuales en un procedimiento de despido colectivo que no especifiquen la razón concreta de designación por parte del empresario de la persona despedida. Ello sin perjuicio de que para evitar problemas de indefensión se pueda recurrir a diligencias preliminares para acceder por parte del trabajador a los criterios de selección aplicados al concreto trabajador. La doctrina podría chocar con la STJUE de 22 de febrero de 2018 (Asunto Porras Guisado) que determina que no cumple con la Directiva 92/85 una legislación nacional que no garantice que en el despido de una trabajadora embarazada se especifiquen los criterios que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido, lo que garantiza que la persona afectada conozca las causas que han justificado su selección para quedar afectada por la medida extintiva.

⁹⁷ Vid. Ballester Pastor, M^a A, “El significado de la tutela efectiva contra el despido de la trabajadora embarazada”, Revista Trabajo y Derecho, n^o 45, 2018, p. 8, para quien la STJUE ha de interpretarse en el sentido de que no basta con que el empresario comunique los criterios objetivos de selección, sino que la tutela antidiscriminatoria exige que se incorporen en su carta “los criterios comparativos que permitan identificar las personas frente a las que pudiera tener mejor derecho”.

tramitación del procedimiento previo obligatorio ordenado en el art. 41.4 ET, como lo hiciera con anterioridad a la reforma de 2012 para los despidos colectivos⁹⁸, la negociación de un programa empresarial de acompañamiento social, en el que las alteraciones sustanciales del contrato decididas por el empresario se acompañen de otras medidas laborales, encaminadas todas ellas, al objetivo último de compensar los desequilibrios producidos en los trabajadores finalmente afectados que integren colectivos especialmente vulnerables, como los que atiendan responsabilidades familiares, discapacitados o de más edad, en la intención de que el empleo no sufra sacrificios innecesarios y, en último término, para evitar pérdida de empleo a través de extinciones indemnizadas a iniciativa del empresario. Tal es, no debe desconocerse, la finalidad última que justifica la tramitación del procedimiento previo en este tipo de decisiones de flexibilidad interna. En definitiva, desde instancias europeas se insta al legislador español a apuntalar un modelo normativo de flexibilidad interna, en el marco de un enfoque negociado y preventivo de gestión empresarial, que se dirija a defender el empleo, más que a reparar económicamente su pérdida por mediar la iniciativa empresarial.

En una labor síntesis, las sucesivas reformas de la legislación laboral, al servicio de la lógica económica, adoptan una opción de política legislativa que trae como resultado una infravaloración del papel fundamental de la negociación colectiva, cual es, la composición equilibrada de los intereses enfrentados⁹⁹. Las consecuencias, como acabamos de analizar, trascienden a la ordenación de un modelo de relaciones laborales desequilibrado, que no protege el empleo de los colectivos más vulnerables. Con tal dinámica legislativa, va de suyo un creciente incremento de los poderes empresariales y, así mismo, una dejación por parte de los poderes públicos del deber constitucional de potenciar la negociación colectiva, como instrumento para la composición ponderada de los intereses enfrentados en las relaciones de trabajo.

⁹⁸ Vid. Alonso Bravo, M., “El RD 801/2011, de 10 de junio por el que se aprueba el procedimiento para los expedientes de regulación de empleo: su contribución al reforzamiento de la extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, RL, nº 8, 2012, pp. 58-59.

⁹⁹ Vid. Valdés Dal-Ré, F., “El sistema de fuentes del Derecho del Trabajo” en *AAVV, Lecturas de Derecho laboral e italiano/ Letture di Diritto del lavoro spagnolo e italiano*, (Valdés Dal-Ré, F.; Perulli, A., dirs.), Tirant lo Blanch/ G Giappichelli Editore, Valencia/ Torino, 2019, pp. 28-29.