

LAS RELACIONES LABORALES EN LA PEQUEÑA EMPRESA: UNA APROXIMACIÓN A SUS ESPECIALIDADES NORMATIVAS

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

1. Contexto general: el impacto de la pequeña empresa en nuestro mercado de trabajo

El Derecho del Trabajo surge históricamente estrechamente vinculado a la presión sindical que se desarrolla en los grandes núcleos urbanos industrializados. En la medida en que es, por excelencia, una respuesta del poder público frente a la emergencia del proletariado como nueva clase social y también como nueva forma de producción en masa, es concebido en sus orígenes para ser de aplicación a unas relaciones laborales que se desenvuelven en el ámbito de la gran fábrica que da ocupación a un elevado número de asalariados. Eso explica la regulación contenida en el ordenamiento laboral, incluso en los momentos actuales, diseñada esencialmente para resultar de aplicación a una empresa o establecimiento en el que prestan servicios un número elevado de trabajadores. Al propio tiempo, la legislación laboral, con un afán de ofrecer un nivel de tutela jurídica asimilado a favor de todos los trabajadores, que elimine en la mayor medida de lo posible, las intensas diferencias de condiciones de trabajo entre unos y otros empleados, desde sus inicios también ha procurado establecer un régimen uniforme de regulación de quienes se someten a un contrato de trabajo. Al menos por lo que refiere a la regulación laboral establecida por Ley y en general por norma estatal, la tendencia es a la fijación de una misma regulación a favor de todos y, por lo que, refiere a la perspectiva que en estos momentos nos preocupa sin diferencias por razón de las dimensiones de la empresa y/o centro de trabajo en la que se trabaja. En definitiva, el Derecho del Trabajo arranca habitualmente por tener como modelo típico referencial a la gran empresa, con olvido de la presencia de una rica experiencia diferenciada de las relaciones laborales en las pequeñas empresas.

Por ello, frente a ese *desideratum* general de partida del ordenamiento laboral, con la evolución social y económica, se presenta un panorama cada vez más complejo, con notables diferencias entre unas y otras empresas. Y precisamente, dentro de esas diferencias

empresariales con mayor impacto destacan las relativas a sus dimensiones. El contexto en el que se desarrollan las relaciones laborales en las pequeñas empresas es bien diverso del presente en la gran empresa.

Con carácter general, la presencia de la pequeña empresa resulta mucho más intensa en los países de la Europa mediterránea, entre los que el modelo económico español resulta prototípico. Por razones variadas el peso de la pequeña empresa ha sido notablemente acentuado en economías como es la española, entre las cuales cabría destacar sobre todo la debilidad del tejido industrial donde la producción de la gran empresa proviene del centro y norte europeo, la pervivencia de la economía artesanal que convive con una lenta y tardía revolución industrial, el fuerte impacto de la institución familiar sobre las iniciativas empresariales, la pervivencia de un asentamiento de la población en núcleos urbanos de pequeñas y medianas dimensiones, etc.

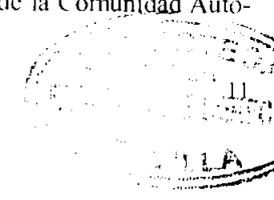
Pero, además, la línea de tendencia en las últimas décadas no sólo mantiene esa estructura empresarial fuertemente diseminada, sino que incluso puede afirmarse que la consolida cuando no la incrementa. Por referirnos a los dos fenómenos de mayor impacto en el momento presente, como son los relativos a la introducción de las nuevas tecnologías y la configuración del proceso empresarial conforme a pautas de descentralización productiva, uno y otro van en la dirección de reforzar el modelo de estructura empresarial de pequeño tamaño.

En efecto, por lo que refiere a la introducción de las nuevas tecnologías, tanto en el sector de producción de bienes como en el correspondiente a los servicios, ésta permite incrementos notables de la productividad empresarial con un menor número de empleados, de modo que lo habitual es que la gran empresa desde el punto de vista del número de empleados a su servicios pueda sistemática reestructurar las dimensiones de sus plantillas a la baja manteniendo su cuota de mercado e incluso llegando a incrementarla. Al propio tiempo, una de las características más significativas de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones reside en que éstas pueden incorporarse con facilidad y de forma casi inmediata a las organizaciones empresariales de pequeñas dimensiones; a diferencia de otras revoluciones tecnológicas precedentes vinculadas a la introducción de nuevas formas energéticas (máquina de vapor, electricidad, etc.) que se incorporan en una primera fase a la gran industria tardando en pasar a la producción artesanal o en pequeña escala, las nuevas tecnologías se extienden desde el primer momento a las pequeñas empresas e, incluso, permiten una más profunda inserción de estas empresas en el tejido productivo y en particular en el comercial.

En paralelo e incluso como implementación de lo anterior, se generalizan las formas empresariales de organización conforme a criterios de descentralización productiva. Como es fácil imaginar, el desgajamiento de una fase del ciclo productivo de una determinada empresa puede propiciar un doble efecto de empequeñecimiento de las dimensiones de las empresas, al menos por lo que refiere a la cuantía de los trabajadores ocupados al servicio

de las mismas. De un lado, por lo que refiere a la gran o mediana empresa que hasta el presente ejecutaba por sí misma, con sus propios empleados el conjunto del ciclo productivo, toda opción a favor de externalizar parte de sus actividades implica necesariamente unas menores necesidades de mano de obra y, por ende, una disminución en términos absolutos de las dimensiones de sus plantillas. De otro lado, por lo que se refiere a las empresas que por entendernos coloquialmente denominaremos auxiliares, que asumen esas tareas parciales del ciclo productivo, pueden serlo con facilidad contratadas o concedidas a empresas de pequeñas dimensiones, incluso algunas de ellas trabajando en régimen de exclusividad para la otra. Ha de advertirse que un proceso de transformación hacia un modelo de descentralización productiva puede ser compatible con el surgimiento e incluso con el crecimiento de empresas de medianas e incluso de grandes dimensiones; en efecto, cabe imaginar que la descentralización productiva conduce a un tipo de empresa especializada por razón del producto o servicio que presta a las empresas que descentralizan, de modo que puede penetrar con fuerza en el mercado alcanzando altas cuotas de un mercado de bienes y servicios cada vez más especializado y, con ello, vayan surgiendo empresas de este tipo de medianas y grandes dimensiones; incluso a la mente de cualquier observador de la realidad económica cotidiana le pueden venir a la mente con facilidad empresas de este tipo, que han ido adquiriendo dimensiones notables dentro de un modelo económico en el que predomina la descentralización productiva. Ahora bien, esa realidad también depende de la estructura empresarial de partida, por cuanto que las tradiciones de cada país a estos efectos llegan a influir con fuerza: dicho de otro modo, mientras que en países de larga tradición de gran empresa, la descentralización productiva puede llegar a implantarse con pervivencia de esta, lo contrario tiende a suceder en los países de la Europa mediterránea de larga y consolidada tradición de la pequeña empresa.

Sin pretender agotar los factores influyentes en esta materia, conviene advertir como elementos de carácter político o jurídico pueden también propiciar la consolidación e incremento de las pequeñas empresa. Entre estos otros, y sin entrar en mayores detalles podríamos mencionar, por lo que afecta cuando menos a nuestro país, los siguientes. En primer lugar, el progresivo cada vez mayor impacto del principio de libre competencia mercantil, particularmente a partir de nuestra integración en la Unión Europea y el reforzamiento en ella de estos principios de libre competencia; principio que pretende eliminar cualquier forma monopolística, allí donde surgen varias empresas que ofrecen un mismo producto y servicio, que al deber necesariamente repartirse una misma cuota de mercado pueden determinar a la postre unas dimensiones menores de cada una de estas empresas, al menos comparativamente a lo que era la situación precedente de monopolio. Naturalmente, a semejanza de lo referido respecto de la descentralización productiva, no hay una relación de causalidad automática entre incremento de la competencia mercantil y dimensiones de la empresa, pero en muchas ocasiones desde luego el resultado es que una y otras van unidas. En segundo lugar, la estructura compleja del Estado con una presencia de poder económico cada vez más relevante de las Comunidades Autónomas, como efecto derivado puede provocar una voluntad política de favorecer la creación de iniciativas empresariales de dimensiones más o menos coincidentes con el correspondiente territorio de la Comunidad Autó-



noma; incluso, con políticas más o menos explícitas, se favorece la emergencia de empresas privadas pero que podemos calificar de "autónomas" por entendernos, que igualmente tienen unas dimensiones reducidas en cuanto al número de empleados a su servicio. En tercer lugar, se aprecia igualmente la potenciación de ciertas políticas públicas de formas empresariales ubicadas en la denominada economía social, fenómeno que igualmente puede resultar más propicio para la pequeña empresa. Finalmente, podríamos citar también el desarrollo de políticas locales de reforzamiento del asentamiento poblacional en los pequeños núcleos urbanos, para lo cual se generaliza el apoyo a iniciativas empresariales locales, que por sus propias características suponen el desarrollo de empresas de pequeñas dimensiones; tómesese como ejemplo típico el relativo al fomento de las iniciativas de turismo rural.

En todo caso, sean cuáles sean las causas determinantes de esta pervivencia o florecimiento de las empresas de pequeñas dimensiones, lo indiscutible es que las cifras estadísticas disponibles al caso muestran un peso significativo de las organizaciones productivas menores dentro de nuestro mercado de trabajo. Así, si la misma se contabiliza por el número de trabajadores empleados, podemos constatar esta conclusión con claridad en la siguiente tabla estadística:

Trabajadores asalariados contratados laboralmente

Fuente: Encuesta de Coyuntura Laboral y elaboración propia de los porcentajes

Año	Total	1 a 10		11 a 50		51 a 250		> 250	
		Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%
1993	5.987.400	834.300	13,93	2.068.200	34,54	1.419.500	23,71	1.665.400	27,81
1996	7.900.600	2.454.400	31,06	2.157.700	27,31	1.528.400	19,34	1.760.000	22,27
2000	10.149.700	2.798.100	27,56	2.877.900	28,35	2.104.300	20,73	2.369.300	23,34
2002	11.010.400	2.998.500	27,23	3.115.900	28,30	2.332.400	21,18	2.563.600	23,28

Cuando menos dos aclaraciones son necesarias para una más completa comprensión de la precedente tabla.

En primer lugar, que tales cifras no van exactamente referidas al tamaño de las empresa, sino concretamente a las correspondientes a los centros de trabajo, de modo que las empresas con pluralidad de establecimientos pueden tener dimensiones superiores a las que se deducen de la tabla anterior; a pesar de ello se duda si en algunos casos empresas con varios centros de trabajo realmente no llegan sino a contestar un solo cuestionario que agrupe a todos sus centros de trabajo. La dificultad se sitúa en la inexistencia de unas estadísticas en paralelo referentes al número de trabajadores ocupados en atención exclusivamente a las empresas. En todo caso, las cifras antecedentes pueden resultar suficientemente ilustrativas, por cuanto que a los efectos de aplicación de la legislación laboral en muchas ocasiones resulta más relevante para el efectivo desarrollo de una determinada institución laboral

la dimensión de cada uno de los centros de trabajo y con menor impacto de la dimensión de la empresa en su conjunto.

En segundo lugar ha de advertirse también que la metodología de remisión de los cuestionarios se altera a partir del año 1996, con lo cual la serie estadística experimenta un truncamiento que impide su comparación secuencial en el tiempo. En efecto, a partir del primer trimestre del año 1996 los cuestionarios se empiezan a remitir de forma generalizada a los centros de trabajo de menos de 6 empleados. Con ello, como es fácil imaginar se incrementan notablemente tanto las cifras absolutas como el peso porcentual de las empresas y centros de trabajo de menos de 10 trabajadores; esto explica el diferencial notable entre las primeras y siguientes cifras.

En todo caso, simplificando al máximo los datos anteriores, lo más relevante es que en el momento actual cerca del 56% de la población asalariada presta sus servicios en empresas o centros de trabajo de menos de 50 trabajadores. Superiores son las cifras que se aportan desde la Comunidad Europea, donde se viene a indicar que, por lo que refiere a España, las microempresas representan el 40,6 % del total del empleo y las pequeñas empresas el 24,4 %, lo que sumadas ambas supondrían el 65 % del total de empleo, aunque probablemente la diferencia se deba a que en estas últimas cifras y por lo que refiere a las microempresas se incluyen las relativas al trabajo autónomo sin empleados a su servicio. En todo caso, dato indicativo a estos efectos resulta también la cifra relativa al número de empresas, respecto del total, donde se aprecia que el 93 % de las mismas tienen el carácter de microempresas, ocupando en estos términos el tercer lugar en paridad con Portugal dentro del conjunto de los países de la Europa comunitaria, detrás de Italia (94,9 %) y Suecia (93,3 %). En el caso de las pequeñas empresas viene a representar el 6,2 % del total de empresas, por contra ocupa el noveno lugar en el conjunto europeo, teniendo exclusivamente por detrás a Italia, Suecia y Portugal¹.

Desde la perspectiva general de evolución del mercado de trabajo, resulta igualmente relevante el hecho de que la línea de tendencia en los últimos años refleja igualmente una superior capacidad de creación de empleo entre las microempresas y las pequeñas empresas con mayor resistencia a que los períodos expansivos produzcan idénticos resultados entre las medianas y grandes empresas².

¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema "El papel de las pequeñas empresas y las microempresas en la vida económica y en el tejido productivo europeo", de 18 de junio de 2003 (2003/C 220/12, DO 16 de septiembre).

² Cfr., por todos, Dictamen CESE referido en nota precedente, pg. 54.

2. Un panorama diferencial en la estructura empresarial

Desde la perspectiva que nos interesa afrontar, la relativa al desarrollo de las relaciones laborales en el ámbito de las pequeñas empresas, éstas presentan rasgos diferenciales que tienen una indiscutible repercusión sobre los intereses en juego a la hora de establecer y aplicar las normas laborales en su propio ámbito. Así, puede indicarse que son varias las circunstancias que provocan esa diferenciación entre grandes y pequeñas, que a su vez tienen repercusión sobre las condiciones de trabajo.

En primer lugar, se puede apreciar una bien diversa entidad económica entre unas y otras, manifestada en el volumen de negocio y cuota de mercado, en la intensidad de las inversiones de capital, en los bienes muebles e inmuebles destinados a la misma, en los medios tecnológicos empleados. Un tópico bastante extendido a estos efectos es el de presumir que en el ámbito de la pequeña empresa predomina un uso intensivo de la mano de obra y con escaso valor añadido, de modo que la escasa productividad del empleo se ve compensada con condiciones de trabajo diferenciadas, acudiendo al coste del trabajo como instrumento de 'dumping social'. Ciertamente, ni es la ocasión ni somos nosotros quienes disponemos de los datos de confirmación o rechazo de la premisa precedente, pero cuando menos sí que se puede matizar el tópico precedente. La realidad productiva de los países desarrollados se presenta cada vez más compleja, de forma que no resulta acertado presentarla en forma de estereotipos. Lo más probable es que el modelo tipo de empresa pequeña pudiera aplicarse a situaciones pasadas, pero es más que discutible que pueda generalizarse al momento actual. La presencia de un modelo de empresa pequeña, especializada y flexible, con incorporación generalizada de nuevas tecnologías, encuentra un hueco relevante en el conjunto de la actividad económica; existen hoy en día empresas de pequeñas dimensiones por lo que refiere al número de trabajadores ocupados, pero con resultados de elevada productividad por el tipo de tecnología empleada y por el tipo de actividad desarrollada. Eso sí, atendiendo a las grandes cifras estadísticas, la regla general sigue siendo que la empresa pequeña funciona con un patrimonio reducido, cuando menos significativamente más reducido que el correspondiente a la gran empresa, por lo que se suscitan mayores riesgos de cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la aplicación de la legislación laboral y una mayor inseguridad en cuanto a los riesgos que pudieran derivar respecto de su actividad productiva y de sus compromisos de carácter laboral. A título ilustrativo, tales son los datos que se deducen de algún Dictamen del CESE antes referido:

Principales datos correspondientes a las PYMES y las grandes empresas en Europa-19³

	PYME	Grandes	Total
Número asalariados por empresa	4	1.020	6
Volumen de facturación por empresa (en millones de €)	0,6	255	1,1
Porcentaje facturación exportación	13	21	17
Valor añadido por empleado (en miles de €)	65	115	80
Porcentaje coste laboral	63	49	56

Principales datos correspondientes a España

	Facturación	Valor añadido
Microempresas	27,80	30,00
Pequeñas empresas	24,90	23,90
Medianas empresas	19,40	18,60
Grandes empresas	27,90	27,40

En este último caso, debe advertirse que la el porcentaje lo es respecto del valor absoluto total del conjunto de las empresas, por lo que al ser mucho más numeroso en términos absolutos el número de micro empresas y de pequeñas empresas el resultado global es mayor en estos dos casos comparativamente respecto de las medianas y grandes empresas.

En segundo lugar, suele tratarse de entidades con una actuación limitada en el territorio, por tanto, más estrechamente vinculadas a lo local. Se trata de un efecto derivado de la regla precedente, que puede influir de igual forma sobre el desarrollo de las relaciones laborales. En iguales términos, no puede decirse que se trate de una característica definitoria por esencia de todas las empresas de pequeñas dimensiones, por cuanto que cabe identificar organizaciones en las que se da el fenómeno inverso; particularmente ello es advertible respecto de empresas vinculadas a actividades comerciales en régimen de franquicia o bien de otras actividades empresariales integradas en las nuevas redes de comunicación telemática, que les permite acceder con facilidad a un territorio alejado en el espacio. En todo caso, lo que sí suele ser elemento bastante común en las empresas de pequeñas dimensiones es el dato de concentrar el personal empleado a su servicio en un espacio geográfico relativamente limitado, con un contacto en lo productivo muy inmediato al medio local y, en definitiva, con muy escasas posibilidades de movilidad geográfica de su plantilla.

³ Documento citado en nota primera

En tercer lugar, la pequeña empresa suele acogerse a una estructura organizativa relativamente simple, en el sentido de que no está integrada en una organización empresarial superior tipo grupo de empresa, e incluso tiende a aglutinar su actividad a través de un único centro de trabajo. En ocasiones ello no es tan cierto, por cuanto que las formas de descentralización productiva dan lugar a la implantación y desarrollo de empresas pequeñas que se encuentran insertas en organizaciones productivas superiores: franquicias comerciales, empresas auxiliares de régimen de subcontratación dependiente de una gran empresa, redes de empresas pequeñas interconectadas entre sí, etc. En todo caso, incluso en estos supuestos las concretas empresas pequeñas que se coordinan con otras mantienen sus rasgos de independencia, conservan su existencia autónoma y, sobre todo, desde la perspectiva laboral actúan como una organización empresarial simple que aglutina de forma propia a todo su personal.

En cuarto lugar, la pequeña empresa suele relacionarse también con la llamada empresa familiar, entendida esta como aquella en la que son lazos familiares los que dan origen al proyecto empresarial, existiendo cuando menos entre el staff dirigente o titulares de la empresa ese tipo de relaciones de carácter familiar. Naturalmente cuando así sucede, las relaciones de parentesco más o menos cercano entre los integrantes del personal de la empresa provoca un tipo de vínculos entre sus miembros que trasciende lo profesional e incluso llega a influir sobre el resto del personal contratado sin presencia de esa relación de parentesco. A pesar de ello, tampoco puede elevarse este rasgo familiar a elemento identificativo de las relaciones laborales en las pequeñas empresas. Para empezar, por cuanto que ni todas las pequeñas empresas son de carácter familiar ni viceversa; muchos proyectos empresariales de dimensiones reducidas no tienen vinculación con la empresa familiar, del mismo modo que empresas familiares que en su origen tenían dimensiones reducidas llegan a experimentar un considerable crecimiento que impide inscribirla dentro del fenómeno de la pequeña empresa sin que al propio tiempo hayan dejado de tener algunos de los rasgos típicos de la empresa familiar.

A tenor de todo lo anterior, en concreto de la imposibilidad de utilizar ninguno de los rasgos precedentes como criterio definitorio definitivo del perfil propio de las pequeñas empresas, conduce a aceptar el criterio convencional de utilizar el número de empleados ocupados por la empresa como referente casi exclusivo de la calificación de una empresa como de pequeño tamaño. A estos efectos, la pauta ya consolidada de diferenciación en muy diversos ámbitos suele ser la que responde a la siguiente escala⁴:

- Microempresas: hasta 9 empleados
- Pequeñas empresas: entre 10 y 49 empleados
- Medianas empresas: entre 50 y 249 empleados

⁴ Por todos, este es el criterio utilizado por las instituciones comunitarias: Recomendación de la Comisión 2003/361/CE, de 6 de mayo de 2003 (DO L 124, de 20 de mayo), con su precedente en DO L 107, de 30 de abril de 1996.

- Grandes empresas: a partir de 250 empleados

Ciertamente esos umbrales, utilizados como criterios generales, no son aplicables a todos los casos, pues se trata de una mera convención de aproximación, como tal expuesta a enormes críticas. Qué duda cabe que en algunos casos, que para empresas que merecerían el calificativo de pequeñas conforme a este baremo tal calificativo puede resultar discutible, por cuanto podrían merecer perfectamente el calificativo de mediana e incluso gran empresa atendiendo al valor añadido que producen, a la elevada cualificación del personal que lo integra, a una estrategia de descentralización productiva, así como a la utilización abundante de personal indirecto vía Empresas de Trabajo Temporal u otras fórmulas asimilables. En todo caso, como elemento aproximativo, podemos aceptar que el criterio de identificación de las pequeñas empresas atendiendo al número de trabajadores a los que dan ocupación es por decirlo coloquialmente el menos malo de todos los criterios imaginables, el que da un resultado de más efectiva aproximación al fenómeno que se pretende tratar de forma diferenciada y, sobre todo, el que sin lugar a dudas marca el punto diferencial en la aplicación de la legislación laboral entre unas y otras empresas.

Por otra parte, conviene también anticipar que cuando el legislador laboral opta por ofrecer un tratamiento diferenciado entre unas y otras empresas no se ve encorsetado por los umbrales anteriormente indicados. Aun cuando el elemento referencial será siempre el relativo al número de asalariados ocupados, según los casos estimará oportuno utilizar unos u otros umbrales, sin que utilice necesariamente siempre las mismas cuantías de manera uniforme para las diversas instituciones en las que desea incorporar diferencias de tratamiento. En efecto, en otras ocasiones la norma laboral utiliza otros umbrales cuantitativos, que considera más apropiados, según la materia que pretende regular; por ejemplo, 6 trabajadores para la representación en la empresa (art. 62.I ET); 25 trabajadores para el período de prueba (art. 14.I ET); 100 y 300 trabajadores para los procedimientos de reestructuración empresarial (arts. 40, 41 y 51 ET). Por lo demás, se pueden plantear problemas de interpretación en la aplicación de la cifra a un caso concreto, particularmente a la vista de las altas tasas de temporalidad y, por ende, los elevados índices de rotación de personal que se mantienen en nuestro mercado de trabajo. La normativa laboral, tan sólo en una ocasión formula un criterio de cómputo de los trabajadores para calcular las dimensiones de la plantilla, en concreto en materia del procedimiento electoral de representantes de los trabajadores (art. 72.2 ET). En los demás casos, se aprecia un silencio generalizado al respecto, si bien en la práctica se tiende a aplicar por analogía lo previsto en el precepto anterior, aunque sería conveniente como propuesta de *lege ferenda* elevar esa regla a criterio de carácter general.

En todo caso, me interesa insistir en la enorme utilidad referencial que posee a efectos laborales la utilización del criterio del número de trabajadores ocupados, pues esta situación marca un panorama de clara diferenciación en el funcionamiento de ciertas instituciones laborales y en las características más relevantes de las plantillas en las empresas. Por indicar en estos términos los datos más significativos al respecto, que se pueden obtener de los datos estadísticos publicados, destacaría los siguientes.

El dato más elocuente es el relativo a la jornada de trabajo, donde se observa con claridad como las jornadas más prolongadas se producen en las empresas más pequeñas, reduciéndose progresivamente cuando pasamos a escalas superiores de ocupación.

Jornada efectiva media del trabajador tiempo completo

Año	Total	1 a 10		11 a 50		51 a 250		> 250	
		total	diferencia media	total	diferencia media	total	diferencia media	total	diferencia media
1993	1.734	1.762	+ 28	1.755	+ 21	1.728	- 6	1.698	- 36
1996	1.761	1.797	+ 36	1.770	+ 9	1.750	- 11	1.714	- 47
2000	1.775	1.817	+ 42	1.790	+ 15	1.766	- 9	1.719	- 56
2002	1.767	1.813	+ 46	1.783	+ 16	1.755	- 12	1.709	- 58

Fuente: Encuesta de Coyuntura Laboral y elaboración propia de los porcentajes

La cifra anterior experimenta alguna pequeña corrección en razón del número de horas extraordinarias realizadas, pero no llega a alterar sustancialmente el resultado general, cifrado en la realización de jornadas de trabajo anuales más elevadas en los centros de trabajo más pequeños.

Horas extraordinarias media realizadas por trabajador a tiempo completo

Año	Total	1 a 10	11 a 50	51 a 250	> 250
1993	8,8	1,4	3,8	11,7	16,2
1996	9,2	0,9	5,2	14,9	19,3
2000	6,6	0,8	3,1	10,2	14,0
2002	6,6	1,1	3,1	9,8	14,1

Fuente: Encuesta de Coyuntura Laboral y elaboración propia de los porcentajes

Por lo que refiere a la contratación a tiempo parcial, se trata de apreciar cual es el porcentaje interno de parcialidad en cada tramo en función del tamaño de cada empresa. A estos efectos, parece deducirse de los datos estadísticos que, aunque los porcentajes en términos generales resultan modestos, es mayor la celebración de contratos a tiempo parcial entre las empresas más pequeñas, porcentaje que se va reduciendo conforme se pasa a centros o empresas de mayores dimensiones.

Distribución por contratación a tiempo parcial

Año	Total		1 a 10		11 a 50		51 a 250		> 250	
	Tiempo parcial	%								
1993	291.500	4,86	46.200	5,53	97.700	4,72	66.600	4,69	81.100	4,86
1996	782.500	9,90	390.600	15,91	167.400	7,75	111.900	7,32	112.600	6,39
2000	1.270.100	12,51	525.000	18,76	293.000	10,18	223.100	10,60	228.900	9,66
2002	1.521.300	13,81	565.400	18,85	359.500	11,53	286.000	12,26	310.400	12,10

Fuente: Encuesta de Coyuntura Laboral y elaboración propia de los porcentajes

En cuanto a la tasa de temporalidad, es curioso observar como el porcentaje de trabajadores contratados por tiempo determinado es más elevado en las empresas intermedias, mientras que se reduce en las empresas de mayores dimensiones. La cifra más elevada de todas se presenta entre las pequeñas empresas, en tanto que se reduce en las microempresas, posiblemente debido al carácter más estrictamente familiar de estas últimas y, sobre todo, al reforzamiento de la relación de confianza entre las partes, que crea superiores lazos en lo personal, por lo que tiene menor relevancia la naturaleza formal del contrato celebrado entre las partes.

Distribución por estabilidad. Contratación temporales por dimensión del centro de trabajo

Año	Total		1 a 10		11 a 50		51 a 250		> 250	
	Temporales	%								
1993	1.826.500	30,50	289.000	34,63	749.600	36,24	435.200	30,65	352.600	21,17
1996	2.852.900	36,11	1.063.800	43,34	821.200	38,06	521.700	34,13	446.100	25,35
2000	3.738.300	36,83	986.100	35,24	1.204.400	41,85	828.800	39,39	719.000	30,35
2002	3.882.600	35,26	1.006.400	33,56	1.244.500	39,94	866.300	37,14	765.500	29,86

Fuente: Encuesta de Coyuntura Laboral y elaboración propia de los porcentajes

Finalmente, en cuanto a la diferenciación por razón de sexo, a partir del dato de que la presencia de la mujer es inferior en el conjunto del mercado de trabajo, se trata de constatar como se reparte internamente el trabajo de la mujer en porcentajes respecto de las dimensiones de los centros de trabajo. A estos efectos, no se muestran grandes diferencias, aunque se aprecia una mayor presencia del trabajo femenino en los extremos, es decir, entre las propias mujeres éstas encuentran ocupación en mayor medida en las empresas grandes y en las microempresas.

Distribución por razón de sexo

Año	Total	1 a 10		11 a 50		51 a 250		> 250	
		Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
1993	5.987.400	14,24	13,18	35,55	32,10	23,20	24,92	26,99	29,78
1996	7.900.600	29,64	33,90	29,18	23,53	19,78	18,47	21,37	24,07
2000	10.149.700	26,43	29,50	30,73	24,28	21,39	19,59	21,43	26,61
2002	11.010.400	26,51	28,39	30,60	24,57	21,76	20,24	21,10	26,79

Fuente: Encuesta de Coyuntura Laboral y elaboración propia de los porcentajes

3. Las claves de la respuesta legal en materia laboral: la justificación del tratamiento diferencial

A tenor de los datos diferenciales precedentes, desde hace ya bastantes años se observa una especial preocupación de los Gobiernos por la situación de superior debilidad de las pequeñas empresas, a pesar de ser éstas paradójicamente también las que auguran mayores expectativas en lo que refiere al mantenimiento o creación de empleo en cualquier mercado de trabajo. Por ello, se vienen desarrollando desde hace tiempo políticas públicas específicamente dirigidas a la protección y promoción de las pequeñas empresas.

En ese contexto ha de mencionarse también como dentro del tejido social se han ido conformando entidades de diverso grado que pretenden aglutinar y defender los intereses específicos de la pequeña empresa. Así pues, el asociacionismo empresarial de la pequeña empresa tiene particular arraigo sobre todo en aquellos sectores donde el contraste de intereses con la gran empresa resulta más apreciable, tal como ocurre en el sector agrario y en el comercio. No obstante, al menos por lo que refiere al caso español, este fenómeno de autonomía organizativa no se generaliza al conjunto de los sectores; por el contrario, la singular génesis desde la cúspide de nuestras organizaciones empresariales durante el período clave de transición política propició un fuerte control de las mismas por parte de las grandes empresas e incluso en cierto modo también por el poder político. De este modo, el resultado ha sido una fuerte unidad del asociacionismo empresarial en torno a la gran confederación, la CEOE, quien ha logrado integrar en su seno a todo tipo de empresas, canalizando las especialidades de las pequeñas por medio de la estructuración de organizaciones paralelas para ellas a través de la CEPYME, pero siempre bajo el manto organizativo común de la CEOE. Ello ha dado lugar a que en la generalidad de las ocasiones al empresariado en nuestro país se le haya oído como una sola voz, sin exteriorizarse normalmente exigencias propias a favor de las pequeñas empresas, estas en las menos de las ocasiones han reclamado un tratamiento diferencial por parte de los poderes públicos, cuando menos por lo que refiere a la política laboral y de regulación del mercado de trabajo.

Por lo demás, cuando se han desarrollado este tipo de políticas singularmente dirigidas a las pequeñas empresas, habitualmente se pone el acento en el ofrecimiento de facilidades de carácter financiero y administrativo, mientras que por contraste son mucho menos perceptibles aquellas otras medidas que pretenden actuar directamente sobre el mercado de trabajo y sobre las condiciones de trabajo. En efecto, lo más extendido es concentrar estas medidas en aligerar los costes económicos de implantación y mantenimiento de las pequeñas empresas, por mecanismos de variado tenor: ayudas económicas directas a las empresas, reducción de los tipos de interés a los créditos de inversión comprometidos, reducción de la presión fiscal sobre las mismas, aseguramiento de riesgos, cesión temporal de locales en centros públicos para la primera fase de puesta en marcha de la actividad empresarial. En otras ocasiones, los obstáculos provienen más de las dificultades administrativas o burocráticas para el lanzamiento de una iniciativa empresarial, siendo las medidas de este orden el aligeramiento o unificación de trámites frente a las Administraciones Públicas, unido al asesoramiento público para el más ágil desarrollo del proyecto empresarial.

Como ejemplo paradigmático de ello, cabe mencionar la relación de líneas de actuación que a modo de decálogo han sido acordadas a nivel comunitario, por medio de la aprobación en la cumbre de Lisboa de diciembre de 2000 de la llamada Carta Europea de la Pequeña Empresa⁴: 1) educación y formación en el espíritu empresarial; 2) puesta en marcha menos costosa y más rápida; 3) mejorar la legislación y la reglamentación, aunque la mención es genérica a toda la regulación sobre las mismas, sin mención expresa a lo laboral y con exclusiva referencia directa a la materia de quiebra; 4) disponibilidad de habilidades; 5) mejorar el acceso en línea; 6) sacar más provecho del mercado único; 7) fiscalidad y cuestiones financieras; 8) promoción de la capacidad tecnológica de las pequeñas empresas; 9) modelos de empresa electrónica próspera y apoyo de alto nivel a la pequeña empresa; 10) potenciar y hacer más eficaz la representación de los intereses de la pequeña empresa a escala nacional y de la Unión.

Frente a ello, o bien son menores las exigencias de mejor trato en la regulación laboral, o bien se percibe una mayor resistencia de los Gobiernos a introducir estas diferencias. Este menor impacto de las políticas públicas de incentivo a las pequeñas empresas puede deberse a varias razones, pero que podrían resumirse en la preocupación por los costes sociales, de rechazo sindical o de agravios comparativos empresariales que se pudieran aducir. En todo caso, a pesar de que a primera vista el panorama que se pudiera presentar sería de menor impacto de lo laboral en estas políticas, lo cierto es que, conforme se profundiza en el análisis completo de nuestro marco normativo y se observa sobre todo la norma juri-

⁴ Con posterioridad al mismo, la Comisión ha elaborado hasta un total de tres informes sucesivos relativo a los resultados de su aplicación, uno por cada uno de los años transcurridos desde su aprobación formal: COM (2001) 122 final, de 7 de marzo de 2001; COM (2002) 68 final, de 6 de febrero; COM (2003) 21 final, de 21 de marzo. Cfr. También Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema "Carta Europea de la Pequeña Empresa, 2002/C 48/04, de 28 de noviembre de 2001, DO 21 febrero 2002.



dica desde su perspectiva funcional de efectividad, de diferencia en el momento aplicativo, se comprueba que tales diferencias no sólo existen sino que además presentan un impacto clave respecto de concretas instituciones laborales. En estas ocasiones, dos son las preocupaciones básicas que influyen sobre la decisión de extender las políticas públicas de apoyo a las pequeñas empresas a la regulación laboral y social: de un lado, la más explícita y evidente, la mayor debilidad de las pequeñas empresas y sus superiores dificultades por cumplir estrictamente con una legislación laboral que no solamente comporta costes económicos elevados sino que adicionalmente presenta cada vez más una notable complejidad técnica y un asesoramiento en su cumplimiento que no siempre está al alcance de las pequeñas empresas; de otro lado, algo no tan explícito aunque resulta como efecto derivado de lo anterior, la constatación de que las expresiones de economía sumergida o irregular, como manifestación de incumplimiento de la legislación social, se extiende casi exclusivamente entre las pequeñas empresas, por ser estas las menos controlables pero también las más propensas por su situación a pasar al ámbito de la economía sumergida, con los riesgos de competencia desleal que ello comporta para el funcionamiento en su conjunto del sistema económico.

Entrando en el análisis jurídico laboral, relativo a la posible diferenciación de regímenes laborales entre unas y otras empresas atendiendo a las dimensiones de éstas, básicamente se plantea un gran dilema. De un lado, nos encontramos con una tendencia tradicional del ordenamiento laboral a establecer el principio de igualdad como una de las pautas más influyentes de los objetivos a lograr con su regulación, de forma que, a los efectos que estamos tratando en estos momentos, se busca un régimen uniforme a favor de todos los trabajadores con independencia de la empresa para la que trabajan. De otro lado, nos enfrentamos a una realidad económica y social diferenciada que en la práctica cotidiana desemboca en la presencia de notables diferencias entre las plantillas de unas y otras empresas, que se percibe con claridad en un palpable distanciamiento en las condiciones de trabajo de los asalariados en atención a la organización empresarial en la que prestan sus servicios; ello comporta que el ordenamiento laboral, si realmente quiere ser aplicable efectivamente sobre la realidad a la que se dirige, debe ser sensible a esta realidad y actuar en consecuencia. A tenor de ello, desde hace ya algún tiempo, está muy consolidada en nuestra legislación laboral la utilización de la diversificación normativa como técnica de impacto sobre un sistema de relaciones laborales cada vez más complejo. A la postre, se trata de buscar un punto de equilibrio razonable en esa permanente e insoslayable tensión entre la tendencia a la igualdad de condiciones de trabajo, de un lado, entre los trabajadores y las empresas, que sobre todo le es exigible a la legislación estatal, y, de otro lado, la oportunidad de favorecer un crecimiento económico y/o el mantenimiento del empleo entre un tejido empresarial que se sustenta en gran medida en la flexibilidad de las pequeñas empresas.

En cuanto a la repercusión que puedan tener las medidas de carácter jurídico adoptadas, básicamente las diferencias de tratamiento laboral en esta materia pueden afectar tanto a trabajadores y a empresarios de forma acumulativa, como exclusivamente a los empresarios. En efecto, un régimen diferenciado de esta naturaleza en las más de las ocasiones se

basa en la menor capacidad de resistencia económica de las pequeñas empresas, por lo cual ello deriva en la expectativa de reducir las cargas o costes laborales de las pequeñas empresas comparativamente con las grandes; por tanto, ello prácticamente siempre comporta introducir en términos jurídicos diferencias de tratamiento entre pequeños y grandes empleadores. Ahora bien, puesto que estamos hablando de diferencias en el régimen de condiciones de trabajo, lo lógico es concebir que ello desemboque en paralelo en diferencias de tratamiento entre unos y otros trabajadores, en función del tipo de empresas para las que trabajan; ésta sería la perspectiva del asunto vista desde el prisma de los trabajadores. Eso sí, conviene advertir que esa acumulación de efectos no siempre se tiene que producir en esa línea, por cuanto que es posible fijar un régimen diferenciado, favorecedor de la pequeña empresa, que no tenga repercusión negativa directa sobre los trabajadores, básicamente porque se trate de diferencias de costes que vengán asumidas por los poderes públicos; razón por la cuál se puede mantener un marco relativamente igualitario de condiciones de trabajo para los empleados. La hipótesis inversa, diferencias entre los trabajadores por razón de su inserción en una empresa de unas u otras dimensiones, pero que no se comportan cargas diferentes para unas u otras empresas, por el contrario son más difíciles de identificar en el marco jurídico vigente, dado que como anticipamos todas estas medidas tienen como objetivo inmediato favorecer la presencia y mantenimiento de las pequeñas empresas en la actividad económica: sin embargo, en sede teórica no serían del todo descartables, imaginando por ejemplo medidas de apoyo directo de los poderes públicos a los empleados de las pequeñas empresas que fueran dirigidas a compensar a modo de medidas de acción positiva la situación de facto de peores condiciones de trabajo por el hecho de estar contratados en pequeñas empresas.

Desde el punto de vista constitucional varias son las perspectivas de análisis, si bien el aspecto que más inmediatamente se le viene a la mente a cualquiera es la relativa a la posibles dudas de tratamiento discriminatorio escondidas en estos supuestos, en la medida en que en todos los anteriormente referidos aparece de forma recurrente el término “diferenciación” para referir la forma como se refleja cualquier tipo de tratamiento singularizado de las condiciones de trabajo entre las pequeñas empresas. Ahora bien, por conocido que sea conviene, recordar que el criterio unánimemente consolidado es el que no toda diferencia de trato provoca que se incurra en una lesión al principio de prohibición de tratamiento discriminatorio, particularmente cuando ello refiere a un factor diferencial que no se encuentra expresamente mencionado por el precepto constitucional entre aquellos que provocan un mayor riesgo de marginación y de exclusión social: nacimiento, raza, sexo, religión, opinión. Ni el artículo 14 de nuestra Constitución ni el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores menciona expresamente entre las causas vedadas de discriminación este tipo de diferencias relativas a las disparidades de condiciones de trabajo por razón de la empresa a la que pertenecen. Ello comporta, como punto de partida, que no tiene por qué actuarse sobre la premisa de que tales diferencias desencadenen efectos discriminatorios. Eso sí, al propio tiempo no puede excluirse de forma automática y absoluta los riesgos de que tales conductas diferenciales desemboquen en un tratamiento discriminatorio, a la vista de que el listado de causas, tanto en el texto constitucional como legalmente, es una relación abierta a otras posibles

causas en atención a otro tipo de circunstancias personales o sociales. Eso sí, el grado de riesgo se presume que es menor en estos otros casos, pues de la ausencia de su mención expresa deriva una menor preocupación del ordenamiento jurídico, en particular por lo que ello pudiera comportar respecto del riesgo de provocar efectos de marginación o exclusión indeseables. En definitiva, todo queda remitido a la aplicación de la doctrina general establecida al efecto, resumida en términos de la necesaria constatación de la concurrencia de razones objetivas, razonables y proporcionadas que justifiquen la diferencia de tratamiento en estos casos. La premisa será la de presumir la concurrencia de estas razones, en la medida en que la realidad económica y social antes descrita someramente nos sirve para concluir en la presencia de contextos empresariales distintos que para determinadas instituciones laborales pueden requerir de los correspondientes regímenes laborales específicos. La propia tendencia a la descentralización productiva puede justificar sobradamente esa posición de partida.

En todo caso, lo anterior no agota la perspectiva constitucional, por cuanto que es necesario traer a colación dos preceptos adicionales, que aluden concretamente a los dos enfoques básicos con el que cabe analizar la materia en cuestión. Nos referimos en concreto, al art. 35.2 CE, en cuanto que contempla la necesaria aprobación por Ley de un Estatuto de los Trabajadores, y al art. 38 CE, en la medida en que reconoce la libertad de empresa.

Por lo que refiere al primero de ellos, éste afecta sobre todo a los efectos diferenciales de condiciones de trabajo desde el punto de vista de los trabajadores. Más allá del debate doctrinal que produjo en su momento, lo que más nos interesa destacar es que con ese mandato constitucional al establecimiento de un Estatuto de los Trabajadores, se está queriendo indicar una voluntad de establecimiento de cierta uniformidad de toda la población asalariada, de forma que el mandato de igualdad de tratamiento presiona con superior intensidad sobre el legislador estatal. El Estatuto de los Trabajadores se presenta como el aglutinante de un régimen común uniformador de condiciones de trabajo para el conjunto de los asalariados, sin establecimiento de diferencias entre otras por razón de su pertenencia o incardinación en una concreta empresa: “el ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto sede natural de la definición de la categoría de trabajador, no se encomienda al legislador en términos de una absoluta libertad de configuración. Por el contrario, las normas que en particular delimitan dicho ámbito subjetivo, en forma de exclusión o delimitación negativa de determinadas personas, en razón de su actividad profesional o laboral, dada la relevancia constitucional que dicha exclusión adquiere, habrán de evitar que, por medio de las mismas, no se lleve a cabo una restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social. El control de constitucionalidad que de este mandato del art. 35.2 C.E. resulta ha de reputarse más intenso que el que cabe obtener a partir del principio general de igualdad (art. 14 C.E.)”⁶.

⁶ Cfr., por todas, STC 227/1998, de 26 de noviembre, BOE 30 de diciembre.

Con ello, en cierta medida se está anunciando que si lo anterior apunta a presentar a la norma estatal como suelo mínimo uniformador de condiciones de trabajo, *a sensu contrario* se está aceptando que diferencias mayores puedan provenir de la negociación colectiva, al menos como efecto reflejo de una estructura negocial básicamente descentralizada que potencia las diferencias entre contenidos de unos y otros convenios; en suma, el impacto del mandato de igualdad de tratamiento no es tan intenso por lo que afecta a la negociación colectiva.

En todo caso, los matices también pueden provenir de las consecuencias a extraer respecto de la propia norma estatal. En efecto, a nuestro juicio, ese mandato constitucional, tal como ha sido interpretado por nuestro Tribunal Constitucional, a lo más que podría conducir es a vetar cualquier pretensión de excluir del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores a aquellos trabajadores que presten servicios en microempresas o en pequeñas empresas, siendo el margen de opción normativa elevado para el legislador ordinario en lo que refiere al cómo se regulan esas instituciones dentro del mismo cuerpo legal; y, en concreto, siempre que ello tuviera ciertos visos de objetividad, nada obstaría a que en el seno de la regulación estatutaria existieran ciertas diferencias de tratamiento en cuanto a la intensidad de lo exigido a las empresas o de lo reconocido a los trabajadores en atención a la dimensión de las primeras. Prueba más elocuente de ello es que en el texto actualmente vigente se ofrecen importantes y expresas diferencias de regulaciones al efecto, como pueden ser las relativas al régimen de los despidos por causas empresariales o al sistema de representación de los trabajadores en la empresa, sin que nadie haya puesto en duda su constitucionalidad.

El propio Tribunal Constitucional se enfrentó de forma directa a una cuestión de inconstitucionalidad, en la que se ponía en duda la corrección del régimen inicial diferencial de la cuantía de la indemnización por despido disciplinario improcedente⁷. Aunque con un fallo discutible, el resultado final fue el de sancionar la constitucionalidad de la medida a pesar de que comportaba el establecimiento de menores derechos de los trabajadores que prestaban servicios en pequeñas empresas: “el que la cuantía sea inferior en la pequeña y mediana empresa supone una desigualdad que se encuentra en relación con la finalidad de protección a la misma en conexión –como se puso de manifiesto en el debate del Estatuto de los Trabajadores– con sus mayores dificultades económicas (no pudiendo tampoco olvidarse la mayor incidencia sobre la masa salarial que produce la indemnización en estas empresas) y también con la mayor dificultad de convivencia que la readmisión puede producir en las mismas, supuesto este aludido –el de la dificultad– en el mencionado debate si bien no con referencia específica a las empresas de menos de 25 trabajadores; debiendo también señalarse que esta finalidad protectora se encuentra en relación a una consideración global de la crisis del empleo y de la forma de superarla, es decir con una finalidad de política laboral”; “Si la cuantía de la indemnización se calculara por el legislador en función de

⁷ STC 6/1984, de 24 de enero, BOE 18 de febrero.

los perjuicios que sufre el trabajador por la pérdida del puesto de trabajo sin causa legal, en unas y otras empresas, la valoración de esta desigualdad como discriminatoria sería la consecuencia inmediata. Pero tal indemnización no se calcula en función de dicho criterio, sino como una cantidad fijada ex lege, que atiende a finalidades globales de política social y económica, según hemos visto, aunque toma en consideración también el perjuicio que se ocasiona al trabajador por el despido sin causa legal al asegurarle en todo caso, cualquiera que sea la empresa en la que trabaje, una indemnización del 80 por 100. Concebido así el sistema, y considerado en su globalidad, no puede llegarse a la conclusión de que la desigualdad sea discriminatoria, en cuanto no está desprovista de una justificación objetiva y razonable teniendo en cuenta las finalidades perseguidas y los medios utilizados, entre los cuales no puede afirmarse que no exista una relación de proporcionalidad”.

A nuestro juicio personal más fundada resultaba la argumentación aportada de contrario por el voto particular en este caso concreto: “no es defendible que el trato favorable dado por razones de política social a una determinada empresa lo sufra en tan importante cuantía precisamente la persona víctima de la decisión ilícita adoptada por el empresario, porque en virtud de esta norma el trabajador resulta perjudicado por el despido improcedente y perjudicado por costearse a su costa parte del beneficio que la Ley otorga al autor de ese mismo acto ilícito. Si razones de política social, siempre genéricas por su propia globalidad, hacen conveniente liberar al empresario incluso de ese 20 por 100 de la «compensación económica», debería también globalizarse, esto es, socializarse la financiación del citado importe. Lo contrario parece no razonable, indebidamente gravoso para quien sufre ya el hecho ilícito y, por consiguiente, discriminatorio, esto es contrario al art. 14 de la Constitución”.

En todo caso, algún impacto debió tener este debate, cuando más tarde se modificó la Ley, quedando suprimida la diferenciación indemnizatoria por despido improcedente. Por el contrario, más tarde sí que se introducirá una diferenciación en materia de despido objetivo procedente, con una técnica que se asimilará mucho a la que se propugnaba en el voto particular, es decir, mantener la presencia de menores costos indemnizatorios por despido para las pequeñas empresas, sin que ello repercutiera negativamente sobre diferencias indemnizatorias respecto de los trabajadores, por cuanto que ello venía compensado con asunción de tales costes a fondo perdido por parte del Fondo de Garantía Salarial (actual art. 33.8 ET).

Por lo que refiere al segundo de los preceptos constitucionales apuntados, el art. 38 CE, éste afecta a la perspectiva inversa, la relativa a las diferencias de tratamiento entre las empresas; de ahí, los posibles desacuerdos y protestas manifestables por ahora por las grandes empresas con este tipo de políticas públicas diferenciales que las consideran de peor condición respecto de las pequeñas empresas. Si de la libertad de empresa deriva un principio general de libre competencia, se puede llegar a valorar que no es oportuno un sostenimiento artificial de pequeñas empresas inviables, sino que además puede provocar situaciones de competencia desleal entre unas y otras empresas por razón de sus dimensiones si este tipo de medidas llegan a alcanzar una cierta intensidad. Por tanto, incluso medidas que comportaran tratamientos preferentes que después no repercutieran negativamente sobre los tra-

bajadores, por ser sus costes asumidos por los propios poderes públicos, podrían ser puestos en solfa, ahora por comportar tratamientos discriminatorios entre unas y otras empresas, con repercusión negativa sobre la libre competencia mercantil. Sin descartar que ciertas medidas diferenciales de carácter laboral entre un tipo y otro de empresas pudieran llegar a comportar efectivos tratamientos discriminatorios, lesivos conjuntamente de los arts. 14 y 38 CE, ha de considerarse que la libre competencia como principio informador de nuestro ordenamiento jurídico no se puede convertir en un criterio absoluto; por el contrario, el mismo ha de ser matizado e incluso adaptado al contexto general de principios constitucionales, de modo que debe conciliarse con otros objetivos de búsqueda de la igualdad material tanto de los individuos como de los grupos en los que éstos se integran. Una vez más, dos motivaciones básicas se podrían aducir como justificativas de las diferencias de tratamiento entre las empresas atendiendo a su tamaño: primera, las necesidades de superior flexibilidad laboral en el seno de las pequeñas empresas respecto de las grandes y, segunda, la menor capacidad de resistencia económica de las pequeñas frente a los costes laborales.

Para completar esta valoración general del tratamiento diferencial en lo laboral es imprescindible aludir también a la intervención de las instituciones comunitarias en la materia. Como es sabido, entre los objetivos comunitarios de favorecimiento del desarrollo de una gran economía de escala prima el fomento cada vez más intenso de la libre competencia. Ello conduce, como resultado, a un cada vez mayor recelo a las medidas que comporten tratamiento singularizados a determinadas empresas o grupos de empresas, en la medida en que con ello se presume que inmediatamente ello puede desembocar en distorsiones de la competencia mercantil. Prueba más elocuente de ello es la profundización progresiva en la limitación de las ayudas económicas a las empresas, sean éstas directas e indirectas. Por ello, cabe imaginar un escenario, en el que ante los superiores obstáculos puestos por las instituciones comunitarias a todo tipo de medidas financieras favorecedoras de cierto tipo de empresas negativas sobre la libre competencia, los poderes públicos nacionales busquen vías de escape o alternativas, entre ellas, las situadas en el plano de la legislación laboral; aun cuando, debe advertirse que al poder ser estas medidas laborales cuantificables en términos de costes económicos, las mismas no dejarían de tener que someterse al test de la libre competencia antes señalado.

A pesar de lo anterior, en el contexto comunitario el panorama se ha despejado en mayor medida, al menos a partir de la reforma de los Tratados en 1992 en Maastricht y en 1997 en Ámsterdam. En efecto, a partir de dichas reformas claves, se hace una apelación explícita a la necesidad de que las medidas laborales adoptadas en el seno de las instituciones comunitarias tomen en consideración su repercusión sobre las pequeñas empresas, lo que puede fácilmente interpretarse como una admisión de que en determinados casos será necesario adoptar políticas singulares dirigidas a estas pequeñas empresas, incluidos cierto tipo de tratos de favor. En concreto, el actual art. 137.2.b TCE, en referencia a la facultad comunitaria de armonización de la legislación laboral establece que “Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas”.

En lo que refiere al Derecho derivado en materia de política social, son escasas las menciones directas que figuran en la legislación de armonización a la introducción de diferencias de tratamiento por razón de la dimensión de la empresa. No obstante, la más emblemática es la Directiva de aproximación de las legislaciones laborales en materia de despidos colectivos. La misma tiene una importancia decisiva por varias razones: por ser una de las medidas pioneras en la materia, dado que se trata de una de las Directivas más antiguas, remontándose su primera versión al año 1975; por referir a una materia de considerable importancia en el contexto general del sistema de relaciones laborales como es la relativa a la extinción de la relación laboral derivada de crisis empresariales, que es precisamente uno de los momentos de mayor contraste en los intereses entre las partes; por haber influido decididamente en la regulación actual en nuestro país del régimen de los despidos por causas empresariales, particularmente en lo que afecta a las especialidades para las pequeñas empresas; por haber tenido en nuestro país un impacto expansivo para la regulación de instituciones próximas de reestructuración empresarial, como son las relacionadas con los traslados y con las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, también por lo que refiere a la disyuntiva entre medidas colectivas e individuales.

4. Los contenidos básicos y los mecanismos de tratamiento diferencial

Corresponde, a partir de ahora, entrar a describir el tipo de reglas diferenciales que se pueden apreciar en la legislación laboral vigente atendiendo a las dimensiones de las empresas⁸. Con carácter general puede afirmarse que, en una primera lectura, aparecen muy escasas menciones a las dimensiones de las empresas como criterio diferencial de regímenes jurídicos en lo laboral. Por el contrario, por la formal redacción abstracta de la normativa estatal en lo laboral, puede obtenerse la impresión inversa: el reconocimiento de derechos a los trabajadores de modo uniforme, sin tomar en consideración el factor diferencial de la dimensión de la empresa. Ciertamente, estas diferencias son palpables en la regulación de algunas instituciones, pero puede dar más la impresión de tratarse de opciones legislativas aisladas, en tanto que se pretende evitar la conformación de un estatuto jurídico diferenciado en lo laboral de la pequeña empresa.

Adicionalmente, en los casos más conocidos de diferencias de tratamiento por razón del tamaño, no es claro cual es el elemento referencial para el legislador. En concreto, parece a veces como si se utilizaran términos o conceptos diferentes, pero que podrían ser utili-

⁸ Por todos, S. Del Rey Guanter, La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994, editorial Tirant lo blanch, Valencia 1995. F. Fita Ortega, La pequeña empresa en el ordenamiento jurídico-laboral, editorial Tirant lo blanch, Valencia 1997. J. López Gandía, La dimensión de la empresa y el Derecho del Trabajo: notas para un estudio, en AA. VV., Estudios en homenaje al profesor Diego Sevilla Andrés. Historia, Política y Derecho, tomo I, Valencia 1984. A. V. Martínez Abascal, La relación Ley-negociación colectiva en la reforma de la normativa laboral: ¿una adaptación del Derecho del Trabajo a la dimensión de la empresa?, Relaciones Laborales 1995 (II).

zados alternativamente sin mayor repercusión. Particularmente ello sucede cuando se apela tanto a la noción de empresa como de centro de trabajo, como si en la mayoría de las ocasiones el destinatario de la norma fuera una empresa integrado por un solo centro de trabajo, de modo que es indiferente emplear uno u otro calificativo; por ejemplo, tal impresión puede deducirse a veces cuando se trata de las especialidades fijadas para los despidos colectivos a través de los expedientes de regulación de empleo. Más aún, cuando se aprecia la efectiva diferencia conceptual, hay una más directa atención a la dimensión del centro de trabajo, en detrimento del tamaño de la empresa; ejemplo, elocuente es el caso de las reglas específicas referidas al sistema de representación de los trabajadores en la empresa. Por último, el hecho de que el legislador utilice el criterio diferencial que venimos analizando no supone necesariamente que quiera actuar sobre los intereses o necesidades diferenciadas de las pequeñas empresas, por cuanto que también resulta necesario comprobar cual es la funcionalidad o razón de ser de la introducción de la correspondiente diferencia de tratamiento. En definitiva, de conformarse todas esas impresiones iniciales, una primera conclusión sería que, de entre las diferencias de regímenes por razón del tamaño, algunas no refieren estrictamente al asunto que aquí nos ocupa.

Sin dejar de ser cierto todo lo que acabamos de apuntar, la conclusión última con seguridad es desproporcionada, cuando no directamente errónea. En efecto, una lectura más pausada del ordenamiento laboral actualmente vigente y, sobre todo, un análisis del impacto real de la legislación al uso nos muestra como realmente el impacto de la normativa laboral hoy en día resulta bien diverso en las pequeñas empresas comparativamente con las grandes.

En primer lugar, lo habitual es centrarse exclusivamente sobre las materias más emblemáticas donde el legislador recoge un regulación profusamente diferenciada a favor de la pequeña empresa, olvidando que junto a éstas aunque de forma ya más aislada, desperdigada y sin un claro hilo conductor común pueden llegar a individualizarse un número no reducido de especialidades que toman a la dimensión de la empresa como referente.

En segundo lugar, por cuanto que, junto a las que consideraríamos como regulaciones expresamente diferenciales, aparecen otras más ocultas, que tan sólo se descubren cuando la regulación correspondiente se pone en conexión con la funcionalidad o efectividad que la misma cumple. Por decirlo con mayor claridad, una cosa es que la norma esté redactada en términos de disposición de carácter general, cuyo ámbito de aplicación formalmente se dirige a cualquier tipo de empresa, pero que después por su contenido se puede deducir que en la práctica se aplica de forma bien diferente según el tamaño de la empresa o del centro de trabajo. A tal efecto, será necesario analizar dos grupos o tipos de normas: de un lado, normas de implícita aplicación prevalente dentro de las pequeñas empresas; de otro lado, normas que de hecho resulta impensable su aplicación en la pequeña empresa.

En tercer lugar, cuando se procede al elenco de normas diferenciales, por su carácter general, se tiene a concentrar la atención en la legislación laboral emanada de normas estatales y, en particular, en normas con rango de Ley. Sin embargo, el contexto preciso de nues-

tro régimen laboral hoy en día es incompleto si se olvida la toma en consideración de los contenidos de los convenios colectivos y la comparación entre los mismos a la luz de su estructura. Ciertamente que ese otro análisis es mucho más complejo de realizar, pues no es posible quedarse en la superficie descriptiva de lo contemplado en las cláusulas de los diferentes convenios colectivos. Pero sí que anticipamos que ahí se encuentra una de las claves, por no decir que con seguridad se localiza el dato decisivo hoy en día de la diferencia entre unas y otras empresas.

En cuarto lugar, la capacidad de control del efectivo cumplimiento de la legislación laboral resulta bien diversa según dimensiones de las empresas. En estos términos, si se parte de la hipótesis de que la efectividad del control de ese cumplimiento resulta considerablemente inferior en el caso de las pequeñas empresas, de ello deriva que mayores sean los riesgos de irregular aplicación o de fuerte inaplicación de los mandatos imperativos deducidos de la norma laboral; una vez más, una valoración derivará del estudio de la eficacia formal de la norma y otra bien diversa si se atiende a la efectividad práctica de la misma.

Procedamos, aunque sea brevemente y en términos superficiales a una descripción de estos cuatro elementos de comprobación de la incidencia de la norma laboral sobre las pequeñas empresas.

5. Regímenes explícitos diferenciadores

El aspecto más conocido de todos previstos expresamente diferenciales refiere a la regulación del despido, aunque como ya hemos adelantado ello afecta tan sólo a los despidos que tienen por causa una situación de excedente de empleo por causas económicas, técnicas organizativas y productivas. Su referente principal se sitúa en los arts. 51, 52.c y 33.8 ET. En cuanto a su contenido, básicamente consisten en un aligeramiento de los trámites formales de adopción del proyecto empresarial de extinción contractual, consistente sobre todo en la inexigibilidad del periodo de consultas, de la intervención del control previo de la Administración laboral vía autorización administrativa y, cuando ello se requiere, en un menor rigor en cuanto a la documentación a elaborar o en la duración del expediente de regulación de empleo. Junto a ello, también destaca la reducción del coste de la puesta en marcha del proyecto de reducción de empleo: reducción directa por vía de la asunción parcial de la indemnización a abonar a los trabajadores por parte del Fondo de Garantía Salarial; reducción indirecta en la medida en que la supresión de los trámites formales precedentes también tiene su valoración económica relativamente fácil de imaginar.

La fórmula ensayada en los despidos de establecimiento de umbrales cuantitativos a efectos de diferenciación entre aquellos a los que se les atribuye el carácter de colectivos y aquellos otros a los que se les niega, es producto en gran medida como ya indicamos de las previsiones comunitarias de la Directiva sobre despidos colectivos. Ahora bien, el legislador español ha extendido esta fórmula a otras instituciones, en particular a los traslados del art.

40 ET y a las modificaciones sustanciales del art. 41 ET. Si bien de forma inmediata la diferencia se dirige a distinguir entre medidas de carácter colectivo e individual, se utiliza una escala en función de las dimensiones de las empresas. Formalmente ello tan sólo supone aplicar un mero criterio de proporcionalidad que, como tal implica un tratamiento unitario de todas las empresas. No obstante, en algunas hipótesis concretas su aplicación comporta en la práctica que la consideración de una medida de estas características como colectiva se alcance con mucha mayor facilidad en una gran empresa, con lo cual las exigencias y cargas a las empresas se elevan en el desarrollo del procedimiento por el mero hecho de tener éste un carácter colectivo.

A resultas de la reciente aprobación de la Ley Concursal también se ha incidido en una nueva perspectiva de la diferencia en atención a la dimensión empresarial, en particular por lo que refiere a las medidas colectivas de reestructuración empresarial⁹. Dicha Ley se basa como criterio orientador general en “los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema”, lo que implica incorporar en la misma norma a todas las situaciones concursales; por tanto, desde la perspectiva que estamos analizando, que todas las situaciones concursales sean reguladas por la misma norma con independencia del tipo de deudor, del tipo de empresario, del tipo de empresa. Unidad de sistema implica igualmente someterlos a todos a un mismo procedimiento ante el Juez del concurso. No obstante, partiéndose de un tronco común de regulación del procedimiento concursal, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo, también es cierto que se incorporan reglas singulares dirigidas a las pequeñas empresas, de modo que se suaviza y flexibiliza el rigor de la tramitación judicial, sobre la premisa de que será menos complejo el análisis y el tratamiento de una situación de insolvencia de una entidad económica menor. De igual forma, se trata de una Ley en el texto finalmente aprobado ha trasladado con notable fidelidad las reglas de procedimiento sobre reestructuraciones empresariales contempladas en la legislación laboral común, incluidas entre ellas las especialidades relativas a las pequeñas empresas antes referidas.

Todo lo relativo al sistema de representación de los trabajadores en la empresa constituye una segunda materia en la que se aprecia más fácilmente un tratamiento diferenciado por tamaño del centro de trabajo, si bien en muchas ocasiones ello también comporta afectación a la dimensión de cada empresa. Como es habitual en el modelo de doble canal de representación, ello arranca y resulta más perceptible en la regulación del sistema de representación electiva de comités de empresa y delegados de personal del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Órganos de Representación en la Administración Pública, aunque sucesivamente se extiende de forma asimilada en lo que atañe a la representación sindical de secciones y delegados sindicales en la Ley Orgánica de Libertad Sindical. En esta ocasión, el enfoque del legislador atiende más a las especialidades propias del funcionamiento de estos órganos en las empresas según su tamaño, pero no parece tan preocupada por los mayores o menores costes, o incluso necesidades de flexibilidad en las pequeñas empresas.

⁹ Por todos, art. 64 Ley 22/2003, de 9 de julio (BOE 10 julio), Concursal.

Por el contrario, el principio general que puede deducirse de la regulación de toda esta materia sería a nuestro juicio el de la paridad de tratamiento en todas las empresas con independencia de su dimensión. Por ejemplo, lo más relevante es que desde el punto de vista competencial, la regulación vigente es de idéntica atribución de funciones y facultades tanto a los delegados de personal como a los miembros de comités de empresa, justamente los primeros concebidos para las organizaciones menores (de hasta 50 trabajadores) y los segundos para las mayores (a partir de 50 trabajadores). Frente a la versión originaria de 1980 del Estatuto de los Trabajadores que sí que contenía una relación mucho más minuciosa y profunda de competencias de los comités frente a los delegados, a partir de una de las primeras reformas de Estatuto (la correspondiente a 1984), la equiparación competencial resulta total. De otra parte, cuando se trata de diferencias que afectan a lo orgánico —número de representantes a elegir, procedimiento electoral, régimen de funcionamiento interno y prerrogativas del tipo de horas retribuidas para el ejercicio de actividad representativa—, de nuevo se está pensando más en las necesidades del propio órgano que en los requerimientos de menor coste de las pequeñas empresas, por cuanto que el principio prevalente sería el de proporcionalidad, que no es otra cosa que una aplicación de idénticas reglas equiparadas a la plantilla de cada centro.

A pesar de todo lo anterior, sí que aparece alguna regla concreta que atiende a las especialidades propias de la microempresa e incluso en alguna ocasión de la propia pequeña empresa. En este ámbito, a mi juicio, por encima de todo la regla más importante de todas es la que excluye de la necesidad de proceder a la elección de representantes unitarios en los centros de menos de 11 trabajadores y excluye su elección en los centros de menos de 6 trabajadores (art. 62 ET). En paralelo, ello es trasladable también a las secciones sindicales, en la medida en que las competencias de mayor calado atribuidas a las mismas van condicionadas a que el sindicato correspondiente tenga presencia en los órganos de representación unitaria, de modo que si no la tiene carece de tales competencias (art. 8 LOLS). Con ello se diseña un modelo de colectivización de los intereses de los trabajadores exclusivamente en empresas de ciertas dimensiones, en tanto que en las muy pequeñas se opta por favorecer la individualización de la interlocución entre empleador y empleado. Algo similar, aunque de menor entidad, se aprecia respecto de los delegados sindicales, que sólo pueden ser elegidos con las competencias legales si refiere a centros o empresas de 250 trabajadores (art. 10 LOLS).

A partir de aquí, el resto de las diferencias apreciables según tamaño de la empresa o del centro son puntuales, en cierto modo aisladas para regular un aspecto muy concreto de una institución. A pesar de ello, su mera agrupación en el listado que sigue, permite apreciar como es una perspectiva que está en la mente del legislador más presente de lo que a primera vista parece. Con ese mero objetivo nos limitamos a dar testimonio de esas otras menciones.

En lo que refiere al período de prueba, la regulación actual establece que en las empresas de menos de 25 trabajadores su duración no podrá exceder de tres meses para los tra-

bajadores que no sean técnicos titulados (art. 14.1 ET). En esta ocasión aparentemente la regla se presenta menos rígida para las pequeñas empresas, en la medida en que admite que para las restantes empresas la duración del período de prueba presenta un tope inferior de dos meses. La justificación de ello es clara, en el sentido de que una vez más se desea otorgar un margen más flexible de actuación en favor de las pequeñas empresas. La duda interpretativa principal que plantea el precepto refiere a la relación entre la Ley y el Convenio Colectivo, pues no está claro si ese tope legal resulta supletorio respecto de lo que se pacte en convenio; ello depende de como se lean las tres frases sucesivas del art. 14.1: la primera regla general de remisión al convenio; la segunda una regla de fijación de duraciones máximas, de aplicación en caso de que no haya regulación por parte del convenio; la tercera una específica relativa a las pequeñas empresas. La duda refiere a si la tercera regla también tiene carácter supletorio, por cuanto que se ve igualmente afectada por la regla general de supletoriedad de la frase primera. A nuestro juicio personal, la respuesta es negativa, por tanto ha de entenderse que la tercera regla es imperativa tanto para el contrato como para el convenio, tanto por el hecho de aparecer en frase independiente, tras un punto y seguido, como por el dato de que la frase se redacte en términos prohibitivos sin excepción expresa.

En materia de contrato de trabajo para la formación se establece la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan un tope máximo de contratos de este tipo a celebrar en cada empresa, en cuyo caso ese máximo convencional no será único por cada empresa, sino que el convenio necesariamente deberá establecer una escala en función de la dimensión de cada empresa (art. 11.2.b ET). Aunque esa escala se remite a lo que se fije en el propio Convenio, reglamentariamente se fija una escala, a la que también se le atribuye carácter supletorio respecto del convenio¹⁰. Lo que carece de sentido es que se conciba esa regla también como supletoria respecto del convenio de empresa, pues para ella no habrá escala alguna, de modo que hacerlo supletorio en el fondo es suprimir todo referente a la dimensión de la empresa, por cuanto que cada uno podrá hacer lo que quiera; eso sí el error no se sitúa en el Reglamento sino que proviene de la propia Ley del Estatuto. Por encima de lo anterior, lo más relevante es que dentro de la regulación general del contrato para la formación, este aspecto resulta absolutamente anecdótico, por lo que es más resaltable la práctica identidad de regulación diferencial de este modalidad contractual por lo que refiere al tamaño de la empresa, cuando realmente es obvio que en si se producen ciertos abusos en el uso desviado de esta modalidad pueden ser más intensos entre las pequeñas empresas.

¹⁰ Art. 7 RD 488/1998, de 27 de marzo, BOE 9 de abril, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos. En concreto, la escala de contratos para la formación límite admitida que se establece es la siguiente: hasta 5 trabajadores uno, de 6 a 10 trabajadores dos; de 11 a 25 trabajadores tres; de 26 a 40 trabajadores cuatro; de 41 a 50 trabajadores cinco; de 51 a 100 trabajadores ocho; de 101 a 250 trabajadores 10 ó el 8 % de plantilla; de 251 a 500 trabajadores 20 ó el 6 % de la plantilla; más de 500 trabajadores 30 ó el 4 % de la plantilla.



Es bien importante la regla que establece una cuota de reserva obligada de contratación de trabajadores minusválidos. En concreto se obliga a las empresas que empleen a un número de 50 o más trabajadores a dar ocupación al menos al 2 % de minusválidos entre el total de su plantilla¹¹. Es cierto que esta regla de cupo obligatorio ha dado escasos resultados en el sector privado y se tiene la impresión de que resulta difícil de imponer su cumplimiento, razón por la cual recientemente se han ensayado fórmulas alternativas que propendan a objetivos similares¹². Al margen de esta polémica, lo más relevante desde el punto de vista que estamos analizando aquí es que se excluye por completo de esta obligación a las pequeñas empresas, sin ni siquiera sustituirlas por obligaciones más suaves o de menor intensidad. Se entiende que lo contrario supondría un coste tanto económico como de organización desmesurado, que no sería asumible por una empresa pequeña.

Las medidas de fomento de empleo, particularmente las aprobadas anualmente por el Gobierno y el Parlamento nacional, con la técnica más extendida de la reducción en las cotizaciones a la Seguridad Social, se dirigen de forma indiferenciada para todas las empresas, con independencia de cual sea su tamaño. Lo decisivo para que es que se produzca un incremento del nivel de empleo, sin pensar que las pequeñas empresas requieren de medidas propias. Tan sólo puede identificarse alguna medida excepcional, de escasa trascendencia a nuestro juicio en lo que es la seña de identidad general de este tipo de medidas. Cabe citar al efecto, la medida dirigida a los trabajadores que celebran su primer contrato con un asalariado por tiempo indefinido¹³. Por el contrario, algunas de estas medidas por sus características y requisitos, incluso por la cierta complejidad en su reconocimiento, son más fáciles de disfrutar por parte de medianas y grandes empresas que por parte de las más pequeñas. Incluso algunas medidas de mayor calado aprobadas por algunos territorios requieren de un desembolso mínimo de capital y de un número mínimo de contrataciones laborales, lo que desemboca en que tales medidas sólo sea posible su disfrute por empresas medianas o grandes¹⁴. Al margen de ello, cuando se establecen medidas de apoyo al empleo en las pequeñas empresas, sobre todo en las Comunidades Autónomas y Administraciones locales,

se enfocan preferentemente hacia la creación y desarrollo del autoempleo, que obviamente escapa ya del terreno estricto de la legislación laboral.

Por último, entre las medidas directas diferenciales, hay que resaltar la recurrente especialidad en materia de prevención de riesgos laborales. Sin poder entrar en este estudio en la profunda complejidad de esta materia y la especial preocupación por lograr resultados efectivos en la política de penetración de la cultura de la prevención en el ámbito de la pequeña empresa, dos precisiones de carácter general se pueden efectuar al respecto. Primera, que las reglas más explícitas diferenciales en esta materia refieren a la representación de los trabajadores y, en particular a algunos de los órganos instituidos por la Ley, como son los delegados de prevención y el comité de seguridad y salud. Segunda, que cuando se contempla una mención especial respecto de la necesaria actuación propiamente dirigida hacia las pequeñas empresas, la regulación correspondiente no mucho más allá de una declaración programática de objetivos; así sucede, a título de ejemplo, cuando se marcan los objetivos de la política de prevención y los cometidos que a estos efectos le incumben a los poderes públicos: se indica que los poderes públicos “podrán adoptar programas específicos dirigidos a promover la mejora del ambiente de trabajo y el perfeccionamiento de los niveles de protección. Los programas podrán instrumentarse a través de la concesión de los incentivos que reglamentariamente se determinen, que se destinarán especialmente a las pequeñas y medianas empresas” (art. 5.3 Ley de Prevención de Riesgos Laborales). Algo similar viene a establecerse respecto de las modalidades de organización, funcionamiento y control de los servicios de prevención (art. 6.1.e Ley de Prevención de Riesgos Laborales). En definitiva, una previsión legal enormemente abierta, imprecisa en cuanto a su alcance, que coloca en pie de igualdad en cuanto al tratamiento a las pequeñas y medianas empresas cuando no son lo mismo y que, en las más de las ocasiones, deja plena libertad de puesta en marcha o no de proyectos específicos respecto de las pequeñas empresas.

6. Regímenes implícitos de aplicación prevalente para la pequeña empresa

Tal como avanzamos con anterioridad, el panorama completo de las especialidades en la materia no puede presentarse con la mención exclusiva a las diferencias explícitas en la norma; las diferencias no se limitan a los textos jurídicos en los que literalmente se fija un umbral cuantitativo de plantilla a efectos de diferenciar tratamientos específicos. Junto a estos, aunque sea más difícil de percibir, surgen tratamientos diferenciales implícitos. Se trata de poner en conexión el tipo de regulación con las características sociológicas comunes en las pequeñas empresas, que como resultado en el momento aplicativo provocan nuevas diferencias efectivas, por mucho que la letra de la norma sea de indiferente aplicación a cualquier tipo de empresa. Por darse esa circunstancia de absoluta igualdad de tratamiento en la formalidad de la norma, la valoración de los casos concretos que se pueden citar es más discutible, incluso es difícil que el análisis de aplicación sociológico que se exponga no sea posible universalizarlo a todas las pequeñas empresas; las consideraciones que siguen, por tanto, siempre están sometidas a un evidente flanco de crítica, al menos si se pretende

¹¹ Art. 38.1 Ley 13/1982, de 7 de abril, BOE 30 de abril, de integración social de los minusválidos.

¹² Cfr. RD 27/2000, de 14 de enero, por el que se establecen medidas alternativas de carácter excepcional al cumplimiento de la cuota de reserva del 2 % a favor de los trabajadores discapacitados en empresas de 50 o más trabajadores.

¹³ Actualmente en el art. 47 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, BOE 31 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social para el año 2003.

¹⁴ Por todas, Norma foral de la Diputación de Vizcaya 5/1993, de 24 de junio, Boletín Oficial de 7 de julio, de medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica. Ha de recordarse, no obstante, que este tipo de ayudas han sido declaradas incompatibles con el Mercado Común por la Comisión Europea, si bien el argumento no lo sea en relación con la materia que estamos tratando aquí sino con la libre competencia mercantil, en concreto con las ayudas a las empresas que distorsionan la competencia (Decisión 2003/86/CE, de 20 de diciembre de 2001, DO 14 febrero 2003).

leerlas en claves de generalidad, referibles a todas y cada una de las pequeñas empresas que podamos imaginar. Sin embargo, a nuestro juicio, sí que poseen un alto grado de verosimilitud, en la medida en que el contraste con la realidad permite un resultado bastante confirmatorio de las premisas de partida; la circunstancia de que pueda negarse tal conclusión en un número reducido de pequeñas o de grandes empresas, a mi juicio, no le quita valor a la perspectiva de análisis. Por el contrario, su omisión sí que nos ofrecería una perspectiva parcial en exceso del panorama de conjunto de las especialidades de las pequeñas empresas en nuestro sistema de relaciones laborales.

Un grupo de supuestos refiere a aquellas instituciones comunes de la legislación laboral que, por su sentido, finalidad y forma de regulación están concebidas básicamente para ser utilizadas por las pequeñas empresas, mientras que a la inversa tienen escasa utilidad, cuando no resulta de imposible aplicación en la gran empresa. Los supuestos que se podrían traer a colación pueden ser variados, pero nos vamos a limitar a referir los más elocuentes a título ilustrativo de lo que se quiere indicar al respecto.

Un ejemplo que se podría mencionar al efecto es la institución de la polivalencia funcional prevista legalmente (art. 22.5 ET). Conforme a la misma el trabajador, a través de pacto individual se compromete a efectuar de forma habitual y casi simultánea funciones pertenecientes a diversas categorías o grupos profesionales. Se presupone que las funciones asignadas a cada categoría o grupo profesional han sido fijadas por el convenio colectivo de aplicación, como la forma de identificar las tareas a ejecutar por cada trabajador, en función de la categoría grupo profesional que le corresponda. La estructura profesional de los convenios, entre otras funciones, permite identificar el objeto de la prestación del trabajador. En estos términos, admitiéndose la posibilidad de celebrar pactos individuales de polivalencia funcional se otorga a la estructura profesional de los convenios del carácter de normas dispositivas respecto al contrato de trabajo. Todo este diseño, en la formalidad de la norma estatutaria aparece como una posibilidad que se puede referir a cualquier trabajador y, por tanto, aplicarse a cualquier tipo de empresa. Sin embargo, la lógica del sistema lleva a pensar que, si la estructura profesional del convenio está razonablemente diseñada, funcionará correctamente para las empresas de grandes y medianas dimensiones; por el contrario, salvo supuestos específicos, una de las posibles aplicaciones del pacto de polivalencia referirá a pequeñas empresas que por el escaso número de empleados a su servicio no pueden dar ocupación a un trabajador durante una jornada en tareas de un solo nivel profesional, al propio tiempo que necesita que el mismo trabajador efectúe tareas de diversos niveles; dicho de otro modo, el sistema de clasificación profesional genéricamente previsto en la negociación colectiva sectorial puede no ser viable en empresas muy pequeñas, por lo que el sistema de polivalencia le sirve para salvar la posible rigidez de la estructura profesional. Naturalmente para la gran empresa la polivalencia profesional puede tener otro sentido y utilidad, pero en el mejor de los casos lo será exclusivamente para un grupo muy concreto de trabajadores, mientras que para la pequeña empresa puede afectar a todos ellos el pacto de polivalencia.

Otro ejemplo referiría a una serie de disposiciones de aplicación exclusiva a los empleadores que actúan como personas físicas. Naturalmente desde el punto de vista formal ningún obstáculo existiría para que una persona física fuera el titular de una empresa de grandes o medianas dimensiones. Sin embargo, cuando esto sucede prácticamente siempre lo hace interpuesto por una persona jurídica, que es quien aparece formalmente como titular de la empresa. Pero incluso entre las propias empresas pequeñas está extendida la configuración de una persona jurídica como parte empleadora y titular del negocio. Por ello, en los cada vez más escasos supuestos en los que es una persona física como parte empleadora suele referir a pequeñas empresas, cuando no a microempresas. De este modo, puede afirmarse que la práctica totalidad de las ocasiones en las que resultan de aplicación las reglas que presumen la intervención de un empresario-persona física no encontramos frente a una microempresa o a lo sumo una pequeña empresa. Entre estas disposiciones en lo laboral dirigidas a los empresarios personas físicas podemos mencionar las siguientes.

En primer lugar, las reglas de subrogación contractual laboral que se verifican '*mortis causa*', es decir, con ocasión del fallecimiento del empleador. La especialidad en estos casos es que no se aplica la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario por las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas (art. 44.3 ET). Desde luego es imposible por propia esencia atribuir una responsabilidad solidaria a una persona como el cedente que en este caso ha fallecido. La duda interpretativa es si con ello, también se está excluyendo la asunción de responsabilidades del cesionario respecto de las deudas precedentes. En principio la respuesta debe ser negativa, por cuanto que lo que sí se produce es el efecto subrogatorio, que colocando al cesionario en la posición jurídica del cedente vía una novación subjetiva del contrato, lo hace titular de una relación laboral que permanece inmutable en lo restante. Si acaso lo que sí se suprimiría es el plazo de prescripción específico de los tres años, entrando en juego el general del año (art. 59 ET).

En segundo lugar, y en paralelo con lo anterior, podríamos mencionar las reglas específicas sobre extinción del contrato de trabajo por muerte, jubilación o incapacidad del empleador, que también presuponen que el empleador es una persona física (art. 49.1.g ET). La especialidad en estos casos es que se otorga plena libertad a los herederos o sucesores del empleador para continuar o cesar en la actividad empresarial; de optar por la continuidad, se aplican las reglas comunes en materia de subrogación empresarial; caso de optar por el cese, se produce una extinción del contrato de trabajo, que se materializa por mera notificación unilateral a los trabajadores afectados y con abono de una indemnización simbólica equivalente a un mes de salario, cantidad absoluta e indiferenciada para todos los trabajadores, sin variar en función de la antigüedad del trabajador, del carácter temporal o indefinido del contrato que vincula a las partes.

En tercer lugar, cabe mencionar la exclusión del contrato de trabajo de las prestaciones de carácter familiar, establecida como presunción '*iuris tantum*' (art. 1.3.e ET). Naturalmente, al tratarse de una relación familiar entre quien presta el servicio y quien lo recibe,

éste último ha de serlo también una persona física y, por tanto, es regla que ha de tener juego exclusivamente en empresas familiares de pequeña dimensión. Es cierto que en ciertas ocasiones, dado que la finalidad de las partes suele ser aquí similar una relación laboral que no existe con alteración sobre todo del régimen de Seguridad Social, en ese encubrimiento de la realidad material de fondo puede que se haya adoptado una forma societaria o asociativa, con personalidad jurídica la empresa, cuando se trata de un negocio unipersonal de un concreto empresario; pero incluso en estas hipótesis lo generalizado una vez más es que se trate de entidades empresariales de pequeñas dimensiones.

En cuarto lugar, es obvio también que todo el régimen relativo a la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar presupone tanto una persona física como amo de casa como igualmente una microempresa desde el punto de vista laboral¹.

7. Regímenes implícitos de inviable aplicación en la pequeña empresa

En esta técnica de atender más a una visión de sociología aplicativa de la norma laboral, habría que efectuar el enfoque inverso al precedente: sacar a la luz aquellas disposiciones que, a pesar de su formulación genérica en su literalidad gramatical, sin embargo por su contenido resultan de inviable aplicación a una empresa pequeña o micro. Se trata de un enfoque complementario del anterior, pues a veces incide sobre materias similares y, en todo caso, amplía el abanico de especialidades en el terreno de lo práctico.

Como primer ejemplo, y precisamente como complemento de la polivalencia, se situarían las reglas relativas a la movilidad funcional (art. 39 ET) y a la promoción profesional (art. 24 ET). Claramente en el caso de las microempresas, al ser tan reducidos los puestos de trabajos existentes en la organización, lo habitual es que nos encontremos ante trabajadores polivalentes, con capacidad de realizar cuantas tareas sean necesarias en la empresa y de sustituir a cualquiera de sus compañeros, con lo cual las reglas de movilidad funcional y las limitaciones a la misma carecen de todo sentido en este tipo de organizaciones. En los mismos términos, al existir un número tan reducido de empleados en la empresa, las expectativas de promoción profesional son prácticamente inexistentes, al existir una muy reducida jerarquización del personal de la misma. Y, en todo caso, de producirse algún tipo de promoción profesional en este tipo de empresas, las mismas se verificarán con un alto grado de discrecionalidad por parte del empleador, sobre la base de la relación de confianza establecida entre las partes, por tanto con exclusión de cualquier posibilidad de institucionalización jurídica del procedimiento de promoción.

Como segundo ejemplo mencionaríamos toda la regulación relativa a traslados y desplazamientos de trabajadores (art. 40 ET). Este precepto requiere una mínima implantación dispersa por el territorio de la empresa para la que se trabaja, exige cuando menos varios centros de trabajo distantes entre sí que requiera de medidas de movilidad geográfica del personal. Incluso, la pluralidad de centros de trabajo dispersos siendo premisa imprescindible, no es suficiente para que resulte aplicable este tipo de normativa, que de hecho siempre requiere de centros de trabajo con una plantilla mínima y problemas de excedentes de personal en unos centros y de necesidades de cobertura de puestos de trabajo en otros: contexto obviamente que no se verifica en empresas pequeñas.

Como tercer ejemplo podríamos mencionar ciertas reglas relativas a la ampliación de la jornada de trabajo de los contratados por tiempo indefinido a tiempo parcial (art. 12.5 ET). De la simple lectura del precepto estatutario se constata la elevada complejidad técnica de su regulación, cuya materialización requiere de una contabilidad específica nada fácil de cumplimentar. Este dato ya de por sí es suficientemente elocuente como para presumir que se trata de una institución en la práctica de imposible utilización por parte de una pequeña empresa, con lo cual este tipo de empresas o bien buscarán instrumentos alternativos de flexibilidad del tiempo de trabajo, o bien se limitarán lisa y llanamente a olvidar las exigencias formales y materiales impuestas por la norma laboral al respecto.

Como tercer ejemplo, las reglas relativas a excedencia y suspensiones de la relación laboral de larga duración (art. 46 ET), aunque ciertamente se presenta con una palpable universalidad para todo tipo de empresas, surgen históricamente en el contexto de una empresa con elevada plantilla, donde es posible mantener un régimen de sustituciones o de rotación de un determinado porcentaje de trabajadores. Por mucho que se quiera, los inconvenientes del respeto a las reservas de puesto de trabajo o derechos de reintegración son tan acusados en las pequeñas empresas, que estas pueden estar en condiciones de respetarlos en periodos de interrupción del contrato de corta duración, pero que desde luego es difícil imaginar que se cumplan en la práctica frente a periodos de más larga extensión temporal.

Como último ejemplo, mencionar alguna jurisprudencia que excluye la aplicación de las reglas sobre subrogación contractual derivada de transmisiones de empresa o unidades productivas autónomas. Me refiero en concreto a aquella jurisprudencia que considera que cuando el adquirente es un trabajador autónomo a éste en ningún caso se le pueden imponer los efectos subrogatorios contemplados en el art. 44 ET (STSJ de Cantabria de 21 de febrero de 2000).

8. El rol de la negociación colectiva

Una nueva perspectiva de análisis obligado de la materia que nos ocupa es la relativa a la intervención de la negociación colectiva y el papel que la misma puede desplegar en la incorporación de nuevos tratamientos diferenciales. Por supuesto, nada impediría que den-

¹ Art. 2.b ET y RD 1425/1985, de 1 de agosto (BOE 13 agosto), cuyo art. 2.1.a declara fuera del ámbito de la relación especial "las relaciones concertadas por personas jurídicas, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas, quedando éstas sometidas a la normativa laboral común".

tro del clausulado de los convenios colectivos se incorporen nuevas reglas de aplicación exclusiva a determinado tipo de empresas por razón de su tamaño o bien reglas diferenciales atendiendo al mismo criterio, obviamente siempre que las mismas logran superar el test de razonabilidad que impidiera derivar de la diferencia de tratamiento un típico tratamiento discriminatorio, como tal también vedado a los negociadores. Ahora bien, en este trabajo de aproximación a la materia es imposible que vayamos más allá de esta afirmación de carácter general. Pero es más, tal perspectiva no es la que nos interesa resaltar más, por cuanto que no es a nuestro juicio la que intuitivamente puede provocar mayores diferencias de regulación entre unas y otras empresas.

Por el contrario, a nuestro juicio la clave en esta sede no se encuentra tanto en los contenidos propiamente dichos, cuanto en la estructura de los convenios colectivos; o bien si se quiere dicho de otro modo, la clave se encuentra en la diferencia comparativa de los contenidos entre unos y otros convenios colectivos, que incide de forma bien diversa entre unos y otros convenios colectivos.

En efecto, si bien la estructura de la negociación colectiva en nuestro país es notablemente compleja y presenta una alta dosis de descentralización e incluso adolece en muchas ocasiones de coherencia, a los efectos de lo que estamos tratando aquí algo básico sí que se puede decir. A riesgos de resultar simplistas, en gran medida uno de los polos básicos de nuestra negociación es la dualidad entre negociación sectorial provincial y la negociación empresarial. A estos efectos la negociación sectorial provincial es la que prevalentemente se dirige a regular las condiciones de trabajo de las empresas de más reducidas dimensiones, en tanto que la negociación empresarial requiere de una empresa de tamaño medio o grande, aunque esto último presenta significativas excepciones en nuestro modelo negocial.

Otro fenómeno que puede discurrir en paralelo es el relativo a las consecuencias que está teniendo el proceso de descentralización productiva en nuestra estructura de negociación colectiva. En efecto, la externalización viene a provocar, por una u otra vía, la paralela externalización de parte de las plantillas de ciertas empresas hacia las empresas auxiliares que asumen esa fragmentación del proceso productivo, lo que da lugar a que ese personal pase a incluirse dentro del ámbito de aplicación de otros convenios, normalmente de carácter sectorial, incluso en algunos casos unidades emergentes dentro de nuestra estructura de la negociación colectiva. En definitiva, el resultado material de toda esta transformación será que estos trabajadores así externalizados pasarán a prestar servicios en pequeñas empresas, a su vez regulados por convenios colectivos más o menos *'ad hoc'* concebidos en su diseño también para ser de aplicación a empresas pequeñas.

En otras ocasiones, las menos, se llegan a configurar dos ámbitos diferenciados dentro del mismo sector, cada uno de ellos concebido para dos tipos de empresas. El caso paradigmático al efecto es el correspondiente al sector del comercio. En éste a nivel nacional existe una unidad negocial bien consolidada, que integra a las grandes superficies comerciales, mientras que en paralelo una intensa dispersión de convenios colectivos provinciales del sec-

tor comercio incluyen en su ámbito de aplicación al pequeño comercio. Probablemente éste no es el modelo típico de estructuración de la negociación colectiva, pero ya de por sí es emblemático respecto del fenómeno que estamos tratando. Frente a ello, lo habitual es que el fenómeno de dispersión con vistas a atender de forma diferenciada a las empresas por razón de su tamaño se efectúe de forma más oculta, pero las consecuencias en uno y otro caso son similares: justamente el de que la estructura de la negociación colectiva presenta un fuerte impacto sobre la materia.

En todo caso, lo cierto es que existen convenios típicos dirigidos a atender el marco laboral de las pequeñas empresas y otros para las grandes empresas. En ese contexto, las diferencias de regulaciones pasan más inadvertidas, pero resultan tan efectivas e incluso más intensas que las que se puedan proyectar de forma directa. En particular, al estar derivadas del ámbito de aplicación diferenciado de unos y otros convenios no están expuestas a la comparación desde el punto de vista jurídico formal. Más claramente dicho, la premisa de partida es que al otorgar el ordenamiento jurídico libertad a los negociadores para seleccionar el ámbito en el que quieren negociar (art. 83.1 ET), se presume que las diferencias de tratamiento derivadas de ello son lícitas, siendo bien difícil decantarse por la presencia de un tratamiento discriminatorio en este orden de resultados. En la misma esencia de la negociación colectiva está la regulación de condiciones específicas para el sector, empresa o grupo al que se dirige y, con el mismo, la instauración de un régimen diferencial ajeno por completo a las imputaciones de tratamiento discriminatorio.

El resultado material va a ser, insistimos que por vía de aplicársele a las pequeñas empresas convenios diferenciados de los previstos para las grandes, se establecen regímenes bien diferenciados de condiciones de trabajo. Aquí, con seguridad se encuentra la clave del diferencial más notable de cargas y costes económicos tan intensos existentes hoy en día en materia laboral entre una y otras empresas. Dos materias resaltan por excelencia al respecto: jornada de trabajo y salario.

En materia de tiempo de trabajo, cabe recordar como los datos estadísticos ofrecen un diferencial notable de la jornada media anual entre pequeñas y grandes empresas, y lo más razonable es pensar que ese resultado en términos jurídicos se ha articulado a través de la negociación colectiva y, en particular, a través de su estructura negocial. Una diferencia de más de cien horas al año entre microempresa y gran empresa, las primeras prácticamente rondando el máximo legal de la jornada de trabajo, la otra acercándose considerablemente a la jornada de las 35 horas semanales. Insisto, es la capacidad de reducir la jornada legal máxima para los convenio de aplicación a las grandes empresas la que da lugar a ese distanciamiento entre unas y otras.

En materia salarial el resultado presumiblemente es del mismo orden. A la vista de que la cuantía del salario mínimo interprofesional ha experimentado una notable depreciación, al incrementarse anualmente en porcentajes inferiores a la correspondiente inflación, ha dado lugar a que la cifra actual sea la segunda más baja de toda la Unión Europea. Con ello,

en paralelo, el margen de actuación de la negociación colectiva se incrementa notablemente y, con el mismo también la capacidad de abrir el abanico salarial entre los convenios destinados a las pequeñas empresas y los dirigidos a las grandes.

Por último, también en esta materia conviene aludir a las orientaciones selectivas que se observan en esta materia en la propia Ley, cuando ésta se remite a una regulación de complemento por parte de la negociación colectiva. En efecto, sobre todo a partir de la reforma de 1997, aunque también empiezan a vislumbrarse con la precedente reforma de 1994, es habitual que la norma estatal cuando se remite a la negociación colectiva, para la regulación de cierta materia o de ciertos aspectos de la misma, no lo haga de forma indiferenciada respecto de cualquier convenio colectivo. Por el contrario, en ciertas ocasiones se observa una manifiesta preferencia a favor de que ello lo haga con carácter preferente, cuando no exclusivo, por parte del convenio colectivo de sector. En ello se observa sobre todo una desconfianza respecto de lo que las partes puedan pactar en los convenios colectivos de ámbito empresarial. Ello se verifica, sobre todo, cuando la regulación contenida en la norma estatal contiene un apertura a la posibilidad de que la negociación colectiva incorpore un régimen de mayor flexibilidad, que como resultado derivado comporte la reducción de la intensidad de la protección de las condiciones de trabajo del empleado considerado individualmente.

Esta desconfianza respecto de la negociación empresarial puede resultar algo contradictoria con las consideraciones que efectuábamos previamente, el sentido de que en términos de condiciones de trabajo los convenios de empresa tienden a superar desde el punto de vista de los trabajadores los contenidos de los convenios sectoriales; precisamente por el hecho de tratarse de convenios referidos a grandes empresas y en los que aparece un mayor poder contractual de las representaciones sindicales. Sin embargo, lo anterior puede encontrar su explicación en el hecho de que el mapa de la estructura de la negociación colectiva en nuestro país se presenta bastante más complejo de lo inicialmente expuesto. En efecto, junto a esa realidad de convenios de empresa dirigidos a las grandes entidades empresariales, se presenta el contrapunto de convenios específicos para pequeñas empresas, que por ésta vía intentan escapar del régimen uniformador recogido en los convenios sectoriales y donde precisamente el menor poder contractual de las representaciones sindicales puede ocasionar cesiones unilaterales sin las debidas compensaciones. En todo caso, sea cual sea la causa determinante, lo cierto es que ese criterio selectivo de remisión por parte de la Ley a la negociación colectiva puede tener igualmente su correlativo impacto sobre el incremento de las diferencias de condiciones de trabajo entre grandes y pequeñas empresas. Más difícil, sin embargo, es avanzar en las valoraciones, concretando cuales son las concretas materias respecto de las cuales se produce este tipo de diferenciaciones y, sobre todo, cual es la orientación comparativa de las mismas. Para ello, sería imprescindible efectuar un análisis más en profundidad de los contenidos de las diversas remisiones selectivas, como eso ha llegado a calar o no en los contenidos concretos de los diversos convenios colectivos, comparando los unos con los otros y, al final, intentar conectar todo ello con la estructura empresarial y sus dimensiones respecto de los diversos ámbitos de negociación de los con-

venios colectivos. Tarea como se puede intuir nada fácil de realizar y, por tanto, aún pendiente de abordar.

9. La efectividad de la norma en atención a su control

Para concluir con los diversos factores influyentes en la materia, falta por analizar la perspectiva correspondiente al control del cumplimiento de la legislación laboral y, en general, el control de los poderes empresariales en las pequeñas empresas. Este tipo de controles puede efectuarse por diversas instancias, pero básicamente cabría reconducirla a dos: el control sindical y el control público; a su vez diferenciando dentro del control público entre el de carácter administrativo y el de naturaleza sindical. Eso sí, con carácter general, la valoración unitaria que cabe formular consiste, dicho con simplicidad, en que los instrumentos de control pueden actuar con mayor eficacia en la gran empresa, siendo más fácil que se verifiquen desviaciones en la pequeña empresa incontrolable que deriven en fuertes incumplimientos de la legislación laboral.

En lo que refiere al control sindical, esta puede referir tanto al ejercicio de sus competencias de participación en la adopción de cierto tipo de decisiones empresariales (art. 64 ET) como a su genérica capacidad de control del cumplimiento por empresario de sus deberes en materia laboral (arts. 64.1.9 y 65 ET). Respecto de ambos, la clave se sitúa en el hecho de que la capacidad de penetración del sindicato es mucho más reducida en la pequeña empresa: más allá de las reglas formales que fijan los umbrales a partir del cuál es obligada la celebración de elecciones a delegados de personal, hay un elevado número de empresas y centros de trabajo que, superando estos umbrales, por sus escasas dimensiones es difícil que los sindicatos logren convocar las correspondientes elecciones; e incluso, en supuestos en los que existe el importante incentivo de que su celebración incide posteriormente sobre los resultados globales de representatividad sindical, las elecciones se efectúan *pro forma*, en el sentido de que una vez culminado el procedimiento electoral y designado el correspondiente representante, éste no llega a ejercer realmente las funciones que le corresponden como interlocutor frente a la parte empresarial; de hecho, permanece un sistema de fuerte individualización de las relaciones laborales y, sobre todo, está ausente cualquier tipo de control colectivo del cumplimiento de la normativa laboral. Por añadidura, una situación de anomia representativa produce el efecto derivado de un incremento de los poderes unilaterales del empleador; particularmente cuando se trata del ejercicio de poderes en relación con proyectos empresariales de reestructuración empresarial, para los que el ordenamiento jurídico contempla el sometimiento de la cuestión a un importante trámite de consulta con los representantes, de no existir éstos este periodo deviene inviable y en la práctica el empresario procede a introducir los correspondientes cambios de forma automática y sin contrapesos sindicales.

En cuanto al control administrativo, el que más interesa resaltar por su mayor intensidad es el correspondiente a la Inspección de Trabajo, particularmente por su capacidad de

imposición en atención a sus fuertes facultades de propuestas de imposición de sanciones por incumplimiento de la legislación laboral. La premisa lógica de la que se debe partir es que el rol de la Inspección de Trabajo ha experimentado una relevante transformación en la medida en que las organizaciones sindicales van progresivamente asumiendo un papel más decisivo como tuteladores de los intereses de los trabajadores en el seno de las empresas. En concreto, la lógica debería desembocar en un reflujó de la actuación de la Inspección de Trabajo en las grandes empresas, donde los sindicatos emergen como un importante contrapeso de intereses, en tanto que se redimensiona la trascendencia de que la Inspección de Trabajo concentre su atención en la pequeña empresa, más diluida en el mercado de trabajo y, sobre todo, de más difícil acceso por las organizaciones sindicales. Puede que ese sea el sentido de lo previsto en alguna norma de programación de la actuación de la Inspección de Trabajo: “En la aplicación de los programas de objetivos...las Inspecciones Provinciales...dispondrán la programación interna...en consideración, entre otro, a los factores siguientes: e) la importancia, tipo y situación del centro o lugar de trabajo, o del sector de actividad;...f) el volumen de empleo de las empresas o sectores afectados”¹⁶.

No obstante, el precepto de referencia presenta unas altísimas dosis de ambigüedad, de la que no derivan pautas clara de actuación para la programación de la Inspección de Trabajo. Para empezar porque se trata de criterios meramente orientativos y de enorme amplitud: por cuanto que el listado se presenta abierto, lo que permite a criterio político incorporar otros objetivos añadidos; además, porque el listado de criterios es tan extenso que obliga a jugar con multitud de factores, apareciendo los mencionados como un supuesto más; pero, sobre todo, porque la alusión a las dimensiones de las empresas y niveles de ocupación puede ser leído de forma ambivalente, tanto en el sentido de que debe concentrarse la atención en las empresas que dan mayor ocupación por ser éstas donde la actuación de inspección puede tener mayor repercusión, como a la inversa.

Desde otro punto de vista, puede que en la práctica de mayor impacto real, debe tenerse en cuenta que la propia normativa prevé un fuerte puente de conexión entre la labor de control sindical y la sucesiva de Inspección por parte de la Administración laboral; en efecto, ha de recordarse que la Inspección no solamente actúa de oficio, sino que también está obligada a hacerlo a instancia de parte, particularmente obligada a realizar aquellas visitas y controles derivados de una denuncia de las organizaciones sindicales. De este modo, si proliferan este tipo de denuncias y, a su vez las presuntas irregularidades denunciadas por los sindicatos provienen de los lugares de trabajo donde ellas tienen efectiva implantación, es decir, en las grandes empresas, por efecto derivado la labor de la Inspección puede que se esté concentrando sobre todo en ese tipo de empresas. En definitiva, por muy programada que esté su actuación Inspectoral y por mucha voluntad de concentrar su actividad de control que exista en lo que refiere a la pequeña empresa, en concreto en materia de prevención

de riesgos, una saturación de denuncias sindicales puede provocar el efecto perverso de reducir a lo puramente testimonial ese otro campo de actuación necesitado de la pequeña empresa.

Para concluir, una muy breve mención al rol del control judicial en toda esta materia. Una vez más aquí también se puede presumir la presencia de una importante falla entre la formalidad de la norma y la funcionalidad de la misma. En efecto, desde el prisma de la formalidad jurídica, qué duda cabe que el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva se verifica de forma indiscriminada a favor de cualquier ciudadano, en lo que refiere al orden social de la jurisdicción a favor de cualquier trabajador y de cualquier empleador. Por ello, no sólo no se pueden hacer distinciones en atención a las dimensiones de la empresa para las que presta servicios un empleado, sino que el legislador debe ser exquisitamente igualitario en el establecimiento de un sistema procesal de la flexibilidad suficiente como para ser adaptable a cualquier tipo de acción judicial en materia laboral. Cualquier trabajador, con independencia de la empresa para la que trabaja, debe estar en condiciones de igualdad a la hora de ejercer su defensa judicial.

A pesar de lo anterior, lo que funciona como un tamiz de difícil rodeo es el principio dispositivo como inspirador general de las acciones judiciales. Dado que las reclamaciones derivadas del contrato de trabajo responden a la categoría general de las acciones civiles inspiradas en principios de derecho privado, corresponde al propio trabajador como parte actora la decisión libre de tomar o no la iniciativa de interponer la demanda ante los Tribunales de Justicia; el derecho a la tutela judicial es indisponible, pero nadie distinto del propio trabajador le puede imponer que obligatoriamente presente la demanda, en paralelo al hecho de que nadie le puede obstaculizar su presentación. Eso sí, lo que pueden existir, y de hecho concurren, son condicionamientos externos que retraen al trabajador a presentar la demanda cuando la relación laboral está viva y el mismo presta sus servicios en una empresa de pequeñas dimensiones. La acumulación de los dos datos —contrato vivo y en pequeña empresa— da como resultado que el trabajador sea consciente de que el planteamiento de cualquier tipo de reclamación judicial provoca una ruptura de la relación de fuerte confianza mutua que se establece entre las partes en una empresa de pequeñas dimensiones y que con ello esté abocado a la pérdida de su empleo. Por contraste en una gran empresa, y particularmente en una gran empresa pública, esa relación de confianza se diluye en mayor medida y hace más fácilmente compatible la presentación de demandas judiciales y la continuidad del vínculo contractual.

Respecto de otras perspectivas, la regulación especial propia del proceso laboral ha logrado construir reglas de contrapeso que trasladen el principio tuitivo propio del ordenamiento laboral desde la perspectiva del Derecho material también a la esfera del Derecho procesal; incluso, como es sabido, la propia jurisprudencia constitucional ha dado por buenas esas reglas compensadoras, que a su juicio no llegan a contradecir el fuerte principio de igualdad de tratamiento de las partes en el proceso y la obligada neutralidad de Juez frente a la discrepancia entre las partes. Sin embargo, este tipo de reglas de compensación no han

¹⁶ Art. 31 RD 138/2000, de 4 de febrero (BOE: 16 de febrero), por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

llegado a ensayarse respecto del desequilibrio de las partes, de mayor intensidad, en el ámbito de la pequeña empresa. Si acaso podría pensarse que la regla de la representación sindical voluntaria a través del mecanismo previsto en el art. 20 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la mente del legislador que la introdujo en su momento, buscaba en cierto modo algún impacto en esta materia: podrá buscar salvar cierto tipo de resistencias o "miedos" a accionar por parte del trabajador individualmente considerado, que se daría de forma más intensa en las pequeñas empresas. Sin embargo, es sabido que la representación voluntaria del art. 20 LPL, tras más de veinte años de vigente, se ha convertido en una figura puramente testimonial, que no ha pasado de la letra de la Ley; si con carácter general es difícil que se desarrolle en nuestro sistema procesal esta representación voluntaria, mucho más aún lo es en la esfera particular de las pequeñas empresas, donde las tasas de afiliación son puramente marginales y, de existir, el trabajador prefiere que no lleguen al conocimiento del empleador.

Probablemente, sería ingenuo proponer reformas legislativas de la normativa procesal, en el sentido de proponer que esa idea del ordenamiento compensador del proceso laboral se extienda también a lo que refiere a la situación de mayor desequilibrio en el ejercicio de la acción judicial por parte de los trabajadores de las pequeñas empresas. Con ello no queremos descartar que alguna intervención de detalle se pudiera imaginar en ese terreno, pero lo más razonable es considerar que ahí no se encuentra la clave del dilema que estamos abordando. Por el contrario, a nuestro juicio la clave no se encuentra en la oportunidad de forzar artificialmente el incremento de la litigiosidad judicial entre las pequeñas empresas. A la inversa, a nuestro juicio personal, la clave es la de partir de la premisa de que el instrumento judicial no es el idóneo para resolver las situaciones de discrepancia entre las partes por el posible incumplimiento de la legislación laboral durante la vigencia del contrato de trabajo (distinto es una vez extinguido el contrato). Para estos otros supuestos, en los que se busca mantener la relación de fuerte confianza entre las partes en el ámbito de la pequeña empresa y al propio tiempo propiciar mecanismos de efectivo cumplimiento de la legislación laboral durante el desarrollo de la relación laboral, el objetivo debe situarse en la búsqueda de canales alternativos de control, diversos del de carácter judicial.

Con seguridad el objetivo no es nada fácil de lograr, sobre todo si partimos de un contexto económico en el que estamos en presencia de altos porcentajes de economía sumergida, en más o menos aspectos, entre las pequeñas empresa. Pero, desde luego, la vía alternativa a la judicial es la única posible. Probablemente se trate de una labor en el largo plazo, en el que el dato normativo sea menos relevante, en el que se trate más de ir incidiendo sobre la cultura empresarial, el fomento e interés mutuo por una actividad económica más transparente y saneada y, en particular, por el cambio de actitudes sindicales y un reforzamiento del rol de la Inspección de Trabajo en esta materia.