

EL DESPIDO COLECTIVO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO INTERNO

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)

EXTRACTO

Palabras Clave: Despido colectivo, empresa y centro de trabajo, periodo de consultas, intervencionismo público, garantías, jurisprudencia comunitaria

Se debe realzar la influencia determinante del Derecho Social Comunitario (señaladamente la Directiva relativa a los despidos colectivos y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) en nuestro ordenamiento interno, en todos los aspectos fundamentales: la finalidad perseguida; la configuración del despidos y sus elementos constitutivos; la exigencia la consulta-negociación; la unidad empresarial de referencia como centro de imputación normativa para los despidos colectivos; la función de la autoridad pública competente, etcétera). Exponente general de esa incidencia del ordenamiento comunitario en el Derecho interno es la exigencia de necesaria interpretación del Derecho interno conforme a la Directiva por parte de los órganos jurisdiccionales en el ordenamiento interno. Es doctrina reiterada –y coherente con el Derecho social comunitario y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la UE- el deber de interpretar la normativa interna de la manera que sea más conforme a las previsiones y finalidades de las normas comunitarias con el objeto de no privar a éstas últimas de su “efecto útil”.

ABSTRACT

Key words: Collective dismissal, enterprise and workplace, consultations period, public intervention, guarantees, community jurisprudence

It should be enhanced the decisive influence of Communitarian Social Law (notably, the Directive on collective redundancies and the doctrine of the European Union Court of Justice) in our domestic law, in all fundamental aspects: the intended purpose; the settings of layoffs and their constituent elements; the requirement for consultation-negotiation; the business unit of reference as a normative centre for allocation of collective redundancies; the role of public authority, etc.). The overall incidence exponent of that Communitarian system in national Law is the requirement of a necessary interpretation of national Law under the Directive by domestic Law Courts. It is a settled doctrine -and consistent with Communitarian Social Law and its interpretation by the European Union Court of Justice – the duty to interpret domestic law in the way that is more in line with the provisions and purposes of the communitarian rules in order not depriving them of its “practical effect”.

(La evolución del Derecho del Trabajo) “queda determinada sobre todo por la dinámica de factores exógenos concernientes a la lógica de la organización productiva, al modo de producir y a su eficacia, a la cantidad de riqueza producida y a los criterios adoptados por las fuerzas que deciden su redistribución”.

Umberto Romagnoli¹

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. CONFIGURACIÓN COMUNITARIA DEL DESPIDO COLECTIVO
3. LA UNIDAD EMPRESARIAL DE REFERENCIA COMO CENTRO DE IMPUTACIÓN NORMATIVA PARA LOS DESPIDOS COLECTIVOS
4. LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO: LA COMBINACIÓN ENTRE FLEXIBILIDAD “NEGOCIADA” E INTERVENCIONISMO PÚBLICO DE COBERTURA Y APOYO A LOS PROCESOS DE AUTONOMÍA
5. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESPIDO COLECTIVO

1. INTRODUCCIÓN

Hay que tener en cuenta la influencia determinante del Derecho Social Comunitario (señaladamente la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; en adelante, TJUE) en nuestro ordenamiento interno, en todos los aspectos fundamentales: la finalidad perseguida; la configuración del despidos y sus elementos constitutivos; la exigencia la consulta-negociación; la unidad empresarial de referencia como centro de imputación normativa para los despidos colectivos –hoy de máxima actualidad por las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo sobre esta cuestión- la función de la autoridad pública competente, etcétera).

Una primera idea-fuerza que debe retenerse hace referencia a la exigencia de necesaria interpretación del Derecho interno *conforme* a la Directiva por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales. Es doctrina reiterada –y coherente

¹ Romagnoli, U.: “Derecho laboral y marco económico: Nexos de origen y perfiles”, en *Revista de Derecho Social*, núm. 64 (2013), pág. 14.

con el Derecho social comunitario y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la UE- el deber de interpretar la normativa interna conforme a las previsiones y finalidades de las normas comunitarias con el objeto de no privar a éstas últimas de su “*efecto útil*”. Así lo declarado por el TJUE en numerosos pronunciamientos, de modo ejemplificativo: sentencia de 15 de mayo de 1.986, C-222/84, Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Rec. 1.986-5, pág. 1653; sentencia de 13 de noviembre de 1.990, C-106/89, Marleasing c. La Comercial Internacional de Alimentación s.a., Rec. 1.990, p. I-4135; sentencia de 5 mayo de 1.994, A. 421/92, Habermann-Beltermann c. Arbeiterwohlfahrt, Bezirksverband Ndb./Opf. eV, Rec. 1.994-5, pág. I-1673, “al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del art. 189 del Tratado...”.

La segunda idea-fuerza reside en realzar lo que pudiera ser aparentemente obvio realmente pero resulta importante en la perspectiva técnica y de política del Derecho, a saber: la Directiva impone obligaciones jurídicas a los Estados miembros y exige de ellos que establezcan un sistema reforzado de garantías judiciales y administrativas para el caso de incumplimiento de las obligaciones empresariales que las normas de transposición internan deben instaurar (como corresponde a obligaciones jurídicas asumidas por los empleadores en relación con los trabajadores) (cfr. Art. 6 de la Directiva). El Derecho interno tiene que establecer mecanismos adecuados de garantía del cumplimiento del preceptivo desarrollo informativo y consultivo previo a la realización efectiva de los despidos, y garantías judiciales para reclamar sobre la posible ilegitimidad de los despidos efectuados. Este elemento *garantista* es indispensable para que se estime que hay una transposición adecuada. Ello hace que los ordenamiento internos solo sean perfectamente compatibles con el marco comunitario a la luz de la jurisprudencia del TJUE si establecen medidas de garantía adecuadas, pues, cuando una Directiva comunitaria no prevé sanciones específicas en caso de infracción de sus disposiciones o se remite, en este punto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, “el art. 5 del Tratado obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. Con este fin, los Estados miembros, aunque conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones, deben velar por que las infracciones de la normativa comunitaria sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcio-

nado y disuasivo” (STJCE de 8 de junio de 1.994, Comisión c. Reino Unido, C-383/92, Rec., pág. I-2479 y sigs.).

2. CONFIGURACIÓN COMUNITARIA DE DESPIDO COLECTIVO

En el marco de la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos la institución del despido colectivo, es típicamente una medida de flexibilidad laboral “externa”, la cual hace referencia a la necesidad de acomodar el volumen de personal (los “recursos humanos”) que se emplea en la empresa a las variables de funcionamiento de la organización productiva y al entorno cambiante en el que opera la empresa. Lo cual es realizado en los reiterados pronunciamientos del TJUE. El fundamento de la Directiva se halla en la incidencia directa de la regulación de esta materia en el funcionamiento del mercado interior comunitario y, en un segundo plano, la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso (En este sentido, la Exposición de Motivos de la Directiva 98/59/CE). Ello pone de manifiesto que la ordenación comunitaria de los despidos colectivos tiene dos objetivos básicos interdependientes: reforzar la protección de los trabajadores (finalidad “social”, que sirve a la “razón social”) e impedir que las diferencias de regulación en los países miembros incida negativamente en el funcionamiento del mercado interior (finalidad “económica”, que sirve, a su vez, a la “racionalidad de mercado”)². Para lograr estos objetivos generales se propicia, matizadamente desde luego, un modelo abierto (a determinadas opciones de política legislativa nacional) de regulación comunitaria en la Directiva desde la perspectiva de un “*mínimo común denominador*”. Ciertamente se constata en los últimos pronunciamientos del Alto Tribunal comunitario un mayor énfasis en la racionalización del mercado interior y, en esa dirección, en el criterio de igualación de cargas o

² En el Preámbulo de la Directiva 98/59/CE, se deja constancia de esa dualidad de fines perseguidos y de la necesidad de alcanzar un *equilibrio* entre ellos. Así se afirma, por un lado, “que interesa reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad”; y, por otro, que las diferencias de regulación en el Derecho interno de los Estados miembros “pueden tener una incidencia directa en el funcionamiento del mercado interior”, y por último, en síntesis armonizadora, que “la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de la Comunidad Europea”.

costes de los despidos colectivos entre todos los países miembros de la Unión Europea: criterio que no está explicitado en el texto de la Directiva. Ello determina que tienda a realizarse más la racionalidad económica que racionalidad social de protección legítima de los intereses de los trabajadores como parte legítima y directamente implicada en los procesos de reestructuración empresarial. Con este enfoque la tensión permanente entre orden económico y orden laboral tiende a resolverse en el sentido de predominio de la racionalidad económica sobre la racionalidad social³.

Por lo demás, la Directiva 98/59/CE no pretende introducir limitaciones esenciales a la libertad de decisión del empresario de realizar los despidos, y por ello no individualiza específicamente las causas que los motivan, sólo se garantiza explícitamente la procedimentalización del mecanismo decisorio; no garantiza un control administrativo penetrante o de tipo judicial “ex ante” de la facultad empresarial de despedir (cfr. STJCE de 12 de febrero de 1985, C-284/93). La Directiva contiene reglas de carácter procedimental dirigidas, ante todo, a procedimentalizar la decisión empresarial de despedir (cfr. Sección 2ª de la Directiva) y a permitir la intervención, el control y la función mediadora y de apoyo a las partes sociales de la autoridad pública (cfr. Sección 3ª de la Directiva). Basta señalar, por el momento, que “la autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados” (art. 4. 2). El modelo comunitario de derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en los despidos colectivos es tributario en buena parte de las previsiones del Convenio número 158 (1982) y la Recomendación 166 de la OIT (1982), sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

³ Se ha advertido, con razón, que las razones alegadas por las recientes sentencias del TJUE vinculadas al mercado interior y de igualdad de cargas entre las empresas “son manifiestamente insostenibles en su contexto general, puesto que la Directiva 98/59 no ha pretendido armonizar los ordenamientos nacionales en materia de despidos colectivos, y los Estados miembros tienen sistemas nacionales muy diferentes a este respecto, todos ellos, en principio, compatibles con la Directiva. La aproximación se ha limitado a establecer una exigencia mínima de un período de consultas e información que puede llevar a una negociación, pero cualquier empresa o grupo de empresas que cuente con empresas o centros de trabajo en varios países de la Unión sabe que “las cargas” que se le imponen en relación con los despidos colectivos son muy distintas”. Cfr. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: “El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el art. 51,1 ET”, Editorial de la revista *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2 (2015), pág. 114.

La Directiva contiene, no obstante su carácter mínimo mejorable por las legislaciones y normas convencionales nacionales más favorables para los trabajadores (cfr. art. 5 Directiva)⁴, un modelo de regulación flexible en cuanto que ofrece a los Estados miembros la posibilidad de optar en las condiciones previstas en la propia Directiva- entre distintas opciones de política legislativa igualmente válidas para entender satisfecha o cumplida la obligación de transposición de la Directiva comunitaria. Pero su núcleo duro o resistente se resuelve en la búsqueda de una “*flexibilidad negociada*” colectiva o sindicalmente. Y este núcleo duro no es disponible en su misma existencia por los Estados miembros de la Unión Europea: Pertenece al orden público laboral comunitario.

La experiencia de los ordenamientos jurídicos europeos suele introducir en esta materia de despidos por causas empresariales (“flexibilidad de salida” del mercado de trabajo) un enfoque de “flexiseguridad”, es decir, insertándola en el marco de un modelo de organización de las relaciones laborales situado en una lógica pretendidamente superadora de la “flexibilidad unilateral” –centrada en la facilitación del despidos- al hacerla acompañar (combinándola) con formas de protección sociolaboral –centradas en la “empleabilidad” positiva del trabajador a lo largo de su vida laboral, en el establecimiento de políticas activas de empleo y en la predisposición de un conjunto de prestaciones sociales garantizadas para los períodos de inactividad laboral (red de seguridad de la que disponen los trabajadores en aquellas situaciones de su vida laboral en la cual, por determinadas circunstancias, se encuentran “fuera” del mercado de trabajo; señaladamente, las prestaciones por desempleo).

En nuestro sistema legal se opta por un modelo de “flexiseguridad” externa garantista –en la línea de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos- basada en la combinación de varios elementos: la flexibilidad del despido con agilización del procedimiento de regulación de empleo, reducción del coste del despido en virtud de la actuación del FOGASA y de las reducciones previstas para los despidos por circunstancias objetivas ex art.52.c) del ET en el marco de los contratos indefinidos para el fomento del empleo, por un lado; y por otro, el fomento de las medidas de acompañamiento social (señaladamente, la recolocación, “jubilaciones anticipadas”, etcétera), políticas activas de empleo y de

⁴ El carácter mínimo de la Directiva se refiere también a los umbrales cuantitativos-temporales establecidos en la Directiva. Cfr. STJCE de 18 de enero de 2007, C-385/05.

protección por desempleo. Medidas de seguridad y de acompañamiento social que implican, de un modo u otro, una socialización pública (desplazamiento estatal) de costes empresariales del despido. Como *alternativa* a los despidos colectivos se potencian los expedientes de reducción temporal de jornada y de suspensión de contratos de trabajo en supuestos de crisis y de reestructuración empresarial (suspensiones y reducciones de jornadas colectivas, en el marco de los procedimientos de regulación de empleo; aparte de la cobertura por desempleo ex art. 208, números 2 y 3 de la LGSS). Finalmente, la flexibilidad “garantista” se inclina por un método de *flexibilidad consensuada*, es decir, con la participación activa e implicación de los distintos agentes implicados en distintos ámbitos en el ámbito de la empresa en reestructuración.

Nuestro modelo de despido por causas empresariales no se resuelve en el despido libre indemnizado. Precisamente, la Directiva 98/59/CE, pretende establecer formas de control colectivo e institucional que eviten la arbitrariedad del ejercicio del poder empresarial a través de formas de flexibilidad negociada y de implicación de la autoridad pública competente en el desenvolvimiento del “proyecto de despido” a iniciativa del empleador.

Las reformas laborales recientes, son importantes en sí mismas, pues “han supuesto un cambio la culminación de un cambio cualitativo y radical del “modelo normativo” preexistente de regulación del despido colectivo (y, en general, de los despidos por causas empresariales). Basta reparar en el dato normativo de la supresión de la autorización administrativa previa (que tan solo se mantiene en los despidos por fuerza mayor), *lo cual supone que el despido colectivo deja de conformarse como “despido propuesta” para pasar a ser; atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), un despido sometido a posterior control judicial de legalidad*⁵.

El despido colectivo se configura jurídicamente como un supuesto de resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, fundado en causas sobrevenidas de carácter empresarial (artículos 49.1.i) y 51 del ET). Su fundamento causal reside en una situación objetiva sobrevenida (hecho sobreve-

⁵ Monereo Pérez, J.L.: “El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012”, en *Temas Laborales*, núm. 115 (2012), págs. 315 y sigs., en particular págs. 316-317, y para la situación inmediatamente anterior a la reforma laboral de 2012, *id.*: *El despido colectivo y sus elementos configuradores, tras las recientes reformas laborales*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2012.

nido) derivada de la dinámica de funcionamiento de la empresa; nunca dependiente de factores inherentes a la persona del trabajador, como señala la Directiva 98/59/CE, sobre despidos colectivos, asimilable a nuestro Derecho y referencia para su interpretación. No se trata, pues, de un supuesto de «desistimiento» empresarial en sentido técnico-jurídico. La Ley no concede aquí una facultad a una de las partes, que le permita poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial.

El concepto técnico-jurídico de despido colectivo en nuestro ordenamiento jurídico se integra por una conjunción de heterogéneos elementos –articulada e instrumental- de carácter constitutivo que se contienen en el artículo 51.1 del ET (en relación con el artículo 49.1.i del mismo cuerpo legal), que pretende adaptar nuestro ordenamiento interno a las exigencias flexibles de la Directiva 98/59/CE, que partiendo del concepto comunitario de despido colectivo declara que no se incluye la extinción de la totalidad de los contratos como consecuencia de la muerte del empresario persona física; y, por tanto, no se opone a la Directiva lo establecido en el art. 49.1.g), párrafo primero del ET⁶. El punto de partida es que el despido colectivo constituye una decisión extintiva unilateral del contrato, realizada por voluntad de la dirección de la empresa (factor de iniciativa, en cuanto extinción realizada por iniciativa unilateral del empleador) con base a motivos no inherentes a la persona o la conducta del, o de los, los trabajadores. Como ha declarado el TJUE, la Directiva 98/59/CE se inscribe en la lógica de la prohibición del despido arbitrario e incondicionado⁷. Pero para su constatación se exige legalmente la concurrencia de tres requisitos:

⁶ STJCE de 10 de diciembre de 2009, C-323/08, asunto Ovidio Rodríguez Mayor y otros, indicando que no es exigible un procedimiento de consulta-negociación cuando no existe el sujeto que puede iniciarlo o llevar a cabo.

⁷ Hay que tener en cuenta que la Directiva 98/59/CE mantiene una motivación genérica e indiferenciada, pero hubiera sido deseable que se construyera con base a un reforzado principio de justificado motivo. No ha sido ésta la opción de política del Derecho asumida por el legislador comunitario en esta Directiva de reestructuración de plantillas. En esta lógica interna, de aproximación armonizadora “débil” de las legislaciones nacionales, el despido colectivo debe interpretarse en el sentido de que engloba cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento. Tal concepto tiene un alcance comunitario y no exige que las causas subyacentes correspondan a la voluntad del empresario (STJCE de 12 de octubre de 2005, Caso: Comisión de las Comunidades Europeas contra Portugal; TJCE 2004/376; STJCE de 12 de octubre de 2004, C-55/02, asunto Comisión c. Portugal; STJCE de 10 de

- un elemento *causal*, constituido por la constatación o acreditación de «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción»: se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción;
- un elemento *cuantitativo-numérico*, relativo al volumen de plantilla de la empresa afectado, conforme a una escala establecida legalmente (al menos 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100, al menos el 10% del número de trabajadores de la empresa, en aquéllas que ocupen entre 100 y 300; 30 trabajadores en las empresas que ocupen a 300 o más);
- un elemento *temporal*: cuentan los despidos producidos dentro de un período de noventa días afecte a ese umbral cuantitativo-numérico.

Igualmente, será despido colectivo, por asimilación «*ex lege*», la extinción que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa. En este caso deben concurrir dos requisitos: uno numérico —que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco—, y otro causal —la extinción se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas previstas con carácter general para este despido—. Esta caracterización legal muestra bien nítidamente el carácter convencional o estrictamente instrumental del criterio definitorio. Se trataría de “despidos mayores” por causas empresariales.

La Directiva contiene una definición del despido colectivo compuesta de dos elementos: 1) el primero es *cualitativo* y concierne a los motivos de la medida,

diciembre 2009, asunto C-323/08, Ovidio Rodríguez Mayor; TJCE 2009/381). Queda incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva el cese definitivo de las actividades de la empresa cuando se produce por iniciativa del empleador y se fundamenta en criterios económicos o de otra índole (STJCE de 7 de septiembre de 2006, Asunto Georgios Agorastoudis y otros contra Goodyear Hellas ABEE y otros (C-187/05 a C-190/05). Puede comprender a los grupos de empresas en el caso de que la decisión del despido colectivo deriva de una de las empresas filiales que dependen o estén controladas por una matriz (STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y Fujitsu Siemens Computers O, C-44/08).

El Convenio OIT, núm. 158, art. 4, dispone que “no se podrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”. El respecto al principio de justificado motivo informa más nítidamente aún a la Directiva 2001/23/CE, sobre traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, al afirmar que el traspaso o cambio de titularidad, como hecho en sí mismo considerado, no puede justificar el despido, que sí se podrá producir, no obstante, por razones económicas o empresariales, tras el pertinente período de consulta-negociación colectiva.

que son definidos por la vía negativa, ya que no deben ser inherentes a la persona de los trabajadores afectados –por motivos de capacidad o conducta; 2) el segundo es *cuantitativo-temporal*, debiendo tratarse de un número mínimo de despidos dentro de un período determinado. Dicho mínimo –en cifras absolutas o porcentaje, y según la plantilla del centro de trabajo- es fijado por la propia Directiva, igual que el período referido. Encajan dentro del concepto de despido colectivo comunitario todas las extinciones colectivas de contratos de trabajo concernientes a la supresión directa de puestos de trabajo de empresas en dificultades o con necesidades objetivas de reorganización productiva cuando alcancen un determinado umbral numérico mínimo de trabajadores afectados dentro de un período determinado. Por debajo de este umbral mínimo los despidos serán tratados jurídicamente como plurales o, en su caso, meramente individuales. Es decir, serían despidos colectivos los fundados en causas independientes de la persona o conducta del trabajador y siempre que se integre el elemento cuantitativo y temporal de la definición normativa comunitaria. (Para la delimitación en la jurisprudencia comunitaria de la noción de despido colectivo, véase la STJCE de 12 de febrero de 1985, C- 284/83, Dansk Metalarbejderforbund y otros c. H. Nielsen...).

Es importante realzar que de la Directiva no se deduce (ni menos aún se impone) la causalidad “específica” del despido, es decir, los concretos motivos que justifican la decisión extintiva (STJCE de 12 de febrero de 1985, citada). En realidad, el contenido *garantista* de la Directiva se reduce virtualmente a la vertiente procedimental de los despidos, sin atender a una causa “específica” prefijada normativamente con carácter homogéneo. Por lo demás, el TJUE ha considerado que el concepto de despido comunitario recogido en la Directiva es más amplio que los despidos motivados en causas económicas o tecnológicas (cfr. STJCE de 28 de marzo de 1985, Comisión contra el Reino de Bélgica).

El elemento causal específico que cualifica nuestra noción jurídico-positiva de despido colectivo debe inevitablemente ponerse en relación con el marco normativo comunitario. Aun siendo laudable la tipificación causal interna (en cuanto límite sustancial a la libertad empresarial de reducir la mano de obra ocupada), ésta no puede tener como efecto la restricción del ámbito de aplicación del procedimiento de información y consulta con los representantes de los trabajadores y notificación a la autoridad laboral que, autoconfigurado como norma mínima, instaura las Directiva comunitarias. Según el art. 1.1.a) de la Directiva se entiende por despidos colectivos los efectuados por un empresario “*por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores*”; noción de mayor amplitud que la utilizada por nuestro ordenamiento interno, pues como se ha indicado, la Directiva no instituye un principio de causalidad

del despido colectivo, sino que su regulación se limita a disciplinar la vertiente procedimental. El TJUE que el objeto de la Directiva 98/59 no es llevar a cabo un control de justificación de los despidos; existiendo, a tal fin, textos específicos, como, en particular las Directivas 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Unión Europea, y 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativo al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (STJUE de 13 de mayo de 2015, C-392/13, Andrés Rabal Cañas y Nexea Gestión Documental, S.A., Fondo de Garantía Salarial). Ello ha provocado algunos desajustes o inadaptaciones de nuestra normativa respecto al ordenamiento comunitario (el grupo normativo regulador gira sobre una integración entre legislación comunitaria y Derecho interno)⁸. La noción comunitaria de despido colectivo permite incluir dentro de las garantías procedimentales establecidas por la misma (cuya significación jurídica es un intento de someter a una lógica de lo razonable -y participada- las crisis y reestructuraciones de la empresa y su apreciación y cristalización operativa) las extinciones contractuales surgidas como consecuencia de la fuerza mayor y las fundadas en circunstancias inherentes a la persona del empleador, seguidamente, la muerte, incapacidad y jubilación del empresario persona física cuando se alcancen los mínimos numéricos establecidos por la misma, modalidades causales para las que no se establece el período de información y consultas con los representantes de los trabajadores. El supuesto de extinción de la personalidad jurídica del contratante se regula por el art. 49.1 g) *in fine* del ET que lo somete al procedimiento del art. 51 del ET, por lo que respecto a esta causa no habría desajustes desde la perspectiva comunitaria.

Por otra parte, no pueden ser excluidas extinciones colectivas realizadas durante las situaciones de suspensión de pagos, administraciones extraordinarias (supuesto en el que existe una continuación de actividades en régimen de gestión extraordinaria) y ventas judiciales de empresas (supuestos en los que no se persigue en principio la liquidación definitiva de la empresa o centro de trabajo) (Véase STJCE de 25 de julio de 1991, C- 362/89). La Directiva lleva a cabo una delimitación negativa del concepto de despido colectivo en el art. 1.2, realizando una serie (tres categorías) de exclusiones de carácter taxativo, reflejándose aquí

⁸ Hay que tener presente que las exclusiones del ámbito de aplicación de la Directiva, contempladas en el art. 1.2 de la misma, tienen carácter *taxativo*, como ha declarado el TJUE (S. de 8 de junio de 1982, Comisión c. Italia, A. 91/81, Rec. 1.982, págs. 2133-2146; S. de 28 de marzo de 1985, Comisión c. Bélgica, A. 215/83, Rec. 1.985, págs. 1039-1055).

el carácter más favorable de nuestro ordenamiento legal que no excluye tales supuestos de la definición (El TJUE ha afirmado reiteradamente el carácter de *numerus clausus* de la enumeración: SSTJCE de 8 de junio de 1982, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana, C- 91/81, Rec. 1982, considerando 9; y 28 de marzo de 1985, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica, C- 215/83, Rec. 1985, considerando 21).

En cuanto al tipo de extinciones que han de ser tomadas en consideración para computar los umbrales exigidos para el despido colectivo, la STJUE de 13 de mayo de 2015, C-392/13, establece la doctrina siguiente:

1º.El art. 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un «despido colectivo» en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada.

2º.El art. 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, para considerar que se han producido despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, no es necesario que la causa de tales despidos se derive de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea.

Como medida cautelar para evitar fraudes, el precepto advierte que las extinciones realizadas en periodos sucesivos a los 90 días, a través del art.52 c) del ET —despido económico individual— serán nulas, si se acredita que son realizadas para eludir la exigencia de autorización del despido colectivo.

La reforma del elemento de causalidad en los despidos empresariales (y tanto más con la reforma acometida en virtud de la Ley 3/2012, de 6 de julio) está transitando del recurso “anormal” o “extraordinario” de la medida extintiva a su plena *normalización jurídica* como técnica de ajuste en la dinámica y reestructuración empresarial. El despido colectivo (y en general, por causas empresariales) se configura como una medida de gestión *ordinaria* de la empresa o complejo empresarial para garantizar la maximización de beneficios o ganancias por parte del empresario. En esa dirección han incidido dos conocidas Comunicaciones de la Comisión Europea: “Reestructuraciones y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar: El papel de la Unión Europea”, de 31 de marzo de 2005, COM (2005) 120 final; y el Libro Verde

sobre “Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? (SEC 2012, 59 final), firmado en Bruselas el 17 de enero de 2012, COM (2012) 7 final).

En este contexto, la fenómeno extintivo ex artículos 51 y 52.c) del ET, constituye una categoría *sui generis*, *específicamente iuslaboral* de alteración sobrevenida de circunstancias que afecta a la base del negocio jurídico-contractual laboral, formulada por mayor amplitud y flexibilidad que las tradicionalmente admitidas en el marco del Derecho común de la contratación civil, aunque en nuestro país no hay una base normativa directa y explícita que reconozca la excesiva onerosidad resolutoria.

3. LA UNIDAD EMPRESARIAL TOMADA COMO BASE DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS

La problemática concerniente a la determinación del centro de imputación normativo se plantea a un doble nivel en la estructura empresarial. La cuestión a determinar es si a los efectos del despido colectivo tendría relevancia la situación del centro de trabajo aisladamente considerado, o bien lo determinante es la situación global de la empresa. Del mismo modo, en los grupos de empresas, se plantea si habrá que estar a las necesidades del grupo como tal, o bien es posible individualizar la situación y necesidades de cada una de las empresas que lo componen.

Por lo que respecta a los grupos de empresas se trataría de determinar si los *cambios de orden económico, técnico-productivos y de organización*, tan importantes a efectos laborales como frecuentes en la práctica en el marco del grupo, han de atender al conjunto empresarial que forma el grupo y no aisladamente respecto a cada una de las unidades organizativas que componen la empresa económica de estructura compleja. Se trataría de determinar una hipotética relevancia conceptual (como empresa) o bien ceñirse a una meramente instrumental (a efectos de garantizar el derecho de información) del grupo de empresas. Por lo pronto hay que poner de relieve que la Directiva puede comprender a los grupos de empresas en el caso de que la decisión del despido colectivo deriva de una de las empresas filiales que dependen o estén controladas por una matriz (STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK y Fujitsu Siemens Computers O, C-44/08).

La expresión tipológica utilizada por el art. 1.1 a) de la Directiva en relación al centro de imputación de su régimen armonizador es la de “centro de trabajo”.

El propio TJUE (STJCE de 7 de diciembre de 1995, Asunto Rockfon C-449/93, apartado 25) ha declarado que la Directiva no define dicho concepto, pero que se trata de un *concepto típico de Derecho Comunitario* y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros, sino que dicha disposición debe ser interpretada en función de la sistemática general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte (armonización parcial de los procedimientos de despido colectivo con el reforzamiento de la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos). Por tanto, debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión (STJUE de 15 de febrero de 2007, Asunto Athinaïki Chartopoïi, C-270/05, apartado 23).

El TJUE (STJCE de 7 de diciembre de 1995, citada) entiende que “la relación laboral se caracteriza esencialmente por el vínculo existente entre el trabajador y aquella *parte* de la empresa a la que se halle adscrito para desempeñar su cometido”. Es decir, para el Derecho comunitario, “centro de trabajo” constituye cada una de las empresas en las que trabajan habitualmente los trabajadores cuyos contratos se pretenden extinguir. Quedaría expedita, pues, la vía para interpretar que para los trabajadores que prestan sus servicios simultánea y conjuntamente para el grupo de empresas (se trate o no de servicios o departamentos conjuntos del grupo), “centro de trabajo” *ex* Directiva es el grupo de empresas en sí (como complejo empresarial), y que por tanto sobre éste deben recaer las obligaciones establecidas por la Directiva, puesto que el criterio relevante sería el de la organización empresarial específica en la que con *habitualidad* prestan sus servicios los trabajadores.

El Alto Tribunal comunitario considera que a efectos de la definición del concepto de “centro de trabajo” no resulta “esencial que dicha unidad (a la que se haya adscrito el trabajador) disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos”. Es decir, que el elemento que doctrinalmente se ha considerado más trascendente a la hora de identificar el grupo de empresas en la compleja realidad socio-económica actual (el centro decisorio real de la *empresa de grupo*. A tales efectos, se añade que “se entenderá que existen control de una empresa dominada por otra dominante cuando se encuentre en alguno de los casos del apartado 1 del art. 42 del Código de Comercio”, es decir -y tras la reforma de la legislación mercantil llevada a cabo por la Ley 19/1.989, de 25 de julio, para su adaptación a las Directivas de la Comunidad Europea-, aquéllos en los que, teniendo una sociedad mercantil la condición de socio de otra, se encuentre respecto de ésta en alguna de las situaciones siguientes: 1^a) Posea la mayoría de los derechos de voto; 2^a) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; 3^a) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros

socios, de la mayoría de los derechos de voto; 4ª) Haya nombrado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración que desempeñen su cargo con al menos dos años de antelación. Para apreciar la concurrencia de las circunstancias anteriores, el art. 42.2 del Código de Comercio precisa que “se añadirán a los derechos de voto de la sociedad dominante los que correspondan a las sociedades dominadas por ésta, así como a otras personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de alguna de aquellas”) como es la *unidad de dirección*, es un dato no sólo preterido, sino irrelevante, a efectos de la normativa comunitaria reguladora de los despidos colectivos [como también respecto a otras directivas, vgr. Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo, constitución de un Comité de Empresa Europeo o de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores de la Unión Europea, que define el “grupo de empresas” como un complejo empresarial integrado “que comprende una empresa que *ejerce el control* y las empresas controladas”; art. 2.1.b)]. El efecto de esta interpretación es que, desde la perspectiva comunitaria, no quede amparado doblemente: en primer lugar, la consideración conjunta del grupo de empresas a los efectos de la determinación conceptual del despido colectivo (la existencia del despido colectivo); y, en segundo lugar, que el real centro decisorio no sea el ente obligado por los deberes impuestos en la procedimentalización participada de los despidos colectivos que impone la Directiva, sino el concepto estricto de “centro de trabajo” o empresa que mantiene el TJUE. Ello no obstante, la legislación comunitaria no impediría una regulación más favorable establecida en los ordenamientos internos.

Incluso en el supuesto de que el centro decisorio de los despidos se efectúe por un departamento común de contrataciones o despidos creado por las empresas que componen un grupo con relaciones de interdependencia, de forma que, los despidos en una de las empresas sólo puedan efectuarse con la aquiescencia de dicho departamento, no se acepta por la instancia jurisdiccional referida que el grupo constituya “centro de trabajo” a los efectos de la normativa comunitaria. El TJUE considera que una interpretación en sentido contrario “permitiría a las sociedades que forman parte de un mismo grupo dificultar su sujeción a la Directiva, confiando a un órgano de decisión distinto la decisión de despido. De esta forma, podrían eludir también la obligación de observar determinados procedimientos concebidos para la protección de los trabajadores, con lo cual importantes grupos de ellos podrían verse privados del derecho a ser informados y oídos, que la Directiva normalmente les reconoce. Por lo tanto, dicha interpretación parece incompatible con la finalidad de la Directiva”.

Es posible concluir que el TJUE parte, como criterio general, de una visión restrictiva de la expresión “centro de trabajo”, de modo que el grupo de

empresas, desde la perspectiva del Derecho comunitario, principalmente tendría relevancia a los efectos de la prescripción del art. 2.4 de la Directiva por la que las obligaciones de información y consulta establecidas en el art. 2 de la Directiva no pueden infringirse arguyendo el hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivo no le ha facilitado a la empresa subordinada la información necesaria (Véase STCE de 10 de septiembre de 2009, Asunto AEK c. Fujitsu Siemens Computers, C-44/08). Dicha norma presenta notables carencias: no ha previsto un aconsejable mecanismo de imputación de responsabilidades a la empresa controladora o al centro de decisión unitaria del complejo empresarial respecto al cumplimiento de las obligaciones por ella establecida, sino que la responsabilidad se ciñe a la empresa controlada; tampoco delimita la noción de “control” a los efectos instrumentales por ella previstos.

No obstante, en el ámbito comunitario, se ha producido un sometimiento de este tipo de empresas a una regulación mínima común constituida por la Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo, sobre constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores de la Unión Europea (antes Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre)⁹. Su objetivo es el establecimiento de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores que garantice el acceso de los representantes de los trabajadores a los reales centros de decisión en las empresas y grupos de empresas de *dimensión comunitaria*, entendiéndose por tales las encuadrables en los criterios y baremos (países donde desarrollan sus actividades, volumen de plantilla en cada uno de ellos) establecidos en la misma. La necesaria dimensión comunitaria de las empresas con el consiguiente efecto expulsivo de numerosas empresas que no llegan a los elevados baremos de la norma y la exclusión de los grupos por subordinación derivada de un excesivo apego a la noción de “control” actúan como límites inmanentes en la normativa comunitaria para el deseable proceso de normalización jurídico-laboral de las empresas de grupo en el marco comunitario.

El art. 51.1 del ET sigue centrado en el concepto de “empresa”, por ello habría que dilucidar si, a los efectos conceptuales del despido, también debe

⁹ Reténgase también la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, que establece un marco general relativo para la información y la consulta de los trabajadores de la Unión Europea.

entenderse por tal a la *empresa de grupo*. La actual situación normativa ha forzado a que la cuestión encuentre exclusiva solución en sede judicial (excepcionalmente por la vía de la negociación colectiva), que viene determinando relevante, a efectos de responsabilidades laborales, el grupo de empresas en el que concurren una serie de indicios. Se trata de una jurisprudencia todavía de prevalente corte formalista (centrada sobre todo en relación a las responsabilidades de orden patrimonial) que relega importantes vínculos intersocietarios e impone una serie de requisitos para declarar la responsabilidad laboral del grupo que no siempre conduce a soluciones satisfactorias, y cuya carga probatoria corresponde al que pretende hacer valer la existencia del grupo de empresas a efectos laborales.

Es criticable que no se haya afrontado en los procesos de reforma legislativa una nueva regulación específica del ámbito empresarial de referencia (centro de imputación normativa) para enjuiciar la concurrencia de la causa, cuestiones como la empresa pluricelular y la interferencia del grupo de empresas (y, en general, las empresas de estructura compleja) siguen quedando a merced de la doctrina jurisprudencial. (Por cierto, esta deficiente regulación contrasta con el avance que ya se ha realizado respecto a la clarificación del lugar de los grupos de empresas a efectos de la negociación colectiva estatutaria. Cfr. Artículos 87 y 88 del ET). En esta materia, deben entenderse aplicable la jurisprudencia que considera que –en la causa económica– la situación ha de afectar a la empresa en su conjunto, sin descender a unidades productivas inferiores como el centro de trabajo [cfr. por todas, SSTS 21 de julio de 2003 (RJ 2003\7165) y 12 de diciembre de 2008 (RJ 2008\256)], mientras que el resto de causas pueden tomar como unidad de referencia un centro de trabajo o una sección autónoma de la empresa [STS 14 de mayo de 1998 (RJ 1998\4650)]. [Reténgase aquí las obligaciones de aportación de documentación exigible cuando la empresa –empresa de grupo– que inicia el procedimiento de regulación empleo forma parte de un grupo de empresas; obligaciones establecidas en el art. 4.5 del RD. 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido y de suspensión de contratos y reducción de jornada].

Para los grupos de empresas habrá de entenderse que, cuando se esté verdaderamente ante una unidad empresarial (“grupo empresarial laboral” o “patológico”, relevante como tal a efectos iuslaborales), lo coherente es analizar la causa en el contexto global del grupo [cfr. SSTS 14 de mayo de 1998 (RJ 198\4650) y 23 de enero de 2007 (RJ 2007\1910)]. La STC 49/2004, de 12 de julio, aunque referida al art. 52.c) del ET, entiende que hay que permitir la práctica de prueba decisiva para acreditar la existencia de grupo empresarial a efectos laborales (caja única, trasvase de activos) cuando se impugna un despido basado en

su existencia¹⁰. Por lo demás, un “grupo de empresas laboral” podría promover –no sin cierta paradoja, teniendo en cuenta su carácter patológico- un procedimiento unitario para todo el grupo “laboral” de despido colectivo (STS de 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012). En el caso de que se trate de eludir la realidad existencial de un grupo de empresas calificado de “laboral” instando procedimientos de regulación de empleo por una única empresa del grupo, nuestros tribunales de justicia consideran que se estaría ante despidos fraudulentos, declarando la nulidad de los mismos (SAN de 26 de julio de 2012, proc. 124/2012; STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2012, proc. 10/2012; STSJ Andalucía de 11 de octubre de 2012, proc. 4/2012). Para estos grupos de empresas “laborales” (patológicos) la consulta-negociación colectiva debería de producirse contando con la intervención de las representaciones de los trabajadores de todas las empresas del grupo “laboral”, aunque adoptando una posición flexible al respecto (SSTS de 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012, y 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012; SSAN de 25 de febrero de 2013, proced. 324/2012, y 18 de noviembre de 2013, proced. 338/2013).

Pero también puede ser relevante el grupo cuando exista conexión decisoria de la causa del despido con la realidad existencial del grupo empresarial. Está la relevancia de una decisión de espacio de mercado del centro de decisión puede determinar pérdidas o incluso insolvencia de una empresa o sociedad perteneciente al grupo. Por otra parte, puede producirse una conexión de causalidad, que el propio Reglamento de regulación de empleo ha considerado ya relevante. En efecto, conforme al art. 4.5 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, ”cuando la empresa que inicia el procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio

¹⁰ En todo caso, cada vez resulta más disfuncional la operatividad de la distinción entre “grupo de empresas laboral” (patológico) y “grupo de empresas mercantil” (fisiológico) en términos generales, y muy en particular a efectos de la regulación de los despidos por causas empresariales. Un exponente de este enfoque, que sigue la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, lo ofrece, paradigmática y reflexivamente, la SSTS 27 de mayo de 2013 y 20 de marzo de 2013, con referencia a los elementos adicionales de relevancia jurídico-laboral de los grupos de empresas; y asimismo la SAN de 25 de febrero de 2013, nº 00033/2013, que hace referencia expresa también a la noción jurisprudencial de “grupo de empresas patológico” (fj. 4º). Sobre el estado de situación actual del tratamiento normativo y jurisprudencial de los grupos de empresas en materia de despidos colectivos, véase, por todos, la exposición de síntesis crítica de Baz Rodríguez, J.: “El despido colectivo en las empresas de grupo”, en revista *Trabajo y Derecho*, núm. 1 (2015), págs. 2 y sigs., y la bibliografía allí citada.

social en España, deberá acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, durante el período señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberá acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento” (apartado 5 modificado por disp. final 4.2 del RD.-Ley 11/2013, de 2 de agosto). De este modo, se toma en consideración la realidad de una vinculación interempresarial que muestre elementos de interdependencia relevantes a efectos de la resolución del procedimiento de regulación de empleo, y al propio tiempo se aporta, nuevamente (y, paradójica y problemáticamente, por vía reglamentaria), un concepto normativo, funcional y estipulativo, de grupos de empresas a efectos de la ordenación legal de los despidos colectivos.

Para los grupos de empresas “mercantiles” (fisiológicos), la doctrina jurisprudencial se viene inclinando por entender que tales grupos no pueden instar un procedimiento de despido, aunque es admisible una negociación colectiva de reestructuración con la sociedad dominante, pero sin que sea posible eludir los períodos de consulta en cada una de las empresas del “grupo mercantil”, que contarán, de esta modo, con instrumentos útiles para negociar la incidencia y la adecuación de las causas en cada una de las empresas del mismo. Es necesario, así, la constitución de comisiones negociadoras y llevar a cabo períodos de consulta-negociación independientes respecto de cada una de las empresas del grupo, en tanto no se produzca un cambio del régimen jurídico vigente¹¹. En coherencia con ese enfoque, que prescinde de los vínculos jurídicos intersocietarios, la comisión negociadora de los grupos de empresas “mercantiles” debe estar exclusivamente compuesta por representantes de los trabajadores de la empresa de grupo directamente afectada por el despido colectivo (SSAN de 11 de marzo de 2013, proced. 381/2012, 25 de febrero de 2013, proced. 19/2013; STSJ Madrid, de 9 de abril de 2013, proced. 18, 23 y 24/2013).

¹¹ SSAN de 28 de septiembre de 2012, proc. 152/2012; 18 de diciembre de 2012, proc. 257/2012; 15 de febrero de 2013, proc. 345/2012; 11 de marzo de 2013, proc. 381/2012; STSJ Cataluña de 25 de septiembre de 2012, proc. 31/2012.

Es pertinente hacer notar la relevancia del grupo de empresas en el marco de la “recolocación *interna* [por contraposición a la “recolocación *externa*”] de los trabajadores dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forma parte”, dentro de las posibles medidas que pueden ser adoptadas en el correspondiente Plan de acompañamiento social encaminadas a evitar o reducir los efectos del expediente de regulación de empleo (art. 8 del RD 1483/2012). Aquí la recolocación interna en el seno del grupo empresarial aparece en una lógica de “flexibilidad negociada” y que cristaliza en el “plan de acompañamiento social”.

Respecto a las causas legitimadoras del despido por necesidades de la empresa, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un sistema coherente que conceda preferencia a la adopción previa o “preventiva” de medidas de carácter novatorio o suspensivo. Las nociones causales son tan etéreas que no permiten discernir cuándo lo procedente es una medida de otro tipo, y desde luego no queda clara conformación de la extinción como medida de *ultima ratio*. En todo caso, no conviene confundir la opción por una posible *ultima ratio* con la distinta idea de un “control de óptimos” por parte de la autoridad judicial competente. No obstante, se insiste, en que el modelo normativo actual es de libertad de opciones idóneas, sin que tenga acogida legal el principio o criterio de *ultima ratio* en la jerarquización de las medidas de respuesta empresarial. En este orden de ideas, es preferible continuar en la dirección de política del Derecho encaminada a potenciar las medidas de “flexibilidad interna” como alternativa preferible las medidas de “flexibilidad externa o de salida”.

En otro orden de cuestiones, interesa destacar que el centro de trabajo siempre ha sido el ámbito empresarial de referencia típico desde la lógica de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Esto lo acaban de recordar recientemente tres importantes Sentencias del TJUE resolviendo específicamente sobre esta cuestión (STJUE 30 de abril de 2015, C-80/14. USDAW¹²; STJUE 13 de mayo de 2015, C-182/13.

¹²STJUE 30 de abril de 2015, C-80/14. Asunto USDAW. Procedimiento prejudicial — Política social — Despidos colectivos — Directiva 98/59/CE — Artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a) — Concepto de “centro de trabajo” — Método de cálculo del número de trabajadores despedidos. El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara que el concepto de «centro de trabajo» que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59/CE, debe interpretarse del mismo modo que el concepto que figura en la letra a), inciso i),

Lyttle¹³; STJUE 13-5-15, C-392/13. Rabal Cañas¹⁴, ésta en un pronunciamiento recaído en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, referida a la Empresa Nexea, entidad pública empresarial adscrita al grupo de Correos, que contaba con dos centros de trabajo, en Madrid y Barcelona respectivamente, y había despedido a numerosos trabajadores sin iniciar un período de consultas con los representantes de los trabajadores).

de ese mismo párrafo. El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece una obligación de información y consulta de los trabajadores cuando se despide, en un período de 90 días, a al menos 20 trabajadores de un centro de trabajo concreto de una empresa, y no cuando el número acumulado de despidos en todos los centros de trabajo de una empresa, o en algunos de ellos, durante ese mismo período, alcanza o sobrepasa el umbral de 20 trabajadores.

¹³ STJUE 13 de mayo de 2015, C-182/13. Asunto Lyttle. Procedimiento prejudicial — Política social — Despidos colectivos — Directiva 98/59/CE — Artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a) — Concepto de “centro de trabajo” — Método de cálculo del número de trabajadores despedidos. El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara que el concepto de «centro de trabajo» que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59/CE, debe interpretarse del mismo modo que el concepto que figura en la letra a), inciso i), de ese mismo párrafo. El artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que establece una obligación de información y consulta de los trabajadores cuando se despide, en un período de 90 días, a al menos 20 trabajadores de un centro de trabajo concreto de una empresa, y no cuando el número acumulado de despidos en todos los centros de trabajo de una empresa, o en algunos de ellos, durante ese mismo período alcanza o sobrepasa el umbral de 20 trabajadores.

¹⁴ STJUE 13 de mayo de 2015, C-392/13. Asunto Rabal Cañas. Procedimiento prejudicial — Política social — Despidos colectivos — Directiva 98/59/CE — Concepto de “centro de trabajo” — Método de cálculo del número de trabajadores despedidos. El Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara que: 1º) Que el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de «despido colectivo» a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva. 2º) Que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un «despido colectivo» en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada. 3) El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que, para considerar que se han producido despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, no es necesario que la causa de tales despidos se derive de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea.

En nuestro país, como se indicó anteriormente, tanto la doctrina científica como la doctrina jurisprudencial, ha venido considerando desde hace tiempo que la referencia a la “empresa” ex art. 51 del ET debería ser objeto de una interpretación amplia entendiendo que abarca a la empresa en su conjunto, y no singularmente a cada uno de los centros de trabajo de una empresa técnicamente descentralizada. Se partía de la premisa –que todo hay que decirlo en términos generales resulta ser así como regla- de que la empresa como unidad de referencia constituía una mejora en el sistema de tutela iuslaboral de los intereses de los trabajadores, si bien se advertía que en determinados casos ello podría suponer un perjuicio (Paradigmáticas resultas las SSTs de 28 de marzo de 2009, Rcu. 1878/08; de 18 de marzo de 2009, RJ 2009, 4163). La misma STJUE 13 de mayo de 2015, C-392/13, Rabal Rabal Cañas, acepta la idea –planteada por el Gobierno español- de que en términos generales la opción por la “empresa” en lugar del “centro de trabajo” como unidad de referencia constituye, en principio, una mejora del Derecho interno, que ha hecho uso de la facultad concedida por el art. 5 de la Directiva 98/59 al introducir disposiciones más favorables a los trabajadores. Siendo así que esta opción de política legislativa en la transposición de la Directiva resulta, así, en términos generales (como regla), plenamente compatible con las exigencias mínimas por ella establecidas, pues se trataría de una opción más favorable reclamando el principio de norma mínima. Pero también afirma que en ciertos casos el hecho de calcular los umbrales utilizando como referencia la empresa podría obstaculizar la aplicación del procedimiento de información y consulta previsto en esta Directiva.

Pues bien: en la misma STJUE 13 de mayo de 2014, Asunto C-392/13, Rabal Cañas, Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara que: “El art. 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional [como la española] que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando [es condicional; y no descalificadora como regla del criterio general de la “empresa”] la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de «despido colectivo» a la luz de la definición que figura en el art. 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva”. El TJUE reitera en este pronunciamiento que el objetivo fundamental de la Directiva es la procedimentalización de las decisiones empresariales a través de la garantía efectiva de los derechos de información y de “consulta-negociación” (tipo de consulta que abre un auténtico proceso de negociación colectiva de reestructuración o

“gestional”)¹⁵. Y por ello cuando se pueda producir el efecto contrario a la finalidad de la Directiva de negar tales derechos por la utilización del criterio de empresa y no el de centro de trabajo para la apreciación de los despidos, debe procederse a considerar este último como unidad empresarial de referencia para la efectividad de la garantías colectivas en los procesos de reestructuración que culminen en despidos colectivos.

Hace notar el Alto Tribunal comunitario que la sustitución en el Derecho interno del término «centro de trabajo» por el de «empresa» sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de «despido colectivo». Así, más concretamente, una normativa nacional sólo puede considerarse conforme al artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso i), de la Directiva 98/59 si impone la aplicación de las obligaciones de información y consulta resultantes de los artículos 2 a 4 de ésta, al menos, en caso de despido de 10 trabajadores en centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 trabajadores y menos de 100. Esta obligación es independiente de adicionales exigencias impuestas por el Derecho nacional a las empresas que empleen habitualmente menos de 100 trabajadores. Por tanto, infringe el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido en los artículos 2 a 4 de esta Directiva, siendo así que, si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de «despido colectivo» a la luz de la definición que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva

¹⁵ La STJCE de 15 de febrero de 2007 (C-270/2005), recoge el criterio reiterado de que “el objetivo de la Directiva 98/59 es “reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad” (cfr. Considerando 2º del Preámbulo de la Directiva). Por su parte la STJCE de 18 de enero de 2007 (C-385/2005) declara “que de los artículos 1, apartado 1, y 5, de la Directiva 98/59 se desprende que esta Directiva tiene por objeto establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores en caso de despidos colectivos, aunque los Estados miembros podrán adoptar medidas nacionales más favorables para los referidos trabajadores”.

(Considerandos 52 a 54). Así, la utilización del criterio del “centro de trabajo” como unidad empresarial de referencia se ha de imponer siempre que ello resulte más favorable para el ejercicio de los derechos colectivos de información y consulta garantizados por la Directiva. En realidad aunque podría realizarse una *interpretación judicial* del art. 51.1 del ET *conforme* a la Directiva en este sentido (teniendo en cuenta el centro de trabajo cuando sea más favorable a los intereses de los trabajadores en relación a los umbrales mínimos previstos en la Directiva), la seguridad jurídica exigiría, más pertinentemente, una reforma legislativa para indicar que el criterio del centro de trabajo se impondría cuando en ciertos casos fuese más favorable para la efectividad de las garantías colectivas instituidas por el legislador comunitario. No se trata, pues, de abandonar el criterio *general* de la “empresa”, sino de completarlo con el de “centro de trabajo” –unidad mínima de referencia a efectos del cómputo de despidos en el ordenamiento comunitario- cuando fuere preciso a los fines de la Directiva.

Quizás, entre otras cuestiones, esta sentencia del TJUE debería hacer reflexionar a nuestro legislador sobre la conveniencia de *garantizar legalmente*, entre otras cosas, un periodo de consultas, también en los despidos ex art. 52.c) del ET (en realidad, “despidos colectivos” menores). Y entonces una parte no desdeñable de los problemas quedarían resueltos y se propiciaría lo que realmente es deseable, a saber: la búsqueda de un acuerdo sobre reestructuración productiva, que es la flexibilidad negociada que quiere propiciar la Directiva, evitando, con esa flexibilidad negociada, la “judicialización” de los despidos.

Por otra parte, el TJUE ha interpretado, en varios pronunciamientos, el concepto de «centro de trabajo» o de «centros de trabajo» que figura en el art.1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59/CE. Así, en el de la *sentencia Rockfon* (C/449/93, EU:C:1995:420), apartado 31, el TJUE, refiriéndose al apartado 15 de la *sentencia Botzen y otros* (186/83, EU:C:1985:58), observó que la relación laboral se caracteriza esencialmente por el vínculo existente entre el trabajador y aquella parte de la empresa a la que se halle adscrito para desempeñar su cometido. En consecuencia, el TJUE decidió, en el apartado 32 de la *sentencia Rockfon* (C/449/93, EU:C:1995:420), que procedía interpretar el concepto de «centro de trabajo» que figura en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, en el sentido de que designa, según las circunstancias, aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido. A efectos de la definición del concepto de «centro de trabajo» no resulta esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos. Por su parte, en la *sentencia Athinaiki Chartopoiia* (C/270/05, EU:C:2007:101), el TJUE hizo precisiones adicionales sobre el concepto de «centro de trabajo» y

declaró, en particular, en el apartado 27 de dicha sentencia que, a efectos de la aplicación de la Directiva 98/59, puede constituir concretamente un «centro de trabajo», en el marco de una empresa, una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas. (También la STJCE de 7 de septiembre de 2006, Asunto Agorastoudis; STJCE 2006/235).

En todos ellas (STJUE 13 mayo de 2015, C-392/13, Asunto Rabal Cañas, considerando 46) se parte de la premisa de que al utilizar los términos «entidad diferenciada» y «en el marco de una empresa», el TJUE los conceptos de «empresa» y de «centro de trabajo» son distintos y que el centro de trabajo es, por regla general, una parte de una empresa. No obstante, ello no excluye que el centro de trabajo y la empresa puedan coincidir en aquellos casos en los que la empresa no disponga de varias unidades distintas (empresa no descentralizada en unidades menores, en sentido técnico-productivo, de la misma empresa).

El Alto Tribunal en su sentencia *Athinaiki Chartopoiia* (C270/05, EU:C:2007:101), apartado 28, el TJUE entendió que, teniendo en cuenta que el fin perseguido por la Directiva 98/59 contempla especialmente las consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos podrían provocar en un contexto local y en un medio social determinados, la entidad en cuestión no debe estar dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de una autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificada de «centro de trabajo». En realidad, desde la lógica interna de la Directiva el centro de trabajo es un ámbito de organización y dirección de un conjunto de relaciones de trabajo, donde están adscritos y prestan servicios los trabajadores.

A todos los efectos de la Directiva existe necesariamente un concepto *comunitario uniforme* de “centro de trabajo”. Así, el TJUE ha declarado en las sentencias *Lyttle y otros* (C/182/13, EU:C:2015:0000, apartado 35) y *USDAW y Wilson* (C/80/14, EU:C:2015:291, apartado 54) que el significado de los términos «centro de trabajo» o «centros de trabajo» que figuran en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso i), de la Directiva 98/59 es el mismo que el de los términos «centro de trabajo» o «centros de trabajo» que figuran en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), inciso ii), de esta Directiva. De todo ello se infiere que cuando una «empresa» incluye varias entidades que cumplen los criterios precisados en los apartados 44, 45 y 47 de la presente sentencia, el «centro de trabajo», en el sentido del artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, es la entidad a la que se hallan adscritos los traba-

jadores afectados por el despido para desempeñar su cometido, y son los despidos efectuados en dicha entidad los que han de tomarse en consideración separadamente de los efectuados en otros centros de trabajo de esa misma empresa (véanse, en este sentido, las sentencias Lyttle y otros, C/182/13, EU:C:2015:0000, apartado 33, y USDAW y Wilson, C/80/14, EU:C:2015:291, apartado 52).

4. LA PROCEDIMENTALIZACIÓN DEL DESPIDO COLECTIVO: LA COMBINACIÓN ENTRE FLEXIBILIDAD “NEGOCIADA” E INTERVENCIONISMO PÚBLICO DE COBERTURA Y APOYO A LOS PROCESOS DE AUTONOMÍA

El procedimiento de regulación de empleo se desarrolla con la intervención de tres actores principales, titulares de competencias y prerrogativas importantes que le han sido atribuidas para la defensa de los intereses que le son propios y que pueden ser diversos, a saber: el empresario (o los empresarios), los trabajadores a través de sus representantes y la autoridad pública actuante.

El sistema legal establece un procedimiento detallado para legitimar la validez de la decisión empresarial, que permita un control anticipado de la razonabilidad de su decisión en relación con las exigencias objetivas (necesidades «objetivadas») de funcionamiento de la organización productiva. Básicamente este procedimiento se articula sobre un procedimiento articulado (art. 51.2 del ET) de fase de consulta-negociación con los representantes de los trabajadores, a través de un periodo de consultas a fin de negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo colectivo; y de intervención administrativa, que se inicia con la comunicación escrita que el empresario dirige a la autoridad laboral, simultánea a la apertura de aquel periodo de consultas. La Directiva asume una lógica de flexibilidad negociada a través del período de consultas y la intervención de una autoridad pública competente de apoyo a la negociación colectiva gestional y de asunción de una función mediadora y de asesoramiento en la controversia planteada y de búsqueda de soluciones a los problemas suscitados por los despidos colectivos (Véase SSTJCE 27 de enero de 2005, 2005, 31; 16 de julio de 2009, TJCE 2009, 237; 10 de septiembre de 2009, TJCE 2009, 263; 3 de marzo de 2011, C-235/10 a C-239/10). La Directiva comunitaria sobre despidos colectivos configura una intervención administrativa de carácter mediador y de apoyo a los procesos de autonomía colectiva en las reestructuraciones empresariales, donde los despidos pueden ser efectuados libremente por el empresario una vez transcurridos los plazos establecidos (que corren a raíz de la notificación a la autoridad laboral). Resulta cada vez más imprescindible una

mayor implicación pro-activa y mediadora de la autoridad pública competente en la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos. Esto es precisamente lo que le preocupa al legislador comunitario, para el cual “la autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 para *buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados*” (art.4.2 de la Directiva 98/59/CE). Esa implicación preventiva “pro-activa” debería acompañar siempre al *estatuto protector* de los trabajadores afectados en los procesos de reestructuración empresarial. Con esa *implicación “pro-activa” se refuerza* –evitando la frecuente actitud pasiva de las autoridades administrativas en el procedimiento de despidos-. Esta actuación más pro-activa de la autoridad pública se ha visto más realizada, al menos en un plano formal, con las previsiones establecidas en el art. 51.2 del ET, y su desarrollo reglamentario ex artículos 10 (“Actuaciones de la autoridad laboral”) y 11 (“El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”) del RD 1483/2012, de 29 de octubre). Por lo demás, la “normalización” de las operaciones de reestructuración permanente exige la adopción de una estrategia institucional ofensiva, que supone la apuesta por la flexiseguridad garantista negociada (en la lógica del garantismo colectivo) “pro-activa”, previsor y de anticipación a los cambios en la línea análoga defendida en la Directiva comunitaria 98/59/CE y en las dos Comunicaciones de la Comisión Europea, “Reestructuración y empleo. Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea” (Bruselas, 31.3.2005 COM(2005) 120 final; y el Libro Verde sobre “Reestructuración y previsión del cambio: ¿qué lecciones sacar de la experiencia reciente? (SEC 2012, 59 final), firmado en Bruselas el 17 de enero de 2012, COM (2012) 7 final). Para ello es preciso adoptar un enfoque global, estructural y no meramente coyuntural de las reestructuraciones. El modelo de flexiseguridad ofensiva –basada en el “garantismo flexible” y en una reestructuración social y jurídicamente responsable- constituye una alternativa viable de organización jurídica de las relaciones de trabajo que pretende combinar la clásica racionalidad centralizada del Estado Social moderno con formas plurales de racionalidad “autorreflexiva” de los grupos sociales bajo la cobertura de una legislación promocional –o de apoyo- a la autonomía colectiva negociada a través de los acuerdos de reorganización productiva. Un modelo de “gobernanza” de los procesos de reestructuración permanente, que sea capaz de conjugar satisfactoriamente la racionalidad jurídico-social y la racionalidad jurídico-económica que coexisten (aunque suelen estar en tensión y no siempre confluyen de modo equilibrado) en dichos fenómenos de reestructuración empresarial; cómo tendrán que confluír también garantismo (público y colectivo) y flexibilidad. En este sentido la Directiva 98/59/CE debería ser objeto de actualización para que, partiendo de ella, se hiciese frente a las nuevas exigencias de ordenación jurídico-laboral de los procesos de reestructuración empresariales.

En el sistema normativo interno de la Directiva el empresario ha de presentar su “*proyecto de despido colectivo*” (artículos 3 y 4 de la Directiva 98/59/CE; cfr. STJCE 27 de junio de 2005, C-188/03). Cuanto el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo (art.2 Directiva). Por otra parte, el empresario estará obligado a notificar por escrito cualquier proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente (art.3.1 Directiva). Y, a su vez, la autoridad pública competente aprovechará para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados (art.4.2 Directiva) (STJCE de 12 de febrero de 1985, asunto Nielsen).

La finalidad de este periodo de consulta-negociación es amplia: deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial (51.4 del ET). La ordenación legal trata de promover la gestión consensuada (consulta-negociación en vista de alcanzar un acuerdo) de la empresa, gozando las partes sociales de una amplia libertad de concepción respecto al establecimiento de aquéllas medidas encaminadas a afrontar la crisis laboral de la empresa con arreglo a las finalidades previstas por el legislador. La consulta-negociación presupone una obligación general («proporcional toda información pertinente») y específicos deberes de información (motivos del proyecto de despido, número y categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos, el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente, el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos, etc.), «a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil» (art. 2.3 Directiva 98/59). La relevancia del período de “consultas-negociación” colectiva adquiere una nítida centralidad en el sistema de la Directiva (STJCE de 8 de junio de 1994, C-383/1992) De ahí, que se explique la necesidad de que sendas comunicaciones —a la autoridad laboral y a los representantes— se acompañe de «toda la documentación necesaria». Se pone de relieve la trascendencia de la aportación documental empresarial desde el mismo inicio del período de consultas (art. 51.2.b) del ET y 3.b de RD 1483/2012), de suerte que los representantes de los trabajadores “puedan afrontar el período de consultas adecuadamente, en consonancia con el mandato del art. 3.2 de la Directiva 98/59/CE. No puede olvidarse que dicho periodo de consultas se proyecta, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, y que el carácter instrumental de los requisitos formales obliga a efectuar un análisis caso por caso. La nulidad del despido por esta causa vendrá ligada a la carencia de garantías del

derecho a negociar, pues el período de consultas no puede entenderse efectuado si la falta de información suficiente impide que sirva a los fines del art. 51 del ET y de la Directiva 98/59/CE que aquél transpone en nuestro ordenamiento jurídico (En este sentido STS de 25 de junio de 2014, rec. 273/2013, con referencia a la STS de 20 de marzo de 2013, rec. 81/2012).

El período de consultas ha de realizarse dentro del plazo de treinta o quince días (si la empresa es de reducidas dimensiones laborales, a saber: menos de cincuenta trabajadores). El modo de finalización de este periodo, con acuerdo o sin acuerdo, marcará la finalización del procedimiento, pues determina el contenido de la resolución administrativa, como veremos de inmediato.

Es así que la protección de los derechos de los trabajadores en casos de despido colectivo se instrumenta jurídica e institucionalmente -aunque no de manera exclusiva- mediante la intervención de los representantes de los trabajadores en el procedimiento de despido colectivo, es decir, a través de la procedimentalización de la decisión empresarial de despedir. Como manifestación de una genérica tendencia a la procedimentalización negociada de los poderes empresariales en la gestión y administración de la fuerza de trabajo, dicha procedimentalización consiste en la necesaria observancia de ciertos condicionamientos que complejizan el ejercicio del poder de dirección del empresario, de manera que existe la obligación de respetar determinados procedimientos institucionalizados en el proceso decisional en los que intervienen los trabajadores destinatarios de la decisión o sus representantes, en garantía de que se tengan presentes los intereses colectivos antagonistas sobre los que incidirá el ejercicio del poder empresarial concreto. Desde este punto de vista, la tutela individual de los trabajadores a la conservación de su puesto de trabajo aparece así como una consecuencia indirecta de la implicación y participación institucionalizada de sus representantes en el procedimiento de despido en un nivel supraindividual.

En la institucionalización del período de consulta-negociación subyace la opción político-legislativa de procedimentalizar la decisión empresarial de despedir¹⁶. Estamos ante una búsqueda de legitimación del ejercicio de los

¹⁶Por su parte, la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, que establece un marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores de la Unión Europea, aplicable a las empresas que tengan al menos cincuenta trabajadores o a los centros de trabajo que cuente con veinte empleados (art. 3), establece la obligación de consulta a los representantes de los trabajadores respecto de las medidas preventivas para evitar riesgos de destrucción de empleo y sobre las

poderes empresariales (en este caso reorganizativos) a través de una democratización industrial “débil” (formal y *funcionalizada* más que estructural) o proceduralización participada en el proceso decisorio que adquiere cada vez más centralidad en los sistemas de relaciones laborales. Es lo que se ha denominado “*legitimación a través del procedimiento*”, y esta es justamente la finalidad implícita de la ordenación de los despidos colectivos a propósito de la regulación de los períodos de consulta-negociación. Con ello más que un criterio estructuralmente encaminado a la introducción de formas de democracia industrial en las organizaciones productivas donde se realiza un importante desarrollo de la personalidad humana (como vía participativa del individuo en las formaciones sociales y económicas -no meramente políticas- en las que se integra y como fórmula de redistribución del poder social con su consecuente funcionalidad limitadora de sistemas organizativos autoritarios) se introduce un mecanismo participativo, de incuestionada importancia funcional en cuanto contraposición a la producción autócrata de decisiones y fortalecedor de la implicación de los trabajadores en el funcionamiento y la toma de decisiones en la empresa, pero cuya intencionalidad implícita no es otra que la reestructuración empresarial, las cuales siguen remitiendo aún a un poder residenciado en la figura de

decisiones que puedan provocar cambios sustanciales en los contratos de trabajo y en la organización del trabajo (art. 4). Se trata de normas imperativas dirigidas a los Estados miembros para que garanticen los derechos de información y consulta. De ahí que se establezca una obligación a los Estados miembros para articular *mecanismos de “defensa de los derechos”*. En tal sentido se establece que éstos establecerán las medidas adecuadas en caso de incumplimiento de la Directiva por parte del empresario o de los representantes de los trabajadores. En particular, garantizarán que existan procedimientos administrativos o judiciales adecuados para hacer respetar las obligaciones derivadas de la Directiva. Los países miembros establecerán sanciones adecuadas aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones de la Directiva por el empresario o los representantes de los trabajadores. Estas sanciones deberán de ser efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 8). Reténgase igualmente la garantía de los derechos de información, consulta y participación que se establecen en la Directiva 2001/86/CE, de 8 de octubre, que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la *implicación* de los trabajadores. La Directiva define la implicación de los trabajadores como la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores puedan *influir en las decisiones* que se adopten en la empresa (art. 2.h) de la Directiva). Y adviértase que para alcanzar los objetivos que se establecen en el sistema de los Tratados, el Consejo mediante el Reglamento (CE) nº 2157/2001 aprobó el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea. Dicho Reglamento está destinado –significativamente a los efectos que aquí interesan- a establecer un marco jurídico uniforme en el que las sociedades de los distintos Estados miembros puedan plantear y llevar a cabo *la reestructuración de sus actividades a escala comunitaria* (Prámbulo de la Directiva 2001/86/CE). Reestructuraciones societarias que, como es bien sabido, pueden suponer a ese nivel transnacional vicisitudes modificaciones y extintivas, y en particular despidos colectivos.

quien ostenta la dirección de la empresa en su libertad de dimensionar sus niveles ocupacionales en función de sus opciones organizativas y productivas y, más específicamente, de determinar (como expresión de la propia libertad de iniciativa económica) la óptima proporción entre los factores de producción. En el fondo los poderes del empleador siguen quedando sustancialmente intactos como un núcleo duro de la constitución económica de la empresa de base estructuralmente autoritaria, aunque el proceso decisonal no se desarrolla de forma unilateral en el empleador y en tal sentido se abre una incierta posibilidad de “condicionamiento” de tal decisión a la luz de otros intereses confrontados o de propuestas de carácter alternativo. Dicho de otro modo, persiste el principio de autoridad en la empresa también por lo que se refiere al poder de despedir, y ello no ha sido contradicho por los arts. 51 o 52 c) del ET (en este segundo supuesto más obviamente por la carencia de una institucionalización jurídico-normativa de los trámites procedimentales del periodo de consultas o la autorización administrativa). Esta y no otra es la realidad jurídica existencial de la institución aquí estudiada.

La finalidad de la consulta con los representantes de los trabajadores, como manifestación “débil” de democracia industrial (proyección del modelo democrático pluralista) o, quizá más como prerrogativa de la acción sindical/colectiva en la empresa, no sólo actúa como puesta en conocimiento -a través de la mediación representativa- de una eventual situación desfavorable a su interés (merecedor en abstracto de tutela) o simplemente de hechos considerados como relevantes para los intereses de singulares trabajadores, sino que adicionalmente facilita el control y la influencia de la opinión de los representantes sobre las decisiones empresariales que comporten sacrificios para los intereses de aquéllos, haciendo posible el control de la congruencia del procedimiento decisonal, con el justificado motivo valorado en términos objetivos de conservación en plena aptitud de la organización productiva. Es decir, la procedimentalización del proceso decisorio con participación de los trabajadores se presenta altamente idónea para una adecuada “objetivación” de las necesidades de la organización productiva desde la interacción de los intereses en conflicto, en una lógica conjugadora de la admisión del conflicto bajo una perspectiva de cooperación.

Dicha procedimentalización de los poderes empresariales para efectuar despidos colectivos se instrumentaliza a través de la imposición de una serie de obligaciones (*rectius*: cargas) de información y consulta con los representantes de los trabajadores. Estas cargas de información y consulta operan como límites internos de facultades empresariales en orden a su modo de ejercicio (deberes-condición, en el sentido de que es un tipo de deber que condiciona el ejercicio del poder atribuido al empresario), límites que encuentran fundamento en

nuestra CE con la finalidad de garantizar otros derechos económicos y sociales y principios constitucionalmente protegidos. Estamos aquí ante un poder jurídicamente “condicionado”, es decir, el empresario titular de la facultad de reorganización productiva, para realizar el interés en orden a cuya tutela se le ha concedido el poder, puede no sólo ejercitar este poder, sino que, además, debe desarrollar una actividad distinta, observar una cierta conducta, necesaria, en el sentido de que es condición de la realización del interés. Esta posición pasiva accesoria depende de la situación jurídica activa que acompaña a los órganos de representación de los trabajadores en las correspondientes relaciones jurídico-colectivas. Su observancia se torna para la parte concernida en comportamiento necesario a riesgo de tacha de irregularidad de los actos o, incluso, de no conferir validez a los mismos.

Para precisar correctamente un análisis de la naturaleza de la consulta con los representantes de los trabajadores se debe partir del dato jurídico-positivo contenido en el art. 51.2 del ET: “*Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo colectivo*”¹⁷. El precepto es reflejo de una concepción que parte de la conveniencia de que exista un control colectivo sobre los ajustes empresariales de plantilla pero también de la importancia que pueden jugar los eventuales acuerdos colectivos en una materia tan compleja como es el tratamiento de los excedentes de personal, es decir, de una búsqueda del ejercicio de los poderes empresariales por la vía del consenso preferiblemente a la de la autoridad, insertando la propia libertad sindical y los derechos de participación de los trabajadores en la empresa en las decisiones inherentes a la organización del proceso productivo. Debe quedar meridianamente claro que el procedimiento de información y consulta no cuestiona en sí la titularidad empresarial de la facultad, pero ciertamente puede mediatizarlo a través de la participación representativa de los trabajadores que instaura, además de dotar de una deseable transparencia informativa los procesos de ajuste de plantilla. El dato determinante de que no se exija llegar a un acuerdo y sea suficiente llegar a intentarlo supone, desde luego, que nos insertemos en una institución de carácter consultivo, pero que ciertamente extralimita lo que sería una consulta estricta (entendida como un

¹⁷ El precepto constituye la transposición interna del art. 2.1 de la Directiva que utiliza la equivalente expresión “*con vistas a llegar a un acuerdo*”. Tal precepto debe ser pacíficamente interpretado en el sentido de que impone una obligación de negociar (obligación jurídica “de medios”), no un deber de convenir (obligación jurídica “de resultado”).

simple derecho a ser oídos con carácter previo a la decisión empresarial) al exigir la norma el desarrollo de una negociación y no meramente una sencilla solicitud de opinión, parecer o informe previo no vinculante¹⁸. Se trataría de una consulta cualificada en su seno por la negociación y que puede tener como fruto un producto jurídico derivado de la autonomía colectiva en el que quede definitivamente perfilada o definida la opción reorganizativa empresarial, de modo que la institución se sitúa en un terreno movedizo entre los derechos de consulta y la negociación colectiva en sentido estricto o pleno. Es decir, eventualmente - no necesariamente- puede resultar un producto negocial colectivo sobre la materia que sea de interés mutuo para ambas partes en tanto que cristaliza una composición de intereses contrapuestos o emerge un confrontado punto de equilibrio entre ellos. Pero ello no debe hacernos olvidar que la norma no remite la cuestión plenamente a la autonomía colectiva (la materia no queda revertida enteramente por el legislador desde la facultad directiva empresarial a la negociación colectiva “gestional” de reestructuración), de modo que la previsión normativa queda cumplida con el intento de alcanzar un acuerdo con arreglo al principio de buena fe. En tal sentido debe discernirse entre la consulta-negociación como *proceso o acto* (desarrollo de una actividad informativa, consultiva y negociadora) y la consulta-negociación como *resultado* (eventual acuerdo negocial en que fructifica el procedimiento autorreflexivo de los actores sociales). La ordenación normativa opera así una estricta procedimentalización de un poder que no prejuzga ni remite a la autonomía colectiva sino que se mantiene, con las garantías (básicamente procedimentales) establecidas, dentro del haz de facultades derivadas del poder de dirección, aunque desde la norma heterónoma se fomenta y se abren notables posibilidades a una gestión concertada y negociada de los excedentes de plantilla entre los propios interlocutores sociales. Ello ocurre así toda vez que la facultad de despedir es atribuida “*ex origen*” al empleador por el propio ordenamiento jurídico, repárese que el eventual acuerdo o

¹⁸ Es de sumo interés, al respecto, el pronunciamiento contenido en la STJCE de 8 de junio de 1994, C-383/92, Comisión c. Reino Unido, Rec. pág. I-2479, considerando que la norma interna británica de desarrollo (la *Employment Protection Act* de 1975) no garantiza una adaptación correcta del Derecho nacional a las disposiciones de los apartados 1 y 2 del artículo 2 de la Directiva pues sólo obliga al empresario a consultar a los representantes sindicales sobre los despidos proyectados, a “tomar en consideración” todas las observaciones que formulen dichos representantes, a responder a tales observaciones y, si las rechaza, a “indicar los motivos” del rechazo, mientras que el apartado 1 del artículo 2 de la Directiva obliga a consultar a los representantes de los trabajadores “con el fin de llegar a un acuerdo” y el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva exige que las consultas traten “por lo menos de las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, así como de la posibilidad de atenuar sus consecuencias”.

pacto colectivo viene a limitar precisamente el poder empresarial de despedir. Estos requisitos procedimentales (derechos de información y consulta institucionalizados) no implican en el marco de la Directiva de referencia compartición en el poder de gestión del factor trabajo en la empresa, sino una participación en su “objetivación” o “racionalización”, aunque simultáneamente constituyen “instrumentos” para el desarrollo de la actividad de los derechos de representación de los trabajadores y la satisfacción de la finalidad de la defensa de los intereses representados.

Se está ante lo que cabría denominar *negociación colectiva participativa de reestructuración* en el sentido de incidir sobre aspectos fundamentales de la gestión de la empresa como centro de gravedad, en la que los poderes del empleador quedan puestos en juego en una negociación colectiva como proyección de los principios de democracia industrial en el gobierno de la empresa¹⁹. Esta negociación puede llegar a ser “concesiva” por parte de los trabajadores, en tanto que en ella puede operarse una transacción de estatutos colectivos que incluso pueden verse modificados *in peius*. En tal caso se trataría de un acuerdo de reestructuración complejo en el que habrán de respetarse las normas sustantivas y procedimentales establecidas para cada materia y supuesto modificativo.

Por otra parte, interesa destacar que, al menos, en el plano formal, el *enfoque preventivo* es ya anterior a la iniciación de dicha fase de consulta-negociación. En efecto, conforme al art.64.5 del ET, la representación legal de los trabajadores “tendrá derecho a emitir informe, con *carácter previo* a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes materia: (...) b) Las reestructuraciones de plantillas y ceses totales o temporales,

¹⁹ Resulta llamativo que la forma de legislar propia del Derecho reflexivo (proliferación de normas de organización y procedimiento que impulsan y enmarcan la actividad de autorregulación de los grupos sociales y económicos entre sí y con el poder público) es la que en muchos aspectos se está aplicando, aunque con adaptaciones –modulaciones– para hacerla más operativa y viable en los procesos de reestructuración y saneamiento participativo y negociado bajo cobertura legal e impulso público (administración ordinaria o judicial) de encuadramiento y fomento de los procesos de autorregulación negociada entre los diversos partícipes de la empresa concernida o afectada. Es lo cierto que el enfoque de los afectados e interesados (*Stakeholder*) en el desenvolvimiento de la actividad empresarial no sólo otorga una visión más social de la empresa, sino que también confiere más eficiencia legitimadora a las decisiones de reestructuración de la empresa.

de aquella (cfr. art. 51 del ET)²⁰. (...). Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo” (cfr. art.44 del ET). Se trata, en tales casos, de un tipo de consulta específica, la “consulta-informe”, que no garantiza legalmente la apertura de un proceso de negociación colectiva gestional, a diferencia de la forma cualificada de “consulta-negociación” colectiva. Como toda consulta, la forma “consulta-informe” exige una información previa y adecuada (La información se deberá facilitar por el empresario a los representantes de los trabajadores, “sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe”; art.64.6 del ET). Pero, nótese, que esta modalidad de “consulta-informe”, aunque en sí no comporta “negociación colectiva”, puede acabar abriendo *ex novo* distintas formas de negociación colectiva. Pero no se olvide que la consulta en sí es una apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones, que permite a los representantes de los trabajadores expresar su opinión y que pueda dar lugar ya a una “negociación informal” en el marco del proceso de tomas de decisiones empresariales. En tal sentido el mismo art. 64.6 del ET dispone que “la consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y *poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo* sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones”. Por otra parte, los informes que emitan los representantes de los trabajadores deberá elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes (art.64.6 del ET).

²⁰ Nótese que esa consulta previa también se impone *ope legis* en virtud de la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, que establece la obligación de consulta a los representantes de los trabajadores respecto de las medidas *preventivas* para evitar riesgos de destrucción de empleo y sobre las decisiones que *puedan* provocar cambios sustanciales en los contratos de trabajo y en la organización del trabajo (art. 4.2).

Con carácter complementario y posterior a esa posible *gestión preventiva* encaminada a afrontar las reestructuraciones permanentes de la organización productiva, se garantiza el derecho de consulta-negociación en las reestructuraciones en curso. El derecho de consulta-negociación ex art.51.4 del ET comprende una obligación de negociar de buena fe sobre el proyecto de reestructuración o ajuste de la empresa. Una obligación jurídica que es configurada como “obligación de medios” (no como “obligación de resultado”); agotado el período de consulta-negociación, el empresario puede tomar por propia iniciativa la decisión de despedir, con sometimiento al procedimiento legalmente establecido. No se garantiza legalmente un derecho de veto de los representantes de los trabajadores.

Desde la perspectiva de la democracia industrial, la función político-jurídica que cumple el específico acuerdo de empresa ex art. 51 del ET (en correcta transposición de la Directiva) no es sino el reflejo material negociado de la que representa el preceptivo período de consultas ya analizado: se trata de instrumentos jurídicos encaminados a posibilitar la influencia de los trabajadores, mediatizadamente a través de sus representantes, en las decisiones reorganizativas empresariales. En tal sentido, existe entre la consulta y el acuerdo una interdependencia finalista e inserción en una lógica unitaria tal como se conforma en el sistema normativo. En este caso se facilita dicha implicación abriendo la posibilidad de una gestión concertada del personal en la empresa a través de un instrumento jurídico dotado de fuerza vinculante, lo que implica una cierta limitación de los poderes empresariales y favorece una deseable corresponsabilización de los trabajadores en la gestión del empleo en la empresa. Desde esta perspectiva, estos acuerdos constituyen un intento funcional de *bilateralización* en la gestión de los recursos humanos en la empresa, haciendo posible una cierta substracción del ejercicio de las facultades reorganizativas a la unilateral voluntad del empresario, a través de la fórmula participativa de la consulta-negociación con los representantes de los trabajadores para la adopción de decisiones directivas de la actividad empresarial.

La gestión colectiva de la reestructuración es un procedimiento reflexivo que viene siendo fomentado por la ordenación legal. Los despidos colectivos -y, en general, los despidos por causas económicas o reorganizativas; así como los supuestos suspensivos o modificativos derivados de dichas causas- son materia apta para ser negociada y modalizada colectivamente. Ello viene propiciado por la regulación específica contenida en el art. 51 del ET sobre el período de consultas con vistas a llegar a un acuerdo -en consonancia con las previsiones de la normativa comunitaria-, y de la posibilidad que la negociación colectiva dispone para la regulación de las materias relativas a las relaciones laborales,

derivada de la genérica garantía constitucional al derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) como poder normativo derivado y su desarrollo por el art. 85 del ET para el posible contenido material de la negociación colectiva estatutaria. Es decir, la propia negociación colectiva puede establecer previsiones (procedimentales y sustantivas) en materia de reestructuración y gestión del empleo en la empresa de modo que la consulta-negociación prevista para los despidos colectivos y especialmente el eventual acuerdo que resulte de la misma sea una concreción de tales previsiones ya negociadas.

En la comprensión de esta cuestión puede ser de gran utilidad una utilización matizada y moderada de los postulados de la corriente metodológica conocida como “Derecho reflexivo” (en la elaboración más acabada de Gunther Teubner²¹), que profundiza y enlaza con las clásicas teorías pluralistas en tanto que tiende al desplazamiento-sustitución de la tradicional forma de racionalidad vertical propia del Estado social por formas de “*racionalidad reflexiva*” (horizontal). La complejidad de las relaciones laborales -observada desde la teoría general de los sistemas sociales- muestra especialmente la necesidad de que el Estado no trate tanto de regular directamente las relaciones y los equilibrios de poder, como de proveer las reglas y procedimientos adecuados para que los propios actores sociales puedan autorregular sus relaciones componiendo sus propios intereses. Ciertamente que un presupuesto para el adecuado acogimiento de esta teoría es la necesidad de una relativa igualdad sustancial de los sujetos que autorreferentemente se regulan pues de lo contrario estaremos ante una consolidación del *status quo* que otorga el poder realmente detentado, relegando injustificadamente el papel corrector y equilibrador de los procesos sociales que el Estado contemporáneo tiene constitucionalmente asignado. Pueden perfectamente combinarse los modos de racionalidad legal (vertical) y reflexiva (horizontal), colaborando al servicio de una opción de política del Derecho más flexible, pero también garantista. Es la tesis de la *combinación* o “racionalidad plural” que aquí se mantiene.

La adaptabilidad de la negociación colectiva a las necesidades específicas de la empresa -o del sector productivo- y su potenciada cercanía y flexibilidad a las circunstancias cambiantes en las que desarrolla su actividad, hacen de la misma

²¹ Teubner, G.: *Le droit, un système autopoïétique*, París, Presses Universitaires de France, 1993, espec., págs. 101 y sigs., y 193 y sigs.

un instrumento notablemente apto para la determinación del elemento causal del despido colectivo, favoreciéndose así, mediante la creación de una normativa específica, la adaptación de las empresas a las circunstancias económicas o técnicas del sector. Dada la relativa indeterminación con que aparece configurado legislativamente dicho elemento en la definición de despido colectivo, la negociación colectiva es sede idónea para que los representantes de trabajadores y empresarios delimiten y especifiquen para la concreta organización o sector productivo los supuestos precisos en los que se considera la concurrencia de las causas habilitadoras de la utilización del instituto extintivo colectivo. Esta posibilidad se presenta interesante desde el prisma de la gestión concertada del empleo en las organizaciones productivas, pero también es indudable que dotan a las mismas de un margen mayor de seguridad jurídica de cara a las situaciones empresariales que puedan requerir ajustes de plantilla. Un abstencionismo de los actores sociales en esta cuestión no hará sino reforzar el -ya de por sí excesivo- protagonismo y judicial en nuestro sistema de relaciones laborales.

5. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESPIDO COLECTIVO

En la lógica de procedimentalización de la Directiva se establece que “las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medias sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos” (art. 2.2). Pero no se exige que el despido sea indemnizado, aunque sí se prevé como posibilidad, toda vez que se indica que a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá comunicarles, en cualquier caso, por escrito el método de cálculo de las *posibles* indemnizaciones por despido conforme a las distintas legislaciones o prácticas nacionales (art. 2.3). Y hay que tener en cuenta el carácter mínimo de la Directiva (art. 5).

Como medidas encaminadas a la atenuación de los efectos del despido colectivo y como relativa compensación a los trabajadores afectados por los perjuicios derivados de la pérdida de empleo, en nuestro ordenamiento interno se establece el derecho de los mismos a una indemnización tasada. Este sistema legal de fijación de las indemnizaciones implica la imposibilidad de que «el juez pueda valorar en cada caso los daños y perjuicios ni fijar, por consiguiente, ni superior ni inferior cantidad que la establecida rígidamente por la Ley» (STS 4 de octubre de 1988). Dicha indemnización tasada consiste en veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo

inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades (art. 51.4 del ET; art.14.1 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, que remiten al art. 53.1. b) del ET; el cual debe ponerse, a su vez, en relación con las previsiones del art. 33.8 del mismo cuerpo legal), «salvo que, en virtud de pacto individual o colectivo, se haya fijado una cuantía superior» (STS 21 de enero de 1988). Un elemento adicional de flexibilidad en el régimen indemnizatorio ha venido a introducirse por vía judicial. En la práctica judicial —y como argumento que refuta la falta de flexibilidad en la materia— se han aceptado pactos relativos a las indemnizaciones como las relativas al pago aplazado y al fraccionamiento de abono o a su cálculo, siempre que las indemnizaciones efectivamente percibidas no sean inferiores al mínimo legal, y no exista una situación fraudulenta o abusiva que implique renuncia de derechos con reconocimiento legal. Por otra parte, se ha admitido que las indemnizaciones pactadas en acuerdo colectivo por encima de la mínima legal pueden sujetarse válidamente a condición resolutoria (siempre que la misma no sea contraria a la buena fe, las leyes o el orden público). Entre las condiciones aceptadas se encuentran las cláusulas prevén el retorno, total o parcial, de la indemnización si se pactan prestaciones «más favorables», como la recolocación en otra empresa, dentro o no del mismo grupo. Prestaciones de recolocación que muchas veces se prevén como complementarias —programa de recolocación mediante acceso a una empresa de *outplacement*— (cfr. artículos 8, relativo a las “Medidas sociales de acompañamiento”, y 9, “Plan de recolocación externa”, del RD 1483/2012).

La constatación de la pertenencia de las empresas afectadas por el procedimiento de regulación de empleo a grupos de empresas determina la aparición de reglas especiales, bien legislativas, bien convencionales, bien judiciales. En el primer ámbito, el apartado 8 del art. 51 del ET (que transpone literalmente el art. 2.4 Directiva sobre despidos colectivos) contiene una garantía de efectividad de los derechos de información y de consulta-negociación (ya que ésta puede quedar viciada por una falta o insuficiencia de información sobre la situación del complejo empresarial en que se inserta la empresa en crisis) ante el fenómeno, cada vez más extendido, de los grupos de empresas. El legislador, interno y comunitario, parece estar pensando ante todo en grupos de estructura jerárquica (grupos por subordinación, basada en una posibilidad de influencia dominante más o menos intensa), aunque cabría objetar que la interferencia de una estructura de grupo por coordinación (de estructura paritaria, basado en el principio de coordinación) debiera también determinar una análoga garantía del derecho de información para garantizar un conocimiento sobre la situación real de la empresa en el marco del grupo empresarial. En esta dirección extensiva parece que se orienta la STJCE 29 de marzo de 2001, C-62/99).

Adviértase –como se indicó– que la relevancia del grupo de empresas aparece respecto a la documentación que se ha de aportar en los despidos por causas económicas (art. 4 del RD 1483/2012) y en relación a la recolocación interna de los trabajadores afectados dentro del grupo de empresas del que forme parte la empresa en crisis o en reestructuración (art.8.1.a) del RD 1483/2012).

En todo caso, como se puede comprobar, la dimensión de la organización productiva es especialmente relevante para determinar el concreto régimen jurídico de estas situaciones. Así, debe recordarse que en empresas de menos de veinticinco trabajadores el FOGASA abonará al trabajador una parte de la indemnización en cantidad equivalente a ocho días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año (art. 33.8 del ET, redactado por el art. 19 de la Ley 3/2012, de 6 de julio). La empresa que lleve a cabo un despido colectivo que afecte a más de cincuenta trabajadores deberá ofrecer a los trabajadores afectados un plan de recolocación externa a través de empresas de recolocación autorizadas. Dicho plan deberá incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada al trabajador afectado y búsqueda activa de empleo. En todo caso, lo anterior no será de aplicación en las empresas que se hubieran sometido a un procedimiento concursal. El coste de la elaboración e implantación de dicho plan no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores (art. 51. 10 del ET; art. 9 del RD 1483/2012). Por otra parte, las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el art. 51 del ET, que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente (art. 51.11 del ET).