

PRIMERA PARTE

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: PROCEDIMIENTOS DE DESPIDOS COLECTIVOS

EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UE EN LA REGULACIÓN DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS: SOBRE EL CONCEPTO DE TRABAJADOR, LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES, Y LA INTERVENCIÓN, Y LÍMITES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA LABORAL *

Eduardo Rojo Torrecilla**

Universidad Autónoma de Barcelona¹

SUMARIO: 1. Introducción. –2. El concepto de trabajador. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. Despidos colectivos. Inclusión de altos cargos y de quienes realizan prácticas formativas. Sentencia de 9 de julio de 2015, asunto C-229/14. 2.3. Concepto de trabajador habitualmente empleado el centro de trabajo. Su importancia a los efectos de determinar cuándo existe un despido colectivo. Sentencia de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14. –3. La regulación, y protección, de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. 3.1. El marco normativo específicos de los despidos colectivos y el general sobre la regulación de tales derechos. 3.2. Normativa más general (y no específica de despidos colectivos) sobre derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. 3.3. Jurisprudencia relevante del TJUE sobre la regulación, y protección de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores. 3.3.1. Sentencia de 27 de enero de 2005, asunto C-188/03. 3.3.2. Sentencia de 16 de julio de 2009, asunto C-12/08. 3.3.3. Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C- 44/08. 3.3.4. Sentencia de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados C-235/10 a C-239/10. 3.3.5. Sentencia de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13. –4. Sobre la intervención, y sus límites de la autoridad administrativa laboral. 4.1 Un apunte previo sobre el “Documento FIDE”. 4.2. Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-201/15.

RESUMEN

El artículo estudia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Constitucional sobre la aplicación e interpretación de la Directiva comunitaria sobre despidos colectivos. Son objeto de atención tres ámbitos concretos: en primer lugar, cuál es el concepto de trabajador; en segundo término, cuáles son los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores; por último, cuáles son los límites de la intervención de la autoridad administrativa laboral en la resolución del conflicto.

¹Recibido el 5 de mayo. Aceptado el 20 de junio.

²Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

³ Versión revisada de la Ponencia presentada en la Jornada organizada por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “Extinción del contrato de trabajo y Derecho de la Unión Europea”, Madrid 27 de enero de 2017.

ABSTRACT

The article studies the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union Constitutional on the application and interpretation of the Community Directive on collective dismissals. Three specific areas are examined: first, what is the concept of worker; Secondly, what are the rights of information and consultation of workers' representatives; Finally, what are the limits of the intervention of the labour administrative authority in the resolution of the conflict.

Palabras clave: UE, Tribunal de Justicia, despidos colectivos, trabajadores, autoridad laboral.

Key words: EU, Court of Justice, collective redundancies, workers, labour authority.

1. INTRODUCCIÓN

En los dos últimos años se han dictado seis importantes sentencias por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la regulación comunitaria en materia de despidos colectivos, es decir dando respuestas a cuestiones prejudiciales² planteadas sobre la adecuación de diversos ordenamientos jurídicos nacionales a 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”³.

Algunas de dichas sentencias (de fechas 30 de abril, 13 de mayo (dos), 9 de julio y 11 de noviembre de 2015, y 21 de diciembre de 2016), serán objeto de especial atención en este artículo, ya que se refieren a las cuestiones que deseo abordar: en primer lugar, el concepto de trabajador, por la importancia que tiene para determinar si se alcanza o no el umbral numérico que diferencia las extinciones individuales/plurales, por una parte, y las colectivas por otra; en segundo término, la protección de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores desde el momento en que la parte empresarial decide iniciar la tramitación de un procedimiento de despido colectivo (que en el ordenamiento español, y así ha sido confirmado por el Tribunal Supremo, puede incluir otras medidas como suspensiones contractuales y modificaciones de condiciones de trabajo) hasta la adopción de la decisión, en el bien entendido que la gran mayoría de las sentencias relevantes sobre esta materia dictadas por el TJUE lo habían sido ya con anterioridad; por fin, cuál es el ámbito de intervención de la autoridad administrativa laboral y sus límites, aspecto de no menor relevancia para España ya que la regulación anterior a la reforma laboral de 2012 preveía la obligatoriedad de la aprobación del expediente de regulación de empleo por aquella, y en algunas propuestas de derogación de la

² Vid. las “Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales”, publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea C 439, 25 de noviembre de 2016. El texto, tal como se explica en la introducción, “constituye la actualización de las Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales (DO C 338 de 6.11.2012, p. 1) aprobadas al día siguiente de la entrada en vigor del nuevo Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, que se produjo el 1 de noviembre de 2012. Basándose tanto en la experiencia adquirida al aplicar este Reglamento (1), como en la jurisprudencia más reciente, estas recomendaciones pretenden recordar las características esenciales del procedimiento prejudicial y ofrecer a los órganos jurisdiccionales nacionales que plantean cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia todas las indicaciones prácticas necesarias para que este último pueda pronunciarse útilmente sobre las cuestiones planteadas”. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:439:FULL&from=ES> (última consulta: 25 de enero de 2017).

³ La regulación de la normativa comunitaria, con su incidencia en la normativa española, ha merecido especial atención por la doctrina laboralista española. Vid. Fusté i Miquela, Josep M^a. L'acomiadament col·lectiu: Règim jurídic i drets de participació. Institut d'Estudis Catalans, 2003. Monereo Perez J.L. El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas. Ed. Tirant lo Blanch, 2012.

reforma del gobierno popular se ha defendido la recuperación de dicha autorización, si bien no es del mismo parecer la propuesta recientemente elaborada por un grupo de cualificados expertos, bajo la dirección de la profesora María Emilia Casas Baamonde, conocida como “Documento Fide”, a la que me referiré más adelante al proceder al estudio de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016.

2. EL CONCEPTO DE TRABAJADOR

2.1 Consideraciones generales

Una regla jurídica de primer orden de importancia es que no importa la denominación que las partes otorguen a la relación contractual que formalizan, sino que aquello que tiene relevancia jurídica es su contenido. Me viene ahora al recuerdo un ejemplo de hace muchos años y que ahora cobra vida nuevamente con algunas situaciones jurídicas vividas por personas que trabajan en algunas empresas que se autocalifican de “economía colaborativa”: la polémica suscitada sobre el vínculo contractual de un mensajero con su empresa, que llegó a los tribunales como consecuencia de una reclamación del primero tras un accidente de moto y la imposibilidad posterior de percibir prestaciones de Seguridad Social por haber suscrito un contrato mercantil. El Tribunal Supremo puso las cosas en su sitio y declaró la existencia de una relación jurídica laboral.

En su jurisprudencia sobre qué debe entenderse por trabajador a los efectos del art. 45 del Tratado de funcionamiento de la UE (TFUE), el TJUE ha destacado la amplitud de ese concepto. Recuerdo aquí la sentencia de 31 de mayo de 1989 (asunto C-344/87), en la que el Tribunal manifestó que la noción “debe definirse siguiendo criterios objetivos que caracterizan la relación laboral atendiendo a los derechos y deberes de las personas interesadas; la característica esencial de la relación laboral consiste en que una persona realiza durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de esta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución. Siempre que se trate del ejercicio de actividades reales y efectivas, ni la productividad más o menos alta ni la fuente de los recursos que permiten la retribución pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora”, siendo las excepciones aquellos trabajos voluntarios que no tengan ningún tipo de contraprestación económica y las actividades de escasa entidad que puedan considerarse como marginales o accesorias.

Ha sido el TJUE el que ha ido construyendo, el que ha definido la noción de trabajador a los efectos de la aplicación de la normativa comunitaria, poniendo de manifiesto que a tales efectos no puede interpretarse forma restrictiva, conceptuándolo como toda persona que realiza un trabajo real y efectivo, bajo la dirección de otra persona, y por la que percibe una remuneración. Además, a este respecto “procede recordar que el concepto de trabajador en Derecho comunitario no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate (sentencia de 12 de mayo de 1998, Martínez Sala, C-85/96)”. Según expone en esta sentencia, y a los efectos de la libre circulación de trabajadores, “el concepto de trabajador utilizado en el marco del artículo 48 del Tratado CE y del Reglamento n. 1612/68 no coincide necesariamente con el empleado en el ámbito del artículo 51 del Tratado CE y del Reglamento n. 108/71”, argumentando que “una persona tiene la condición de trabajador en el sentido del Reglamento n. 1408/71 por estar asegurada, aunque sólo sea contra una contingencia, en virtud de un seguro obligatorio o facultativo en el marco de un régimen general o particular de Seguridad Social mencionado en la letra a) del artículo 1 del Reglamento n. 1408/71, y ello con independencia de la existencia de una relación laboral”. Con cita de sentencias anteriores, entre ellas la de 3 de julio de 1986, caso Lawrie-Blum (asunto C-66/85), el TJUE subraya que “Una vez concluida la relación laboral el interesado pierde, en principio, la condición de trabajador, si bien hay que tener en cuenta, por una parte, que esta condición puede producir determinados efectos tras la extinción de la relación laboral y, por otra parte, que una persona que busque realmente un empleo también debe ser considerada trabajador”. Por otra parte, la calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional “no excluye que una persona deba ser calificada de tra-

bajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, si su independencia sólo es ficticia, disimulando así una relación laboral a efectos del mencionado artículo”.

Respecto a las personas que prestan sus servicios para las Administraciones Públicas, y a partir de los criterios jurisprudenciales del TJUE cabe poner de manifiesto que el Tratado comunitario obedece a razones objetivas y no a motivos de índole subjetiva o derivadas de la clase de vínculo que une al trabajador o al funcionario con la Administración. En definitiva, empleo en la función pública, significa desempeño en la Administración Pública, ya sea en régimen laboral o administrativo, de funciones decisorias o cometidos de especial significado por su vinculación o afectación a la soberanía estatal, lo que supone que puede ser trabajador tanto el asalariado como un funcionario o persona ligada contractualmente a la Administración en régimen de Derecho Administrativo. Así lo puso de manifiesto tempranamente el TJUE en la sentencia de 12 de febrero de 1974: “los intereses que la excepción del apartado 4 del artículo 48 del Tratado permiten proteger se ven satisfechos por la posibilidad de limitar la admisión de extranjeros para el desempeño de determinadas actividades en la Administración Pública; dicho precepto no puede justificar la adopción de medidas discriminatorias en materia de retribución y demás condiciones de trabajo en contra de los trabajadores, después de que hayan ingresado en la Administración. A este respecto, es indiferente el carácter de la relación jurídica entre el trabajador y la Administración”.

2.2. Despidos colectivos. Inclusión de altos cargos y de quienes realizan prácticas formativas. Sentencia de 9 de julio de 2015, asunto C-229/14

El TJUE debió pronunciarse sobre una cuestión prejudicial que versaba sobre la Directiva de 1998 de despidos colectivos, y más concretamente sobre qué debía entenderse por trabajador, cuestión sin duda de capital importancia ya que la inclusión de una persona que presta servicios para una empresa dentro de tal concepto es determinante para poder alcanzar los umbrales fijados en el art. 1 para garantizar el ejercicio de los derechos de información y consulta por parte de los representantes de los trabajadores cuando la empresa tiene la obligación de tramitar un procedimiento de despido colectivo. Da respuesta a dicha cuestión en la sentencia dictada por la Sala Primera el 9 de julio de 2015, asunto C-229/14,

La petición de decisión prejudicial fue planteada por un tribunal laboral alemán, girando el conflicto sobre la existencia o no de un despido colectivo y las cuestiones para las que dicho tribunal pidió respuesta del TJUE fueron las siguientes: “1) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión pertinente, especialmente el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59, en el sentido de que se opone a disposiciones legales o a prácticas nacionales que, en el cálculo del número de trabajadores previsto en aquella disposición, no tienen en cuenta a un miembro de la dirección de una sociedad de capital, aunque éste ejerza su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, perciba una retribución por su actividad y él mismo no posea participaciones en la sociedad? 2) ¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión pertinente, especialmente el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59, en el sentido de que obliga, en el cálculo del número de trabajadores previsto en dicha disposición, a contar también como trabajadores a las personas que realizan una actividad práctica en una empresa para adquirir conocimientos o profundizar en éstos o para seguir una formación profesional (“trabajador en prácticas”), que no perciben una retribución del empresario pero disfrutan de una ayuda económica del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad reconocida por este organismo, o bien corresponde a los Estados miembros adoptar disposiciones legales o prácticas nacionales a este respecto?”.

El TJUE procede en primer lugar al recordatorio y análisis de cuál es la normativa europea y estatal aplicable. De la Directiva 98/59/CE hace referencia al art. 1.1, es decir qué se entiende por despido colectivo, los art. 3 y 4 sobre tramitación del mismo, y el art. 5 que permite a los Estados miembros adoptar, permitir o fomentar disposiciones más favorables para los trabajadores. Del ordenamiento alemán se refiere a la Ley de protección contra el despido y los requisitos

que la parte empresarial debe cumplir cuando haya de tramitar un despido colectivo. Es importante destacar que la normativa germana sobre despido excluye de la condición jurídica del trabajador a los efectos de aplicación de dicha normativa a quienes ostenten poderes de dirección, organización y gestión en nombre de la empresa. Más concretamente, la normativa referenciada excluye a “1. En los centros de trabajo de una persona jurídica, los miembros del órgano encargado de la representación legal de la misma; 2. En los centros de trabajo de una entidad sin personalidad jurídica, las personas habilitadas por la ley, los estatutos o el contrato de sociedad para representar a la entidad; 3. Los directores o gerentes de empresa, los responsables de centros de trabajo y cualesquiera otras personas que ocupen puestos de dirección análogos, en la medida en que estén facultados para tomar ellos mismos decisiones relativas a la contratación y al despido de trabajadores”.

También es objeto de atención la ley de sociedades de responsabilidad limitada y en concreto el estatuto del administrador, sus poderes, funciones y competencias, previendo dicha ley que podrán ser cesados en cualquier momento por la sociedad, “sin perjuicio del derecho a una indemnización que pueda resultar de los contratos existentes”, si bien se permite que los Estatutos limiten dicha facultad de cese y requieran de la existencia de causas o motivos graves que justifiquen la decisión societaria.

Del análisis de la normativa aplicable pasamos al litigio concreto, que se plantea a partir de la decisión de una empresa con forma jurídica de sociedad limitada de cerrar sus instalaciones por razones económicas y proceder a la extinción de los contratos de todos sus trabajadores. Uno de los trabajadores despedidos impugnó la decisión empresarial por considerar que debió tramitarse como despido colectivo en cuanto que hubieran debido computarse tres personas que prestaban sus servicios en la empresa y que no fueron considerados por la empresa como trabajadores. El primero, contratado como constructor, era trabajador a todos los efectos, por lo que hubiera debido computarse para el cómputo a efectos de existencia o no de un despido colectivo, con lo que el número de trabajadores computables sin duda jurídica eran de 19 (la normativa alemana se refiere a centros de trabajo de más de 20 y menos de 60 trabajadores, incluyendo en las extinciones otras producidas por decisión empresarial). Por consiguiente, el conflicto jurídico, y que motiva las dos cuestiones prejudiciales, se suscita en primer lugar sobre la condición o no de trabajador de una persona que ejercía funciones de administrador de la sociedad, del que se indica en la sentencia que “no poseía ninguna participación social (de la empresa) y sólo estaba habilitado para representarla conjuntamente con otro administrador”, y en segundo término de si entra una persona que realizaba actividades formativas de reciclaje profesional en la empresa y a la que la Agencia federal de Empleo le abonaba directamente una ayuda económica, cuya cuantía, según se explica en el apartado 22, “equivalía a la totalidad de la retribución que debía abonarse a la Sra. S por su actividad en el marco de su formación”. Si se computaran estas dos personas como trabajadores el número de despedidos sería de 21 y por ello hubiera debido tramitarse un despido colectivo por la empresa.

El tribunal remitente de la cuestión prejudicial se cuestiona si el administrador entra o no dentro del concepto de trabajador, teniendo en cuenta que dispone de poderes de la empresa y que ha formalizado con la misma un contrato de mandato bajo que el presta sus servicios, por lo que “... no constituye, según la jurisprudencia alemana predominante, un contrato de trabajo”, ya que faltaría, o estaría muy debilitada, la nota de dependencia o subordinación; por otra parte, también se plantea si hay relación laboral entre la persona que realiza la actividad formativa y la empresa, ya que formalmente, y a diferencia de lo que ocurre normalmente, no existe contrato de trabajo y la empresa no abona remuneración alguna al trabajador (recordemos que es abonada directamente por la agencia federal de empleo), por lo que si no hay retribución faltaría uno de los presupuestos sustantivos básicos de la relación jurídico laboral.

El litigio tiene a mi parecer interés no sólo desde el análisis general de la interpretación de la normativa europea sino también por su posible aplicación a la normativa española en los supuestos de relaciones laborales especial de altos cargos y de las exclusiones de la Ley del Estatuto de los trabajadores de las personas cuya actividad “... se limite, pura y simplemente, al

mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo". Igualmente, es de interés por la distinción más que borrosa que existe en muchas ocasiones entre prácticas formativas no laborales (que pueden ir acompañadas de ayudas económicas públicas o privadas) y contratación laboral.

¿Cuál es el contenido más relevante de la argumentación jurídica del TJUE para resolver, dar debida respuesta a las dos cuestiones planteadas?

En primer lugar, y acudiendo a reiterada jurisprudencia anterior, el recordatorio de que la normativa europea en materia de despidos colectivos tiene por finalidad "garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión Europea", por lo que el concepto de trabajador "...debe interpretarse de manera autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión".

En segundo término, y también en la misma línea que en anteriores sentencias, el TJUE manifiesta que aquello que caracteriza a una relación laboral, su característica esencial, es "la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución". No importa, pues, que la normativa de un Estado pueda excluir de la noción de trabajador a determinados sujetos que prestan unos determinados servicios para la empresa (en este caso, de administrador); es decir, la naturaleza de la relación laboral en un derecho nacional, en este caso el alemán, "no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho de la Unión". Aquello que debe examinar el TJUE es si la relación jurídica se adecúa o no a los criterios más arriba expuestos, y no cómo es regulada por el ordenamiento jurídico nacional, y por consiguiente habrá que analizar la relación jurídica existente para determinar si existe o no el presupuesto sustantivo de la dependencia o subordinación, adoptando una decisión al respecto "en función del conjunto de hechos y de circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes".

En tercer lugar, el TJUE se remite en este punto a la importante sentencia de 11 de noviembre de 2009 (asunto C-232/09) para recordar su doctrina de que el hecho de que una persona tenga la condición de miembro de un órgano de dirección de una sociedad de capital "no puede excluir por sí solo que esa persona se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad", y que procede examinar "las condiciones en las que ese miembro fue contratado, la naturaleza de las funciones que se le encomendaron, el marco en que se ejercen estas últimas, el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad, así como las circunstancias en que puede ser destituido". La sentencia "Danosa" es de mucha importancia para la resolución del presente litigio, ya que en aquella el TJUE declaró que "un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de «trabajador» en el sentido del Derecho de la Unión".

Del atento examen de la normativa aplicable y del contenido de la relación jurídica entre la sociedad y el administrador que he explicado con anterioridad, el TJUE concluye que los amplios poderes de dirección y gestión que tiene aquel no son obstáculo jurídico para afirmar la existencia de una relación laboral (¿alto cargo en el ordenamiento jurídico español?) ya que sigue existiendo una relación de subordinación, todo lo mitigada que se quiera pero existente al fin y al cabo, con la sociedad para la que presta sus servicios, y de ahí que deba computarse, en cuanto que es trabajador a efectos comunitarios, en el número de extinciones decididas por la empresa para determinar si debe tramitarse o no un procedimiento de despido colectivo.

Que los administradores “altos cargos” tienen especiales garantías en caso de extinción de su contrato, los denominados “blindajes contractuales” con fijación de una indemnización económica muy elevada y muy superior a la de los restantes trabajadores (realidad existente, hasta donde mi conocimiento alcanza, en la mayor parte de los países desarrollados), lleva a la empresa, y también al gobierno estonio, a argumentar que no necesitan la protección que el ordenamiento jurídico, tanto el europeo como el nacional, reconoce a los restantes trabajadores. Curiosa argumentación si se repara en el importante número de pequeñas y medianas empresas donde las diferencias entre el administrador y los restantes trabajadores son limitadas tanto en términos de condiciones laborales como salariales, y también en que dejar fuera de la protección a tales “altos cargos” no sólo les afecta a ellos sino también a los restantes trabajadores de la empresa ya que su cómputo o no puede tener mucha importancia para determinar la existencia, o no, de un despido colectivo. Estas dos argumentaciones, que son las que puede alegar cualquier laboralista con un mínimo conocimiento de la realidad del mundo del trabajo, son también, y me parece muy acertado, las que esgrime el TJUE para rechazar la tesis de la empresa, reafirmando que la no aplicación de la Directiva, y como consecuencia de ello de la normativa nacional, privaría a los restantes trabajadores de los derechos conferidos por aquella y significaría “menoscabar el efecto útil de esta”.

Por consiguiente, y la sentencia me parece de especial interés, insisto, para el ámbito jurídico laboral español, se interpreta el art. 1.1 de la Directiva de tal manera que sería contraria al mismo la exclusión de un miembro de la dirección de una sociedad de capital (el caso objeto del litigio) “que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad”.

B) Abordo ahora con mucha mayor brevedad la respuesta a la segunda cuestión prejudicial, que también merecerá una respuesta del TJUE en términos de considerar contrario al citado precepto de la directiva la exclusión de quienes llevan a cabo en una empresa una actividad formativa, no perciben directamente un salario de la empresa, pero sí se les abona una retribución por parte de un organismo federal laboral que es idéntica a la que percibirían si fueran contratados como trabajadores.

De la argumentación del tribunal es muy importante retener su noción muy amplia de trabajador, de la que sólo queda excluida quienes realicen trabajos esporádicos de muy breve duración, por lo que una prestación laboral de un número reducido de horas y de una remuneración reducida encaja dentro de aquel concepto (repárese en que de no ser así sería muy elevado en la actualidad el número de trabajadores precarios que quedarían excluidos de la protección jurídica). El TJUE reitera su doctrina de que el concepto de trabajador en el Derecho de la UE “comprende también a las personas que desarrollan una actividad en prácticas de carácter preparatorio o períodos de aprendizaje en una profesión, los cuales pueden ser considerados una preparación práctica relacionada con el propio ejercicio de la profesión de que se trate, dado que tales períodos se efectúan en las condiciones de una actividad retribuida real y efectiva, en favor de un empresario y bajo la dirección de éste”, y también que “ni el contexto jurídico de la relación laboral en Derecho nacional en el marco de la cual se realiza una formación profesional o una actividad en prácticas, ni el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado y, en particular, como sucede en este caso, la financiación de ésta mediante subvenciones públicas, pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora”.

¿Qué les parece? ¿Sirve o no esta argumentación para muchas “relaciones formativas” en España y otros países de la UE donde los poderes públicos subvencionan la formación? Mi respuesta es afirmativa, y daría pie sin duda para otro artículo.

2.3. Concepto de trabajador habitualmente empleado el centro de trabajo. Su importancia a los efectos de determinar cuándo existe un despido colectivo. Sentencia de 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14

La sentencia dictada por la Sala Primera del TJUE el 11 de noviembre de 2015, asunto C-422/14, es de especial interés para España en cuanto que afecta directamente a la interpretación, en materia de despidos colectivos, del art. 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (en la actualidad Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre) en relación con el art. 41 (modificación sustancial de condiciones de trabajo que puede llevar aparejada la extinción del contrato de trabajo), 40 (movilidad geográfica como específica modificación sustancial) y 50 (extinción de la relación contractual por decisión del trabajador pero por causa imputable al empleador) y abre un nuevo campo de debate jurídico sobre el cómputo de trabajadores que cesan “por causas no inherentes a su persona”, a los efectos de determinar si debe tramitarse, o no, un procedimiento de despido colectivo. Se trata, además, de una resolución que da respuesta a diversas cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social número 33 de Barcelona.

La sentencia (caso Gestora Clubs Dir SL) encuentra su origen en la demanda interpuesta por un trabajador de dicha empresa con motivo de la extinción de su contrato por causas objetivas, por considerar que hubiera debido tramitarse en el marco de un procedimiento de despido colectivo en atención al número de extinciones, y sus causas, que se habían producido en los distintos centros de trabajo de la empresa tanto en los noventa días anteriores como en el mismo período de tiempo posterior que siguió a la extinción contractual.

El contenido del litigio queda recogido en los apartados 10 a 17 de la sentencia, y tenemos conocimiento del número de trabajadores ocupados (126), de la decisión empresarial de despedir por causas objetivas a diez trabajadores, entre los que se encontraba el demandante (despido llevado a cabo el 17 de septiembre de 2013), las extinciones, y sus causas, producidas en los noventa días anteriores al último despido por causas objetivas (finalización de contratos inferiores a cuatro semanas, bajas voluntarias, despido disciplinario reconocido improcedente, extinción por causa imputable a la empresa), y las producidas en los noventa días posteriores (finalización de contrato inferior a cuatro semanas y bajas voluntarias).

Respecto a las vicisitudes de la extinción de la relación contractual del trabajador demandante es importante reseñar que previamente a la misma la empresa había decidido aplicar el art. 41 de la LET y proceder a una reducción salarial del 25 % de la remuneración fija, y que en trámite de conciliación administrativa la empresa reconoció que tales modificaciones “habían rebasado el alcance de lo dispuesto en el art. 41 del Estatuto de los trabajadores y aceptó una extinción del contrato de trabajo fundada en el art. 50 de esta Ley contra el pago de una indemnización”.

Por el interés que tiene para explicar después la resolución del TJUE, reproduzco la cuestión prejudicial tercera: “¿Comprende el concepto de “extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona del trabajador”, definido en el último párrafo del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59, la extinción contractual acordada entre empresario y trabajador que, aun siendo a iniciativa del trabajador, responde a una previa modificación de condiciones de trabajo a iniciativa del empresario por causa de crisis empresarial y que, finalmente, es indemnizada con un importe equivalente al despido improcedente?”.

El TJUE rechaza en primer lugar la alegación de la parte demandada en la instancia de carecer de justificación la cuestión prejudicial porque tanto la Directiva como la normativa interna serían muy claras y sin contradicciones a los efectos de su interpretación, y haciendo suya la tesis del abogado general en sus conclusiones, admitirá la cuestión porque la interpretación que se solicita del art. 1, apartados 1 y 2 de la Directiva 98/59 es necesaria para la solución del litigio principal, esto es para determinar “si los hechos que lo han originado consisten o no en un despido colectivo a efectos de la citada Directiva”.

En la respuesta del TJUE a la tercera cuestión prejudicial planteada el TJUE procede a la ampliación del concepto de extinción no inherente a la persona del trabajador, aun cuando en los primeros debates en las redes sociales sobre la sentencia se alzaron voces que defendieron que ello ya era así antes de la sentencia, afirmación que matizaría por mi parte en el sentido de que si lo era no se había aún cuestionado ante los tribunales que debiera aplicarse, y ciertamente la sentencia del TJUE es importante en cuanto que las empresas deberán tener en consideración no sólo las extinciones contractuales directas, sino también las “indirectas”, es decir las derivadas de una decisión del trabajador adoptada como consecuencia de una decisión previa empresarial que considera lesiva para sus intereses, en el momento de computar si han de proceder o no a un despido colectivo, y a buen seguro que los representantes de los trabajadores y sus asesores jurídicos harán un exhaustivo recuento de todas las extinciones, y los motivos, producidas durante los noventa días anteriores al despido que se tome en consideración.

La sentencia además, abre un debate sobre el cómputo de todas las extinciones indirectas (art. 41 LET) o sólo las que se produzcan cuando exista un perjuicio especial para el trabajador (art. 50), y soy del parecer que la respuesta dada a la tercera cuestión prejudicial lleva a defender la primera tesis, dado que no hay matización alguna al respecto en el fallo del TJUE sobre la especial lesividad de la decisión empresarial, sino que simplemente se afirma que la Directiva “debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de «despido» utilizado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva”. Sustenta además esta tesis el dato de que las conclusiones del abogado general eran bastante más restrictivas respecto a los supuestos a incluir dentro del concepto de despido, incluyendo según su parecer “el supuesto en que un empresario acuerda unilateralmente una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de un trabajador que no se basa en motivos inherentes a su persona y que ocasiona a éste un notable empeoramiento de su situación, que afecta a elementos esenciales del contrato de trabajo”.

Es cierto, y quizás sea este el argumento que utilicen los defensores de una interpretación de la sentencia restringida, en cuanto se refiere a la ampliación de las causas de extinción contractual por motivos no inherentes a la persona del trabajador a los efectos del cómputo numérico para la superación o no del umbral fijado por la Directiva, que la sentencia se refiere en su apartado 50 a la extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 50 de la LET, es decir sólo cuando la modificación sustanciales en las condiciones de trabajo se produzca sin respetar el art. 41 LET y, además, redundar “en menoscabo de la dignidad del trabajador”, y que en el apartado 52 se refiere al supuesto enjuiciado como una extinción acompañada del abono de una indemnización “calculada del mismo modo que las que se aplican en caso de despido imprevisto”, pero creo que ello sólo responde a que está dando respuesta a esa situación jurídica, pero no excluye en modo alguno cualesquiera otra que puedan quedar incluidas entre los supuestos regulados en el art. 41 (y 40) de la LET y que lleven finalmente aparejada la extinción del contrato por una decisión formalmente voluntaria del trabajador pero que realmente no lo es porque adopta su decisión como consecuencia del perjuicio sufrido (en el caso concreto enjuiciado, la reducción del 25 % de su salario fijo) por la decisión empresarial; por decirlo con las propias palabras de la sentencia (apartado 52), “la reducción de la remuneración fija de la trabajadora en cuestión fue impuesta unilateralmente por el empresario, por razones económicas y de producción, y, al no ser aceptada por la persona afectada, dio lugar a la rescisión del contrato de trabajo”.

Con apoyo en doctrina anterior propia (asuntos C-55/02 y C-187/05), el TJUE manifiesta que el concepto de despido utilizado en la Directiva 98/59 es propio del Derecho de la UE y no puede ser definido mediante remisiones a las legislaciones de los Estados miembros, y que engloba “cualquier extinción no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento”. Estamos en presencia de dos situaciones jurídicas diversas que sin embargo son tomadas ambas en consideración a los efectos del cómputo numérico para proceder o no a la tramitación de un despido colectivo, esto es los despidos tal como han sido definidos con ante-

rioridad y otras extinciones contractuales que encuentran su razón de ser en motivos no inherentes a la persona del trabajador (como por ejemplo, las extinciones de contratos de duración determinada que finalizan antes de la desaparición de la causa que lo justificó, o de la duración pactada). Y en este punto es importante señalar como la Directiva pretende reforzar la protección de los trabajadores ante decisiones empresariales que van a suponer la extinción del vínculo contractual, por lo que, con apoyo de la sentencia dictada en el asunto C-229/14 el TJUE subraya que “no puede darse una interpretación restringida a los conceptos que determinan el ámbito de aplicación de dicha Directiva, incluido el concepto de despido...”.

La sentencia llega a la conclusión antes expuesta por el deseo del TJUE de cumplir con los objetivos perseguidos por la Directiva, ya que no se trata sólo de proteger a los trabajadores sino también de equiparar las cargas económicas que las normas protectoras suponen para las empresas de todos los países de la UE. En efecto, en los considerandos de la Directiva se subraya 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 que la subsistencia de diferencias entre las disposiciones en los Estados miembros “en lo que se refiere a las modalidades y al procedimiento de los despidos colectivos, así como a las medidas capaces de atenuar las consecuencias de estos despidos para los trabajadores” pueden tener “pueden tener una incidencia directa en el funcionamiento del mercado interior”. De tal manera, una interpretación de la Directiva que dejara fuera del concepto de despido supuestos como el que ha sido objeto de atención en el caso ahora enjuiciado “alteraría el ámbito de (su) aplicación... y le privaría así de su plena eficacia...”. Estamos, en definitiva, ante un supuesto jurídico, la extinción del contrato por una formal, que no real, decisión del trabajador, derivada del perjuicio sufrido por la decisión empresarial, que ha de integrarse en el concepto de “otras extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador”, y en tal sentido también se pronuncia con claridad en el abogado general en sus conclusiones, ya que la extinción “fue acordada por el empresario, toda vez que partió de él la iniciativa de modificar las condiciones de trabajo”, y sin tal intervención es razonable pensar “que no se habría llegado a la extinción del contrato”, tratándose además de una decisión adoptada por causas económicas y que por consiguiente, y teniendo en cuenta todos los datos disponibles, “tampoco se basaba, por lo visto, en motivos inherentes a la persona”.

La sentencia del TJUE ha surtido efectos en el ámbito jurídico laboral español no sólo en el propiamente dicho del cómputo del número de trabajadores afectados por las extinciones, directas o indirectas, decididas por la empresa, sino también en el de la protección por desempleo. Ejemplo de ello es la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TS el 18 de mayo de 2016 (RCUD 2919/2014), de la que fue ponente el magistrado Fernando Salinas.

La sentencia del TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede Granada) de 25 de junio de 2014, que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Granada el 10 de diciembre de 2013. La sentencia de instancia estimó la demanda de un trabajador de reconocimiento del derecho a la prestación contributiva por desempleo en los términos que había sido reconocida originariamente por el SPEE en su resolución de 29 de abril de 2013, modificada por la de 26 junio del mismo año en la que se acordó la revocación de la prestación concedida, siendo el motivo de dicha revocación “no haber extinguido el contrato de trabajo al amparo de los arts. 51 y 52 c) del ET”.

El TS fallará a favor de la tesis de la sentencia recurrida, no sin antes reconocer que una interpretación literal del precepto alegado como infringido llevaría a la aceptación de la sentencia de contraste; pero, no aplica dicha literalidad sino que enmarca la decisión adoptada por el trabajador, extintiva al fin y al cabo de su relación contractual con la empresa, “en el contexto de toda una serie de medidas de flexibilidad interna y externa afectantes a una reestructuración empresarial global por causas organizativas y productivas, incluso pactadas. Por lo que en dicho contexto, de identidad de causas y única finalidad de las diversas medidas, es dable interpretar

que la concreta inclusión en unas u otras medidas asumiendo los trabajadores su aplicación incide directamente en el mayor o menor grado en que deban aplicarse las restantes medidas establecidas para lograr el único resultado final pretendido de la viabilidad empresarial, como se detalla con precisión en la sentencia recurrida”, más aún, poniendo en relación el caso planteado con la finalidad del art. 2 de la Ley 27/2009, cual era que el trabajador no viera minorado su derecho a prestación contributiva en caso de extinción por un expediente anterior de suspensión de contratos (hasta un máximo de ciento ochenta días).

La novedad de la doctrina jurisprudencial radica a mi parecer en los apartados 3 y 4 del fundamento de derecho tercero, que no son sino aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2015 respecto a la consideración de la inclusión de las extinciones operadas como consecuencia de una previa modificación sustancial de condiciones de trabajo entre las causas de extinción “no inherentes a la persona del trabajador” a los efectos del cómputo de trabajadores para alcanzar el umbral numérico requerido para iniciar la tramitación de un procedimiento de despido colectivo. En el bien entendido que dicha doctrina del TJUE será ahora acogida para entender que el trabajador que extingue su contrato por la causa de no acogerse a la movilidad geográfica se encuentra en un supuesto de extinción no inherente a su voluntad y que ha de incluirse a efectos legales dentro de las causas de extinción del contrato que permiten acogerse al derecho a percibir el período máximo de prestaciones contributivas por desempleo y sin que se computen los ciento ochenta días “gastados” previamente durante la suspensión del contrato.

En definitiva, el TS desestima el RCU por entender que la extinción contractual del trabajador, producida tras la previa suspensión del contrato por el período de ciento ochenta días, “... se produce no directamente por la resolución administrativa que autorice la extinción sino por no acogerse el trabajador afectado a una medida de modalidad geográfica adoptada por el empresario e incluida en dicho plan de reestructuración empresarial global, concurriendo los demás requisitos legales, al tratarse de una medida equiparable al despido por causas no inherentes a la persona del trabajador”.

3. LA REGULACIÓN, Y PROTECCIÓN, DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

3.1. El marco normativo específicos de los despidos colectivos y el general sobre la regulación de tales derechos

Previamente al estudio de la jurisprudencia comunitaria, procederé a recordar, y explicar, cuál es el marco normativo regulador de los despidos colectivos en la UE y cómo ha evolucionado desde la aprobación de la Directiva de 17 de febrero de 1975, así como también cuál es el marco más general de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en sede comunitaria.

En la Directiva del Consejo, de 17 de febrero de 1975, la sección segunda regulaba el procedimiento de consulta, disponiendo el art. 2 la obligación de consultar a los representantes de los trabajadores, “con vistas a llegar a un acuerdo”, cuando tuviera “la intención de efectuar despidos colectivos”. Las consultas debían versar, “por lo menos”, sobre “las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos, así como de la posibilidad de atenuar sus consecuencias”, y al objeto de que tales consultas se desarrollaran en condiciones que permitieran formular “propuestas constructivas” a los representantes del personal, el empresario quedaba obligado a aportar “cualesquiera informaciones útiles y, en todo caso, mediante comunicación escrita, los motivos del despido, el número de los trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores empleados habitualmente y el período en el que se prevé efectuar los despidos”. A los efectos de la posible intervención de la autoridad laboral (o más exactamente “autoridad pública competente”), el empleador debía enviarle copia de la comunicación remitida a la parte social.

La regulación sufrió importantes cambios por la Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, que posteriormente fueron incorporados al texto codificado, la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998.

En los nuevos considerandos, se efectúa una expresa mención a los apartados 17 y 18 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en la reunión del Consejo Europeo celebrada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, por los Jefes de Estado o de Gobierno de once Estados miembros, en los que se expone que “17. La información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros. ... 18. Esta información, consulta y participación deben llevarse a cabo en tiempo hábil y, en particular, en los siguientes casos: ... con motivo de los procedimientos de despido colectivo”⁴. Al mismo tiempo, se consideró necesario “precisar y completar las disposiciones de la Directiva 75/129/CEE en lo relativo a las obligaciones del empresario en materia de información y de consulta a los representantes de los trabajadores”, garantizar que las obligaciones de los empresarios “se apliquen con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él”, y velar por parte de los Estados para que los representantes de los trabajadores y/o los propios trabajadores “dispongan de procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales para que se respeten las obligaciones establecidas en la Directiva 75/129/CEE”.

La sección segunda altera, pues, su título, que pasa a ser el de “información y consulta”, incluyendo en el apartado 1 la referencia a que la consulta debe efectuarse “en tiempo hábil”, que la atenuación de las consecuencias de los despidos deben enfocarse “mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”, permitiendo a la parte social, sin duda por la complejidad de los asuntos abordados, “recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales”. En fin, concretando mucho más que en el texto original las obligaciones del empleador respecto a la información a facilitar, se dispone que deberá ser, también en tiempo hábil, “toda la pertinente”, y en cualquier caso, y por escrito “i) los motivos del proyecto de despido; ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos; iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente; iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos; v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido; vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales”. La decisión empresarial deberá adoptarse por quien proceda a los despidos, y las obligaciones se aplicarán “con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él”.

3.2. Normativa más general (y no específica de despidos colectivos) sobre derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores⁵

A) Me refiero en primer lugar a la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información

⁴ En el texto original francés se utiliza la expresión “temps utile” para referirse al momento en que debe practicarse la información y consulta. Dicho concepto de “tiempo o efecto útil” ha sido acuñado por el TJUE para subrayar la importancia de que la intervención de quien tenga derecho a hacerlo en el ámbito laboral se efectúe de forma que no esté vacía de contenido. En su sentencia de 8 de junio de 1994 (asunto C-382/92) el TJUE consideró no conforme a la Directiva de 1975 una norma que no previera la consulta con los representantes de los trabajadores con el fin de llegar a un acuerdo, y que no precisara que las consultas debían versar por lo menos sobre “las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos, así como de las posibilidades de atenuar las consecuencias”. Rojo Torrecilla E. “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta”. Temas Laborales núm.59/01, págs. 39-63.

⁵ Vid un muy amplio y detallado estudio en Molero M^a L. y Valdés F. “Los derechos de información y consulta en las reestructuraciones de empresa”. Madrid, 2013 http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/descargas/Es-

y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, disponiendo su art. 1 que establece “un marco mínimo”, que las modalidades prácticas de información y de consulta se determinarán y aplicarán “conforme a la legislación nacional y las prácticas de las relaciones laborales en cada Estado miembro de modo que se garantice su eficacia”, y que ambas partes “trabajarán con espíritu de cooperación en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa o centro de trabajo como los de los trabajadores”. Las definiciones se contienen en el art. 2, si bien de forma extraordinariamente esquemática, entendiéndose por información “la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo”, y por consulta “el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario”. A principios de 2015 la Comisión Europea consultó a los agentes sociales sobre la conveniencia de fusionar en un solo texto, que incluyera una regulación más homogénea de los derechos de información y consulta, las directivas referidas al marco general relativo a la información y la consulta de los trabajadores, los despidos colectivos y los traspasos de empresas, sin que hasta el presente se haya adoptado decisión alguna al respecto.

B) De forma mucho más amplia, las definiciones de información y consulta son abordados en la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que ha codificado la normativa originaria y las modificaciones producidas con posterioridad.

El art. 2 define como información “la transmisión de datos por el empleador a los representantes de los trabajadores para que estos puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo; la información se efectuará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores realizar una evaluación pormenorizada del posible impacto y, en su caso, preparar las consultas con el órgano competente de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria”, y como consulta “la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado, en un momento, de una manera y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información facilitada sobre las medidas propuestas acerca de las cuales se realiza la consulta y sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección, y en un plazo razonable, que pueda ser tenida en cuenta en la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria”⁶.

tudio_Derechos_Informacion_Consulta_CCNCC_2013.pdf (última consulta: 23 de enero de 2017). Tal como se explica en la introducción, el estudio pretende efectuar “un análisis integral e integrador de los derechos de información y consulta en relación con el conjunto de medidas legales de reestructuración empresarial”, y de que se pretende llevar a cabo una doble lectura del art. 64 de la LET con los preceptos concordantes: “de una lado, una interpretación sistemática en lugar de aislada”, y de otro, una inteligencia garantista, en línea de coherencia con el efecto útil querido por las normas comunitarias” (págs. 7-8).

⁶ EL TJUE tiene pendiente de resolución una cuestión prejudicial cuyo resultado puede afectar no sólo a la normativa alemana, ya que la cuestión ha sido planteada por el Kammergericht Berlin, sino también cuestionar seriamente los mecanismos de participación de los trabajadores y los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, y cuyo planteamiento ante el TJUE ha sido criticado muy duramente por los sindicatos alemanes por las posibilidades que daría a las empresas, en caso de decidir que vulnera los arts. 18 y 45 TFUE, de no respetar las obligaciones en materia de información, consulta, y más en general de participación del personal. La cuestión prejudicial es la siguiente: “¿Es compatible con el artículo 18 TFUE (principio de no discriminación) y con el artículo 45 TFUE (libre circulación de trabajadores) que un Estado miembro sólo conceda el derecho de sufragio activo y pasivo para la elección de los representantes de los trabajadores en el órgano supervisor de una empresa a los trabajadores que estén empleados en los centros de la empresa o de las empresas del grupo situados en el interior del país?” En la vista oral preliminar, celebrada el 24 de enero, la Comisión Europea ha defendido que la normativa alemana sobre cogestión es compatible con el Derecho de la UE (“Employee participation is an important public policy objective and any possible restriction on the free movement of workers

C) En el ordenamiento jurídico español, la Directiva de 2002 fue incorporada en virtud de las modificaciones efectuadas en la LET por la Ley 38/2007 de 16 de noviembre. La norma procede a adaptar los artículos 4.1 g), regulador de los derechos básicos de los trabajadores, 64, que atribuye competencias al Comité de Empresa (y por derivación igualmente a los delegados de personal), y 65, que concreta la obligación de sigilo profesional de los representantes de los trabajadores en determinados supuestos.

La reforma de la LET incorpora de forma prácticamente idéntica el texto comunitario en los artículos 64 y 65, además de ampliar la dicción del artículo 4.1 g) y reconocer como derechos básicos laborales de los trabajadores no sólo el de participación en la empresa sino también los de información y consulta. Además, la reforma aprovecha la oportunidad para proceder a una mejor redacción y ordenación técnica del precepto, así como también, a mi parecer, a ampliar las competencias de los representantes unitarios de los trabajadores. En tal sentido, debe destacarse el reconocimiento del derecho a la información sobre las actuaciones medioambientales que tengan incidencia en el empleo y el deber de los representantes de colaborar con la dirección de la empresa para conseguir la sostenibilidad medioambiental si así está pactado en convenio colectivo (referencias que, dicho sea incidentalmente, demuestran la interrelación cada vez más relevante que existe entre la normativa laboral, los derechos de los trabajadores y la protección del medio ambiente), y de manera especial sobre la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, así como también el reconocimiento del deber de la parte trabajadora de colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación. Por otra parte, y en materia de empleo, el nuevo artículo 64.5 dispone que la representación del personal tendrá derecho a ser informada y consultada “sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa... y sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo sobre el empleo.

La información facilitada estará sometida al deber de confidencialidad por parte de los representantes de los trabajadores y de sus expertos, permitiéndose además (art. 6.2) no facilitar información y no realizar consultas cuando tales medidas pudieran “según criterios objetivos, crear graves obstáculos al funcionamiento de la empresa o perjudicarla”. El nuevo artículo 65 de la LET incorpora la Directiva comunitaria en este punto, si bien concreta y matiza que el sigilo deberá practicarse de la información facilitada con carácter reservado “en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo”, y también incorpora la excepción por parte empresarial de la obligación de informar a la representación del personal, a salvo en cualquier caso, de los datos relacionados con el volumen de empleo en la empresa, cuando se trate de “informaciones específicas relacionadas con secretos industriales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica”. En el supuesto de suscitarse conflicto sobre el respeto del deber de sigilo, o bien sobre la actuación empresarial de no facilitar determinada información, la Ley 38/2007 aprovecha la oportunidad para proceder a la modificación de la Ley de Procedimiento Laboral e incorporar estos litigios en el ámbito del proceso de conflictos colectivos, de acuerdo con el nuevo texto del artículo 151 apartado 3.

resulting from such rules can be justified by the need to safeguard systems of employee participation and their social objective. As a result, the Commission considers that the German rules as they stand can be considered compatible with EU law.”). http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-141_en.htm (última consulta: 26 de enero de 2017). En las conclusiones presentadas por el abogado general el 4 de mayo de 2017 se postula que el TJUE responda en estos términos: “Los artículos 18 TFUE y 45 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa, como la considerada en el litigio principal, que establece que sólo los trabajadores empleados en los centros de una sociedad o en las sociedades del grupo situados en el territorio nacional tienen derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de los representantes de los trabajadores en el consejo de supervisión de esa sociedad”. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190334&pageIindex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=566413> (última consulta: 4 de mayo de 2017).

Los Estados miembros deberán adoptar las medidas legales adecuadas para garantizar la protección de los representantes de los trabajadores durante el ejercicio de sus funciones, así como que puedan llevarlas a cabo de forma adecuada y eficaz. Esa protección ya está recogida en la normativa española, en concreto en el Art. 68 de la LET.

Por fin, la no producción de efectos jurídicos de determinadas decisiones empresariales mientras no se cumplan las previsiones de la normativa podrá producirse cuando se cometa una infracción por parte empresarial, consistente en el incumplimiento de las obligaciones previstas en la Directiva en materia de información y consulta, correspondiendo a cada Estado la adopción de las medidas adecuadas. A mi parecer, hay un punto débil en la normativa comunitaria, el que acabo de exponer, porque se deja a cada Estado miembro la elección de las sanciones a imponer en caso de incumplimientos de las reglas de la Directiva, disponiéndose que tales sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias, pero no se establece de forma clara y terminante la nulidad de las decisiones adoptadas con vulneración de la normativa.

3.3. Jurisprudencia relevante del TJUE sobre la regulación, y protección de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores

3.3.1. Sentencia de 27 de enero de 2005, asunto C-188/03

Se trata de un conflicto laboral producido en Alemania, siendo planteadas estas dos cuestiones prejudiciales por el Arbeitsgericht Berlin:

«1) La Directiva [...], ¿debe interpretarse en el sentido de que por “despido” [“Entlassung”] en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra a), de dicha Directiva debe entenderse la comunicación de extinción del contrato de trabajo [“Kündigung”] como el primer acto destinado a la cesación de la relación laboral, o significa “despido” [“Entlassung”] la cesación de la relación laboral que se produce al expirar el plazo de preaviso?

2) En caso de que por “despido” [“Entlassung”] deba entenderse la comunicación de la extinción del contrato de trabajo, ¿exige la Directiva que tanto el procedimiento de consulta con arreglo al artículo 2 de la Directiva como el procedimiento de notificación con arreglo a los artículos 3 y 4 de la Directiva se hayan completado antes de enviar la comunicación de extinción de los contratos de trabajo [“Kündigung”]?»

Nos interesa conocer la respuesta que ofrece el TJUE a la segunda cuestión planteada, consistente en síntesis en saber si puede procederse a los despidos antes de la finalización del período de consultas, y sobre los requisitos de los procedimientos de notificación. La respuesta va a ser negativa en atención a los términos en que está redactado el art. 2 de la Directiva, que impone “una obligación de negociación”, quedando el efecto útil de la misma amenazado (yo más bien diría desprovisto de cualquier valor) “si el empresario tuviese el derecho de extinguir los contratos de trabajo durante el procedimiento, o incluso desde su inicio”, en cuanto que para los representantes de los trabajadores “sería bastante más difícil obtener la retirada de una decisión adoptada que una renuncia a un proyecto de decisión”. En definitiva, la extinción del contrato de trabajo “sólo puede efectuarse, por lo tanto, con posterioridad a la clausura del procedimiento de consulta”, y obviamente siempre y cuando el empleador haya respetado las obligaciones de facilitar la información indicada en el citado precepto. Respecto al plazo de notificación a la autoridad laboral, deberá ser, como mínimo, de treinta días después de la notificación, siendo tal período necesario para que dicha autoridad pueda “buscar soluciones”, si bien se permite a los Estados miembros proceder a su reducción o ampliación.

3.3.2. Sentencia de 16 de julio de 2009, asunto C-12/08

Las cuatro cuestiones prejudiciales fueron planteadas por la Cour du Travail de la ciudad belga de Lieja, siendo especialmente relevante al objeto de mi explicación la cuarta, que reproduzco a continuación.

4) a) El artículo 2 de la Directiva 98/59 [...], en particular sus apartados 1, 2 y 3, ¿debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como el artículo 66, [apartado] 1, de la Ley [de 1998], conforme a la cual el empresario que se proponga atenerse a las obligaciones que le incumben en el marco de un despido colectivo únicamente está obligado a aportar la prueba de que ha cumplido los requisitos siguientes [...]:

1° haber presentado al consejo de empresa o, en defecto de éste, a la delegación sindical o, en defecto de ésta, a los trabajadores un informe escrito en el que conste su intención de proceder a un despido colectivo;

2° demostrar que, en relación con la intención de proceder a un despido colectivo, se ha celebrado una reunión del consejo de empresa o, en defecto de éste, que el empresario se ha reunido con la delegación sindical o, en defecto de ésta, con los trabajadores;

3° haber permitido que los representantes del personal en el consejo de empresa o, en defecto de éste, los miembros de la delegación sindical o, en defecto de ésta, los trabajadores formulen preguntas acerca del despido colectivo proyectado y presenten observaciones o contrapropuestas al respecto;

4° haber examinado las preguntas, observaciones y contrapropuestas a los que se refiere el punto 3 y haber respondido a los mismos?

b) ¿Debe interpretarse la misma disposición [de la Directiva nº 98/59] en el sentido de que se opone a una disposición nacional, como el artículo 67, párrafo segundo, de la Ley [de 1998], que establece que el trabajador despedido sólo puede impugnar la regularidad del procedimiento de información y de consulta basándose en que el empresario no cumplió los requisitos previstos en el artículo 66, [apartado] 1, párrafo segundo, a los que se refiere la letra [a)] de la presente cuestión?”.

El TJUE subraya en primer lugar que “resulta del tenor y de la lógica interna de la Directiva 98/59 que el derecho de información y de consulta que regula está destinado a los representantes de los trabajadores, y no a los trabajadores a título individual”; en segundo término, que la naturaleza colectiva del derecho de información y de consulta “se desprende también de una interpretación teleológica de la Directiva 98/59”, ya que “en la medida en que con la información y la consulta previstas en dicha Directiva se pretende, en particular, que sea posible, por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente, los representantes de los trabajadores se encuentran en la mejor situación para alcanzar el objetivo perseguido por la referida Directiva”. La misma tesis ya había sido defendida con ocasión de la interpretación de la versión originaria de la Directiva.

Por todo ello, el TJUE concluye que “es preciso declarar que el derecho de información y de consulta previsto en la Directiva 98/59, en particular en su artículo 2, está concebido en beneficio de los trabajadores como colectivo y tiene pues una naturaleza colectiva”, y que “... sin perjuicio de las vías de recurso de Derecho interno previstas para garantizar la protección de los derechos individuales de los trabajadores en caso de despido improcedente”, no cabe sostener válidamente “... que la protección de los trabajadores quede restringida o que la Directiva 98/59 se vea privada de eficacia por el hecho de que, en el marco de los procedimientos a través de los cuales los trabajadores que actúan a título individual pueden exigir el control del cumplimiento de las obligaciones de información y de consulta establecidas en dicha Directiva, las imputaciones que estos trabajadores pueden formular estén limitadas o su derecho a ejercer una acción esté supeditado a la notificación previa de objeciones por los representantes de los trabajadores y a la comunicación previa al empresario, por el trabajador afectado, de que impugna la regularidad del procedimiento de información y de consulta”.

3.3.3. Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C- 44/08

Las cuestiones prejudiciales fueron planteadas por el Korkein Oikeus (Finlandia), siendo las siguientes:

“1) El artículo 2, apartado 1, 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, debe interpretarse en el sentido de que la adopción, dentro de un grupo de empresas, de decisiones estratégicas o de cambios de actividades que obliguen al empresario a examinar o a proyectar despidos colectivos genera para dicho empresario la obligación de llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores.

2) El nacimiento de la obligación del empresario de iniciar consultas sobre los despidos colectivos previstos no depende de que éste pueda proporcionar ya a los representantes de los trabajadores toda la información exigida en el artículo 2, apartado 3, párrafo primero, letra b), de la Directiva 98/59.

3) El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59, en relación con el artículo 2, apartado 4, párrafo primero, de esta misma Directiva, debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de un grupo de empresas formado por una sociedad matriz y una o varias filiales, la obligación de llevar a cabo consultas con los representantes de los trabajadores sólo nace, para la filial que tiene la condición de empresario, cuando se identifica dicha filial, en la que pueden realizarse los despidos colectivos.

4) El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 98/59, en relación con su artículo 2, apartado 4, debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de un grupo de empresas, el procedimiento de consulta debe haber sido concluido por la filial afectada por los despidos colectivos antes de que la citada filial, en su caso siguiendo instrucciones directas de su sociedad matriz, extinga los contratos de los trabajadores afectados por dichos despidos”.

De dicha sentencia me interesa retener, a los efectos de la explicación actual, las siguientes manifestaciones: en primer lugar, que “como se desprende del tenor de los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 98/59, las obligaciones de consulta y notificación que recaen sobre el empresario nacen “con anterioridad a una decisión de éste de extinguir los contratos de trabajo”, por lo que la obligación de llevar a cabo la consulta “debe iniciarse por el empresario en el momento en el que se ha adoptado una decisión estratégica o empresarial que le obligue a examinar o proyectar despidos colectivos”; en segundo término (y repárese en la importancia que esta tesis tiene para valorar cómo se haya desarrollado el período de consultas) que la información a entregar a la parte trabajadora “puede comunicarse durante las consultas, y no necesariamente en el momento de inicio de éstas”, por lo que el inicio de las consultas no puede depender de que la parte empresarial “pueda proporcionar ya a los representantes de los trabajadores toda la información mencionada en el artículo 2, apartado 3, párrafo primero, letra b), de la Directiva 98/59”, siendo además importante subrayar que para el TJUE la obligación empresarial es la de facilitar una información que permita participar en el período de consultas a la parte trabajadora de la manera “más completa y efectivamente posible”, lo que incluye la obligación de “proporcionar hasta el último momento de la consulta cualquier nueva información pertinente”.

Por otra parte, y en interpretación de los apartados 1 y 4 del art. 2 de la Directiva, no importa quien tome la decisión de proceder a los despidos, ya sea la empresa en la que prestan sus servicios los trabajadores afectados o la sociedad matriz si la hubiera, ya que “es siempre la primera la que está obligada, como empresaria, a llevar a cabo consultas con los representantes de sus trabajadores”, y por consiguiente, cuando la sociedad matriz de un grupo de empresas decide que se va a proceder a despidos en alguna o algunas de sus empresas filiales, la obligación de llevar a cabo el período de consultas “sólo nace, para la filial que tiene la condición de empresario, cuando se identifica dicha filiar en la que pueden realizarse los despidos colec-

tivos”, no pudiendo llevarse a cabo las extinciones contractuales hasta que haya concluido el periodo negociador, en el que deberán haberse respetado estrictamente las obligaciones de información y consulta con los representantes de los trabajadores reguladas en el art 2 de la Directiva.

3.3.4 Sentencia de 3 de marzo de 2011, asuntos acumulados C 235/10 a C 239/10

Las cuestiones prejudiciales fueron planteadas por la Cour de Cassation de Luxemburgo, siendo las siguientes:

“1) ¿Deben interpretarse los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 98/59 [...] en el sentido de que se aplican a un cese de actividades como consecuencia de la declaración de quiebra del empresario o de una decisión judicial que ordena la disolución y la liquidación del establecimiento de crédito empresario por insolvencia sobre la base del artículo 61, apartado 1, letras a) y b) de la Ley [...] de 5 de abril de 1993 relativa al sector financiero [en su versión modificada por la Ley de 19 de marzo de 2004], ceses para los que la ley nacional prevé la resolución del contrato de trabajo con efectos inmediatos?

2) En caso de respuesta afirmativa a esta cuestión, ¿deben interpretarse los artículos 1, 2 y 3 de la Directiva 98/59 en el sentido de que el administrador concursal o el liquidador debe asimilarse a un empresario que haya previsto despidos colectivos y que pueda llevar a cabo, con esta finalidad, los actos a que se refieren los artículos 2 y 3 de [dicha] Directiva y efectuar los despidos (sentencia de 10 de diciembre de 2009, Rodríguez Mayor y otros, C-323/08, Rec. p. I-11621, apartados 39, 40 y 41)?”.

Me interesa referirme a la respuesta dada a la segunda cuestión, ya que se cuestiona si las obligaciones impuestas por los arts. 2 y 3 de la Directiva de 1998 deben corresponder a un administrador concursal o liquidador de una empresa, por asimilarlo al empresario a tales efectos, y la respuesta va a ser positiva. Señala el TJUE que “... aun cuando la legislación nacional disponga la resolución con efectos inmediatos de los contratos de trabajo en caso de cese de las actividades de un establecimiento declarado por una decisión judicial que ordena su disolución y su liquidación por insolvencia, dicho despido colectivo está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59”, y que si bien “en caso de insolvencia, la personalidad jurídica del establecimiento cuya disolución y liquidación se ordenan mediante decisión judicial sólo existe con fines limitados, concretamente para cubrir las necesidades de dicho procedimiento y hasta que se publiquen las cuentas del cierre de las operaciones de liquidación”, ello no obsta a que “hasta la fecha en que se produzca la extinción definitiva de su personalidad jurídica, dicho establecimiento está obligado a cumplir las obligaciones previstas en los artículos 2 y 3 de la Directiva 98/59 que incumben al empresario”.

Pues bien, si la dirección del establecimiento en cuestión sigue ocupando su lugar, aun con poderes limitados en lo concerniente a la gestión de dicho establecimiento, “debe cumplir las obligaciones que incumben al empresario en virtud de los artículos 2 y 3 de la Directiva 98/59”, mientras que si un liquidador asume la gestión de aquel, será a quien “le corresponderá cumplir las obligaciones derivadas de la Directiva 98/59”. En el hipotético supuesto de que no estuviera previsto que ninguna persona se encargara de las obligaciones derivadas de la Directiva 98/59, “el juez nacional deberá interpretar el Derecho nacional, en la medida de lo posible, a la luz del texto y de los objetivos de la Directiva 98/59, de modo que se respeten y cumplan las obligaciones establecidas en sus artículos 2 y 3”.

3.3.5. Sentencia de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13

Sólo formulo una breve anotación en relación con la sentencia dictada en el asunto Andrés Rabal Cañas contra Nexea Gestión Documental SA y Fondo de Garantía salarial, consecuencia de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona, ya que su contenido es objeto de detallada atención en otra intervención en la Jornada.

El núcleo duro de la sentencia, a mi parecer, es que no rechaza que el legislador nacional pueda utilizar el cómputo de trabajadores despedidos a escala de la empresa cuando esta tenga varios centros de trabajo ("entidades"). Aquello que sí declara con firmeza es que cabrán las dos posibilidades, en función de cual pueda resultar más favorable, en términos de garantizar el procedimiento de información y consulta previsto en los arts. 2 y 4 de la Directiva (que en España se encuentran recogidos en el art. 51 de la LET y en el RD 143/2012 de 29 de octubre), con lo que el centro del debate, que corresponderá delimitar al órgano jurisdiccional nacional cuando se plantee un litigio en estos términos, debe girar alrededor del mayor o menor grado de protección de los trabajadores. En síntesis, y por decirlo con las propias palabras de la sentencia, la sustitución del término "centro de trabajo" por el de "empresa", tal como ocurre en la normativa española y en la interpretación del TS (hasta su sentencia de 17 de octubre de 2016 ⁷), 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»".

Tras esta sentencia, cabe preguntarse cómo debe solicitarse la información debida por la parte empresarial. ¿Se debe acotar solamente el ámbito del centro de trabajo? ¿O se debe seguir exigiendo la información y requisitos de toda la empresa en el proceso de consulta?". Mi respuesta, es que debe garantizarse que el período de consultas se desarrolle en tiempo y forma útil, y para ello deberá ser necesario disponer por la parte trabajadora de toda la información, que estará obligada la empresa a entregar, que sea "trascendente" para desarrollar la negociación en tiempo y forma útil, y desde luego no alcanzo a ver cómo puede garantizarse la utilidad del período de consultas si sólo se dispone de la información y documentación de un centro de trabajo y no del conjunto de la empresa, a salvo, y sigo reflexionando en voz alta, de la especificidad del centro que permita diferenciar su actividad de la del resto de la empresa, o de las características concretas y particulares de litigio.

Corolario de todo lo anterior es la obligación que se impone al empleador de garantizar en tiempo y forma útil los derechos de información y consulta en todo aquello que afecte, en cualquier caso, al centro o centros de trabajo afectados por los despidos, debiendo remitir dicha información a los representantes de los trabajadores en los términos que disponga la normativa nacional aplicable (su concreción en España se encuentra en el art. 41.4 de la LET, al que se remite el art. 51). Es decir, el empleador debe, esencialmente, cumplir con la obligación de "consultar en tiempo hábil a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo", debiendo las consultas versar, como mínimo "sobre las posibilidades de evitar o reducir los des-

⁷ Sobre dicha sentencia vid. Martínez Moreno C. "Solución salomónica del Tribunal Supremo a propósito de la Doctrina Rabal Cañas. Comentario a la STS de 17 de octubre de 2016 (Rec. 36/16)". Actum Social, Actualidad Mementos, Ed. Francis Lefebvre, nº 116, actualidad octubre 2016. La autora, a quien agradezco la remisión del artículo, dedica también una amplia reflexión a la normativa comunitaria en relación con la reforma laboral interna de 2012, y se manifiesta, con abundantes citas de sentencias del TS, en estos términos: "Cuanto dijeron los tribunales españoles a partir de ese momento no tuvo más remedio que girar en torno a la Directiva 98/59, cuyo nudo gordiano lo constituyen precisamente los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, que en el despido alcanzan su máxima expresión. Como prueba que el art.12.4 de la Directiva 2009/38, sobre comité de empresa europeo, proclame su especificidad, al dejarlos fuera de su radio de acción. Y de este modo, ingredientes o elementos del procedimiento como la consideración de las consultas como un verdadero proceso de negociación, que ha de ser "efectiva e informada" y desarrollarse bajo los auspicios de la buena fe; la conformación del órgano de interlocución, de acuerdo a su vez con el propio ámbito de la medida; las obligaciones informativas y documentales exigibles a la empresa; la precisión de los criterios de selección de los afectados; o la duración misma de las consultas, incluso la propia intervención auxiliar y de apoyo de la Administración Laboral, se orientan al logro del denominado "efecto útil" de las mismas; y en esa clave instrumental y finalista han de ser interpretadas. Sin perder por ello de vista su conexión con el fondo, con la concurrencia de las causas invocadas por la empresa".

pidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”.

¿Dónde se garantiza mejor, para los trabajadores, el cumplimiento de tales obligaciones, en un centro de trabajo o en la empresa? La sentencia deja la puerta abierta a ambas posibilidades, que también vendrán muy condicionadas por la existencia o no de representantes legales de los trabajadores (en el bien entendido que la inexistencia tampoco cierra la posibilidad de negociar los despidos en el ámbito del centro de trabajo, por la posibilidad de nombrar una comisión ad hoc que represente al personal, o bien de aceptar que sean representados por los representantes que haya en otros centros), y que aquello que no permite la Directiva, aquello a lo que se opone según el TJUE, es a una interpretación del artículo 1, apartado 1, a) que introduzca como único criterio de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando, y esto es lo verdaderamente importante a mi parecer, “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”.

4. SOBRE LA INTERVENCIÓN, Y SUS LÍMITES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA LABORAL

4.1 Un apunte previo sobre el “Documento FIDE”⁸

Me refiero en primer lugar al Documento FIDE, presentado el 1 de diciembre de 2016 y que lleva por título “Documento de Conclusiones alcanzadas por el Grupo Fide, sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”⁹.

La importancia dada a la adecuación de la normativa interna sobre regulación de los despidos objetivos, individuales y colectivos a la europea (Directiva 98/59/CE del Consejo de 20 de julio de 1998) se pone claramente de manifiesto en el documento, concretamente en el bloque de conclusiones relativas al despido, siendo muchas de ellas resultado de los debates habidos, tanto en el seno del grupo como en la doctrina laboralista, sobre recientes sentencias del TJUE del año 2015, alguna de ellas (casos Rabal Cañas y Martínez Pujante) dedicadas concretamente a la adecuación de la normativa española a la Directiva comunitaria, y también de decisiones judiciales ya adoptadas al respecto.

Por ejemplo, si nos fijamos en la conclusión 38, comprobamos que la aceptación de la extinción del contrato por decisión del trabajador, pero derivada de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, considerada por el TJUE como una extinción no inherente a la persona del trabajador, ha tenido indudable impacto en los trabajos del grupo, que llaman a una regulación en la que se lleve a cabo una nueva ordenación de las causas del despido objetivo individual “que atienda a la división del Derecho de la Unión Europea entre causas inherentes y no inherentes a la persona del trabajador”, modificación que debe implicar también la adopción de un marco normativo apropiado “con el procedimiento de su acreditación”.

Igualmente, la llamada a un reforma normativa que tome en consideración la jurisprudencia del TJUE sobre las unidades de cálculo de los umbrales numéricos en materia de despidos colectivos, y abriendo el abanico de posibilidades, al efecto de que, guardando relación esta pro-

⁸ http://www.fidefundacion.es/Publicadas-las-Conclusiones-alcanzadas-por-el-Grupo-Fide-Por-un-nuevo-marco-legislativo-laboral_a423.html (última consulta: 20 de enero de 2017).

⁹ Para un análisis detallado, remito a mi artículo “Documento FIDE “Por un nuevo marco legal legislativo laboral. Análisis de un texto de obligada lectura y atención”. Derecho de las Relaciones Laborales núm. 11, diciembre 2016, págs. 1078-1089.

puesta con la petición anteriormente expresada de regulación del grupo de empresas a efectos laborales, para que la empresa o el grupo, según proceda, pueda considerarse “el ámbito propio de la negociación de los convenios colectivos”.

En los mismos términos que en las conclusiones relativas a las medidas de flexibilidad interna, se insiste en la participación como sujetos negociadores de las representaciones sindicales, otorgándoles, como ya ocurre a efectos de negociación de un convenio colectivo estatutario de empresa, un reconocimiento legal de “legitimación prioritaria”. Y también, como novedad que equipare la regulación a la de los acuerdos alcanzados en la negociación de medidas de flexibilidad interna, del reconocimiento de que el acuerdo alcanzado implicará la “eficacia presuntiva de las causas del despido y de su correspondencia con las medidas acordadas”, de tal manera que se restringiría considerablemente las posibilidades de su impugnación en sede judicial, algo que por otra parte ya ocurre en la actualidad en cuanto que los tribunales otorgan un valor relevante al hecho de que los acuerdos suscritos en el período de consultas del procedimiento negociador lo hayan sido por un porcentaje significativo del total de los miembros de la comisión por la parte trabajadora, sin olvidar que también conceden importancia, adicionalmente, al porcentaje de votantes, en asamblea, que hayan dado el visto bueno al preacuerdo.

Sobre las cuestiones abordadas más concretamente en este artículo, la ya expuesta de los derechos de información y consulta, y la que expondré a continuación sobre la intervención de la autoridad laboral, el documento tienes unas conclusiones claras al respecto: sobre la primera, se dice que “a efectos de sustanciar adecuadamente los derechos de información y consulta de los trabajadores, deben ser precisadas las obligaciones de información y documentación que han de cumplir y entregar las empresas, así como la duración de los periodos de consultas, para, de un lado, proporcionar información precisa a los representantes de los trabajadores y, de otro, seguridad jurídica a las empresas”. En relación con la segunda, se afirma tajantemente que “La recuperación de la autorización administrativa no constituye una alternativa al sistema de control judicial de las causas de los despidos colectivos”, si bien inmediatamente a continuación se añade que “No obstante, las Administraciones laborales han de desempeñar un papel más activo en el procedimiento de despido colectivo, asesorando a las partes y facilitando la corrección de su tramitación, el traslado de información suficiente a los representantes sindicales, tratando de evitar nulidades formales de los despidos”. Es justamente sobre la conformidad a la normativa comunitaria de la autorización administrativa para poder llevar a cabo los despidos colectivos, existente aún en la normativa griega, sobre la que se ha pronunciado muy recientemente el TJUE y a cuya sentencia de 21 de diciembre de 2016 me voy a referir a continuación.

4.2. Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-201/15

El litigio, del que cabe destacar que se ha resuelto por sentencia dictada por la Gran Sala del TJUE, se inicia como consecuencia de una petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado de Grecia.

Califico de especialmente importante la sentencia y que deberá merecer la atención de la doctrina laboralista, y también de la especializada en derecho comunitario¹⁰. Y digo que deberá

¹⁰ *Vid.* Un primer comentario de la sentencia a cargo de Marlakis, Melenao “Case C-201/15 AGET Iraklis: Can governments control mass layoffs by employers? Economic freedoms vs labour rights”. Publicado el 3 de enero de 2017 en <http://eulawanalysis.blogspot.com.es/2017/01/case-c-20115-aget-iraklis-can.html> (última consulta: 24 de enero de 2017). Para el autor, “This was most certainly not a Viking/Laval moment for the Court, as it very carefully examined the merits and demerits of the opposing arguments and handed down a very measured judgment. The Court surely cannot be expected to broker an agreement between Greece and the institutions, as its proper role is to interpret and rule on the validity of EU law. The ball is now firmly back with the referring court and the negotiating parties, the latter being responsible to come up with a solution that would unlock much-needed funding for the Greek economy while being respectful of the interests of workers”.

merecer nuestra atención ya que la sentencia aborda cuál es el valor jurídico, y hasta dónde puede llegar, de la autorización administrativa necesaria para que una empresa pueda proceder a un despido colectivo, y cómo son valoradas por el TJUE las restricciones que establece a la libertad de establecimiento prevista en el art. 49 del TFUE. Autorización que en el momento presente sólo está recogida en la normativa griega, ya que la reforma laboral de 2012 procedió a su supresión en la normativa española como es bien sabido. No obstante, el interés de la sentencia sigue siendo relevante, ya que señala cuál es el papel que le corresponde jugar a la autoridad administrativa en un procedimiento de despido colectivo, y cuál es el margen de actuación de una normativa interna para prever, y en qué términos su intervención, además de volver a plantear, como reflexión más general, cómo pueden conciliarse los intereses de las empresas que deciden una decisión de tal calibre y los trabajadores afectados.

¿Cuáles son los términos del litigio? Pues sinceramente se diferencian muy poco de los que se planteaban en España antes de la reforma laboral, cuando una empresa extranjera con filiales en nuestro país decidía que había que reorganizar la actividad productiva por los costes económicos que le implicaba la filial española y tomaba la decisión de reducir la plantilla o el cierre del centro y la consiguiente extinción de todos los contratos de trabajo. En el caso enjuiciado se trata de una filial griega de la empresa Lafarge Holcim Ltd, en concreto AGET Iraklis, dedicada a la producción, distribución y venta de cemento, que acordó en marzo de 2013 el cierre permanente de una de sus tres fábricas en territorio heleno, justificada, según se recoge en el apartado 13 de las conclusiones, por “una reducción de la construcción en la región de Ática y a una excesiva capacidad de producción de cemento”, medida con la que “se pretendía garantizar la viabilidad futura de la sociedad”.

A los efectos de mi comentario debe destacarse ahora que el Ministerio de Trabajo, de acuerdo a la normativa vigente, denegó la autorización para proceder a los despidos, y ello llevó a la empresa a interponer recurso ante el Consejo de Estado solicitando la anulación de tal decisión administrativa. Será este organismo el que eleve la cuestión prejudicial ante el TJUE al amparo del art. 267 del TFUE, por “albergar dudas” sobre la compatibilidad de la normativa interna con la comunitaria (tanto la de derecho primario como la de derivado). En concreto, la petición de decisión prejudicial fue la siguiente:

“1) ¿Es conforme con las disposiciones de la Directiva 98/59/CE, en particular, o con los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, en general, una disposición nacional como el artículo 5, apartado 3, de la Ley 1387/1983, que supedita la realización de despidos colectivos en una empresa determinada a la autorización por parte de la Administración de dichos despidos sobre la base de los siguientes criterios: a) las condiciones del mercado de trabajo, b) la situación de la empresa, y c) el interés de la economía nacional?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿una disposición nacional con el contenido antes señalado es conforme con las disposiciones de la Directiva 98/59/CE, en particular, o con los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, en general, si concurren razones sociales especiales, como una grave crisis económica y un desempleo particularmente elevado?”.

El TJUE pasa revista en primer lugar al marco legislativo estatal y nacional de aplicación. En primer lugar, a 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, en concreto el art 2 que versa sobre “información y consulta”, los arts. 3 y 4, en los que se regula el “procedimiento de despido colectivo”, y por fin el art. 5, que permite a los Estados miembros “aplicar o ... introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o ... permitir o ... fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores”.

A continuación, se detiene en la legislación griega, señalando que la transposición de la Directiva citada se produjo por la Ley 1387/1983 sobre el control de los despidos colectivos (versión modificada). Su art. 3 regula las obligaciones del empresario de información y consulta,

mientras que el art. 5 versa sobre el procedimiento de despido colectivo, siendo de especial importancia para el caso ahora analizado los apartados 3 y 4, ya que se requiere autorización administrativa para proceder a los despidos si no hubiera acuerdo entre las partes durante el período negociador. Para adoptar su decisión, dicha autoridad deberá tomar en consideración “los documentos del expediente y valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional”, pudiendo “prorrogar durante otros veinte días las negociaciones a petición de una de las partes, o no autorizar la realización de todos o parte de los despidos programados”. En el litigio en cuestión, consta que la parte empresarial convocó al sindicato de trabajadores de la fábrica afectada para llevar a cabo los trámites de información y consulta, sin que compareciera aquel, y posteriormente solicitó la pertinente autorización administrativa, que fue informada negativamente por el Consejo Superior del Trabajo, en términos que hizo suyos la resolución administrativa, porque “la motivación ofrecida por la Sociedad era insuficiente, en particular porque no se justificaba la necesidad de los despidos colectivos previstos y porque los argumentos esgrimidos por la Sociedad se consideraron excesivamente vagos”.

Paso a continuación a exponer los contenidos más destacados de la sentencia dictada por la Gran Sala del TJUE.

Para resolver el litigio suscitado, se analiza el marco jurídico comunitario e interno nacional, básicamente en los que ahora nos interesa varios considerandos y artículos de la Directiva 98/59 que regulan la tramitación del período de información y consulta con la representación de la parte trabajadora afectada, y la regulación interna griega sobre las obligaciones del empresario en tal punto, con la referencia expresa a la necesaria autorización administrativa en caso de falta de acuerdo entre las partes.

El conflicto del que conocen los tribunales, y que acabará ante el Consejo de Estado, que es quien plantea la cuestión prejudicial versa sobre la falta de acuerdo entre la empresa y la representación del personal respecto a los despidos colectivos propuestos por aquella. Los motivos de la decisión empresarial aparecen recogidos en el apartado 14 de la sentencia en estos términos:

“ Invocando, en particular, una reducción de las actividades de construcción en la región de Ática (Grecia) y la existencia de capacidades de producción excedentarias, así como la necesidad de preservar la viabilidad de la empresa y las condiciones del desarrollo de las actividades del grupo tanto en el mercado griego como en el extranjero, el Consejo de Administración de AGET Iraklis aprobó, mediante acuerdo de 25 de marzo de 2003, un plan de reestructuración que preveía el cese definitivo de la fábrica de Chalkida, que daba empleo en ese momento a 236 trabajadores, y una concentración de la producción en las otras dos fábricas a través del incremento de la productividad de éstas”.

La autoridad laboral se opuso al despido colectivo, por considerar que no estaba debidamente justificado y que los argumentos empresariales resultaban “excesivamente vagos”. Me viene a la cabeza el debate en España sobre la aplicación del principio de razonabilidad de la decisión empresarial.

Pues bien, la parte empresarial alegó ante el Consejo de Estado griego que la normativa interna sobre la obligatoria autorización administrativa, en la que se basó la autoridad laboral, vulneraba la normativa tanto de derecho originario como de derecho derivado europeo, en concreto la Directiva 98/59, y los artículos 49 TFUE y 63 TFUE, interpretados en relación con el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Las dudas que le suscita la normativa interna al Consejo de Estado, y que llevarán a plantear la cuestión prejudicial, versan en primer lugar sobre la misma existencia de dicha autorización, si bien el Consejo es del parecer que encontraría cobertura en el art. 5 de la Directiva, en la medida que posibilita la adopción de medidas más favorables por la normativa de cada estado

que la regulada en la Directiva. Ahora bien, y aun aceptando que las razones que justifican la intervención administrativa estatal pudieran ser legítimos, el Consejo se plantea si introducen diferencias de regulación con otros Estados (es evidente que así es, a mi parecer), y en tal caso si la diferencia entre el ejercicio de los derechos de información y consulta, por una parte, y la necesidad adicional de autorización administrativa por otra pudiera suponer una “restricción desproporcionada de la libertad de empresa del empresario”. Restricción que podría vulnerar los arts. 49 y 63 TFUE, “habida cuenta del carácter transfronterizo de la situación de que se trata en el litigio principal, derivado de la circunstancia de que AGET Iraklis forma parte de un grupo multinacional francés”, en la medida que la normativa griega pudiera “disuadir de manera potencialmente considerable a los operadores establecidos en otros Estados miembros del ejercicio de las libertades garantizadas por aquellos artículos”. Las dudas del Consejo de Estado concluyen con la pregunta de si tales restricciones pudieran estar justificada por la muy difícil situación económica que vivía Grecia cuando se plantearon los despidos (y que sigue viviendo en la actualidad), es decir “... por razones imperiosas de interés general, especialmente en virtud de la política de empleo en la que los Estados miembros conservan un amplio margen de apreciación”.

El TJUE pasa a responder las cuestiones prejudiciales, si bien no sólo procede a ello sino que también recuerda, y enfatiza, su doctrina sobre el carácter prioritario de la libertad de empresa y la posibilidad, sólo por razones debidamente justificadas, de su limitación.

Con relación a la primera cuestión prejudicial planteada, y que constituye sin duda alguna el centro del debate jurídico, conviene señalar que el TJUE se refiere a su jurisprudencia anterior para reforzar algunas de las tesis defendidas en el presente supuesto. Interesa retener las siguientes afirmaciones:

“Ni la Directiva 98/59 ni, anteriormente, la Directiva 75/129 afectan a la libertad del empresario de proceder o no a despidos colectivos”.

“Las citadas Directivas no precisan, en particular, las circunstancias en las que el empresario debe plantearse realizar despidos colectivos y no afectan de ningún modo a su libertad de decidir si debe elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento”.

“La Directiva 98/59 tiene por objeto, a este respecto, 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”

“Los requisitos materiales a los que se supedita, en su caso, la posibilidad de que el empresario pueda efectuar despidos colectivos no están regulados, en principio, por la Directiva 98/59, de manera que siguen siendo competencia de los Estados miembros... De ello se deduce igualmente que dicha Directiva no puede, en principio, interpretarse en el sentido de que se opone a un régimen nacional que confiere a una autoridad pública la facultad de impedir tales despidos mediante una resolución motivada adoptada después de examinar el expediente y tomar en consideración criterios de fondo predeterminados”.

Este planteamiento aparentemente favorable a la aceptación de la conformidad a la normativa europea de una normativa como la del caso enjuiciado, en seguida va a ser cuestionado en la medida que el régimen nacional, o más concretamente su normativa reguladora, pudiera significar en su aplicación que se privara de todo efecto útil a los mecanismos de información y consulta previstos en los arts. 2 a 4 de la Directiva, es decir los reguladores, por una parte, de los derechos de información y consulta, y por otra, de la tramitación de un despido colectivo.

¿Qué entiende el TJUE por “privar de efecto útil” a los preceptos más arriba referenciados de la Directiva? Pues una normativa nacional que “supeditase los despidos colectivos a la aprobación previa de una autoridad pública si, atendiendo, por ejemplo, a los criterios respecto de

los que dicha autoridad debe pronunciarse o al modo en que ésta los interpreta y aplica concretamente, quedase excluida en la práctica toda posibilidad efectiva de que el empresario realizase tales despidos colectivos”. No es en definitiva la autorización lo que puede llevar a la existencia de una vulneración de la libertad de empresa, sino los criterios con los que pueda operar la autoridad administrativa laboral competente para adoptar su decisión. O dicho en otros términos, la normativa no puede cerrar la puerta a que el sujeto empresarial, una vez agotados todos los cauces de diálogo con la parte social, pueda proceder a los despidos siempre y cuando respete las formalidades previstas en la normativa de aplicación.

Dado que la parte empresarial enfatizó que la autoridad administrativa se negó sistemáticamente a aceptar los despidos, y que ello, siempre según parecer, conllevó que la participación de los representantes de los trabajadores fueran mínimos ante ese “colchón de seguridad”, el TJUE remite nuevamente las actuaciones al órgano jurisdiccional nacional remitente para que determine si las actuaciones se desarrollaron, o no en los términos expuesto por la parte empresarial, y en tal caso si dicha actuación privaría a la parte empresarial de proceder a despidos colectivos, con lo que una normativa interna privaría a una normativa externa de su efecto útil (cuál es la posibilidad de llevar a cabo despidos colectivos después de haber agotado todo los procedimientos de búsqueda de acuerdos). Es decir, la tesis del TJUE es que “corresponderá, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente, que es el único que dispone de información útil a este respecto, comprobar si, atendiendo a los tres criterios de evaluación recordados en el apartado 26 de la presente sentencia respecto de los que la autoridad pública competente debe pronunciarse en relación con los proyectos de despido colectivo que se le han notificado y al modo en que dicha autoridad aplica concretamente esos criterios, la normativa controvertida en el litigio principal tiene como consecuencia que queda excluida en la práctica toda posibilidad efectiva de que el empresario realice despidos colectivos, de modo que la Directiva 98/59 se vea privada de efecto útil”.

A continuación, el TJUE se detiene en la posible restricción que la normativa interna griega supone a la libertad de establecimiento (art. 49 TFUE) y también, en su caso, a la libre circulación de capitales (art. 63), recordando su consolidada jurisprudencia de que por restricción, respecto al art. 49, debe entenderse todas las medidas que “aun cuando sean aplicables sin discriminación por razón de la nacionalidad, puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libertad de establecimiento”, de tal manera que su ejercicio efectivo implica, además de la libertad propiamente dicha, que la filial, agencia o sucursal creada por una persona jurídica establecida en otro Estado miembro, como ocurre en el caso enjuiciado “pueda, en su caso y si la actividad que pretende realizar en el Estado miembro de acogida lo exige, contratar trabajadores en ese Estado miembro”. Y aquí el TJUE da un salto con el que amplía considerablemente la libertad de establecimiento, y limita considerablemente el ámbito de intervención estatal para adoptar medidas tendentes a proteger los derechos de los trabajadores, cuando afirma que ese ejercicio “entraña también, en principio, la libertad de determinar la naturaleza y el alcance de la actividad económica que se realizará en el Estado miembro de acogida y en especial el tamaño de las instalaciones permanentes y el número de trabajadores necesario para tal fin, así como, según señaló el Abogado General en el punto 65 de sus conclusiones, la libertad de reducir posteriormente el volumen de esa actividad e incluso, en su caso, de renunciar a ella y a dicho establecimiento”. Más claro imposible, ¿no les parece?

¿Forma parte la “libertad de despido” de la libertad de establecimiento, aun con las cautelas que pueda establecer una normativa interna para garantizar los derechos de información y consulta de los trabajadores afectados? Así lo afirma sin ambages el TJUE al criticar el intervencionismo estatal por considerarlo “una injerencia importante en determinadas libertades de las que gozan, en general, los operadores económicos”, libertades que incluyen “contratar a trabajadores con el fin de poder llevar a cabo sus actividades” o “poner fin a la actividad de su establecimiento por sus propias razones, y con su libertad para decidir si deben elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento, en función de factores como el cese o la reducción de la actividad de una empresa, la disminución de la demanda del producto que fabrican o incluso a raíz de una reorganización de la empresa, independientemente del nivel de las actividades de

ésta”. No sé muy bien si está hablando el TJUE o la troika, permítanme la licencia política, pero es que las medidas adoptadas por la segunda para “salvar” a Grecia desde 2010 guardan mucha relación con este concepto de “libertad de establecimiento” del TJUE y la protección de la que deben gozar los operadores extranjeros para poder ejercer, sin “restricciones”, sin “obstáculos graves”, la libertad de establecimiento en Grecia.

En fin, la vulneración del art. 49 del TFUE lleva a no entrar a examinar por separado la posible del art. 63, en la medida en que, aun asumiendo que ello pudiera ocurrir en este caso, sería “la consecuencia ineluctable de un eventual obstáculo a la libertad de establecimiento y no estaría justificado que se examinaran autónomamente a la luz del artículo 63 TFUE

¿Está justificada la restricción a la libertad de establecimiento en el caso enjuiciado? ¿Supera la normativa interna la justificación de estas dictada “por razones imperiosas de interés general? A ello responde la sentencia a partir del apartado 61, argumentando de entrada, y sería bueno que siempre aplicara este criterio cuando entren en consideración derechos sociales y no sólo la libertad de empresa a la que se refiere el art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales, que los derechos fundamentales garantizados por la misma deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión y que deben, por tanto, ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación de ese Derecho, y por consiguiente “debe considerarse que el empleo por parte de un Estado miembro de excepciones establecidas por el Derecho de la Unión para justificar un obstáculo a una libertad fundamental garantizada por el Tratado «aplica el Derecho de la Unión» a efectos del artículo 51, apartado 1, de la Carta”.

La Gran Sala aborda, pues, si las razones alegadas por el órgano jurisdiccional remitente están debidamente justificadas, ya que como regla de principio, siempre según el TJUE, supone una limitación a la libertad (¿omnímoda?) de empresa¹¹, en cuanto que “no puede negarse”, afirma con carácter taxativo, que “el establecimiento de un régimen de regulación de los despidos colectivos como el controvertido en el litigio principal constituye una injerencia en el ejercicio de la libertad de empresa y, en particular, de la libertad contractual de la que gozan en principio las empresas, en especial frente a los trabajadores a los que emplean, ya que consta que, en virtud de dicho régimen, la oposición de la autoridad nacional a determinados proyectos de despido colectivo puede llevar a impedir que el empresario los lleve a cabo”. ¿Cumplen tales “restricciones los principios establecidos en el art. 52.1 de la Carta, que permite su establecimiento a los derechos reconocidos en la misma “siempre que tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”? Pues bien, punto por punto el TJUE va analizando cada uno de los criterios recogidos en la normativa griega para descalificarlos jurídicamente por su excesivo grado de generalidad, por una parte, y por no haber referencia alguna en la normativa de aplicación a que la situación económica difícil de un país pueda significar aceptar que se establezcan restricciones al (¿sacrosanto?) principio fundamental comunitario de libertad de empresa.

Y no es que no empiece bien, al menos a mi parecer, la argumentación del TJUE respecto a la protección de los derechos de los trabajadores afectados por el despido, pues fíjense en las argumentaciones que siguen a continuación: Entre las razones imperiosas de interés general que el TJUE reconoce, “figura la protección de los trabajadores”, y lo mismo sucede “con el fomento del empleo y de la contratación que, con el objetivo de disminuir el paro, constituye un objetivo legítimo de política social”. Sigue apareciendo el “lado social” del TJUE (desde una

¹¹ Vid. LLobera-Vila M. “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: libertad de empresa, libre competencia y Constitución del trabajo”. *Lex Social*, vol. 7, núm. 1, enero-junio 2017, págs. 208-229. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/2393/1939 (última consulta: 25 de enero de 2017).

perspectiva general), cuando recuerda que ha admitido en anteriores sentencias que “consideraciones basadas en el mantenimiento del empleo puedan constituir, en determinadas circunstancias y con sujeción a determinados requisitos, justificaciones aceptables de una normativa nacional que tenga por efecto obstaculizar la libertad de establecimiento, y muy especialmente su tesis de que “dado que la Unión no sólo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, como se indica en el artículo 151 TFUE, párrafo primero, el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones”.

En teoría, pues, pueden ser restricciones establecidas “por razones de interés general”, que podría pasar el filtro del art. 52.1 de la Carta, pero ahora se trata de comprobar, para el TJUE, si las medidas adoptadas por el gobierno griego en orden a la protección de los trabajadores y del empleo son “proporcionadas”, es decir si son adecuadas “para garantizar el objetivo de interés general que persiguen”, y no van “más allá de lo necesario para alcanzarlo”, ya que, aun cuando los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para seleccionar sus políticas en orden a lograr los objetivos de política social marcados por la normativa comunitaria, no es menos cierto, recuerda el TJUE con apoyo en jurisprudencia anterior, que “tal margen de apreciación no puede justificar que se vulneren los derechos que confieren a los particulares las disposiciones del Tratado que reconocen sus libertades”, y deben también respetar el “contenido esencial” de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Carta.

El optimismo sobre la aplicación del lado social de la normativa comunitaria se mantiene, siga insistiendo que como reflexión general, cuando se afirma por el TJUE que una normativa como la griega, que establece determinados controles a la decisión empresarial de proceder a un despido colectivo, al objeto de proteger a los trabajadores y su empleo “no puede considerarse contrario a la libertad de establecimiento garantizada por el artículo 49 TFUE ni a la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 de la Carta”, y se enfatiza aún más cuando el TJUE subraya, con apoyo en jurisprudencia anterior, que la libertad de empresa “no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad”, aceptando que tal libertad “puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general”. En la medida en que la normativa griega no cierra, en principio y con carácter general, la posibilidad de que la empresa pueda proceder a un despido colectivo, no puede afirmarse que tal limitación o restricción a su actuación “afecte al contenido esencial de la libertad de empresa”. La cobertura de tales limitaciones o restricciones guarda relación, además, con un relevante precepto de la Carta, el art. 30, y el expreso reconocimiento de protección de todo trabajador contra un despido injustificado.

Conclusión relevante, y sobre la que después el TJUE “bajará a la arena”, o más jurídicamente hablando al caso concreto enjuiciado, para rechazar la normativa interna griega por no considerarla conforme a la normativa comunitaria, es que una normativa nacional que establezca una autorización administrativa para poder proceder la empresa a los despidos (el caso afecta a Grecia, pero es perfectamente extrapolable a la normativa española anterior a la reforma de 2012) debe tener como objetivo, dice el TJUE, en un ámbito que califica, con acierto a mi parecer, de “sensible”, “la conciliación y el justo equilibrio entre los intereses vinculados a la protección de los trabajadores y del empleo, especialmente contra despidos injustificados y contra las consecuencias de los despidos colectivos para los trabajadores, y los relativos a la libertad de establecimiento y a la libertad de empresa de los operadores económicos que reconocen los artículos 49 TFUE y 16 de la Carta”. Me hago ahora esta pregunta, visto el parecer del TJUE: ¿“Es el Derecho del Trabajo un derecho de iguales?; a la que añado ¿es el Derecho de la UE un derecho que coloca, o debe colocar, los intereses económicos y sociales en el mismo nivel?

E incluso aceptando, como hipótesis de trabajo, que pueda ser así, ¿no se está escorando cada vez, el TJUE, cuando resuelve sobre asuntos relevantes de interés social, a favor de las libertades y los intereses económicos?

Pues sí, creo que ese “escoramiento” se produce al resolver el caso concreto, en donde se juzga sobre decisiones económicas y empresariales “que pueden tener repercusiones sobre el empleo de un número considerable de trabajadores dentro de una empresa”. Pero no lo parece a primera vista (y creo que podemos quedarnos en muchos aspectos con la parte social de la sentencia) ya que en el apartado 92 afirma con claridad y contundencia que “debido a la amplitud potencial de tales repercusiones, un mecanismo de regulación de los despidos colectivos como el descrito en los apartados 83 y 90 de la presente sentencia puede, en especial al no existir normas del Derecho de la Unión destinadas a prevenir tales despidos y que vayan más allá de los ámbitos de información y consulta cubiertos por la Directiva 98/59, resultar idóneo para reforzar el nivel de protección efectiva de los trabajadores y de su empleo, regulando, en cuanto al fondo, la toma de esas decisiones económicas y empresariales por las empresas. Un mecanismo de esta índole es, por tanto, adecuado para garantizar la consecución de los objetivos de interés general así perseguidos”. Es decir, la protección de los trabajadores y del empleo, objetivos indudables de política social que son perseguidos por las normas comunitarias, puede conseguirse por medio de instrumentos jurídicos como los que son objeto del caso enjuiciado, ya que “no parece” (no lo digo yo sino que es el propio TJUE quien lo afirma) que “medidas menos restrictivas garantizarían la consecución de los objetivos así perseguidos de un modo tan eficaz como el que resulta del establecimiento de dicha regulación”. En conclusión, las medidas de la normativa griega pueden respetar, como criterio general, el principio de proporcionalidad, ser proporcionadas a los objetivos perseguidos y no vulnerar ni el art 49 TFUE ni el art. 16 de la Carta.

Hemos pasado el segundo filtro (principio de proporcionalidad) tras haber superado anteriormente el primero (razones de interés general), pero ahora llegamos ya a la concreción, es decir si las razones recogidas en la normativa pueden garantizar el cumplimiento de las exigencias de tener un interés general y respetar el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa. Es aquí cuando el rostro social palidece y se refuerza el lado económico o economista.

En primer lugar, nada de aceptar que quepa admitir el criterio del “interés de la economía nacional”, haciendo suyas el TJUE las tesis del abogado general en sus conclusiones, argumentando que “la prohibición de realizar un despido colectivo impuesta con el fin de evitar que un sector económico, y por tanto la economía del país, padezca sus consecuencias negativas persigue un objetivo de naturaleza económica que.. no puede constituir una razón de interés general que justifique una restricción de una libertad fundamental garantizada por el Tratado”.

En segundo término, sí cabe analizar con más detenimiento los criterios de “la situación de la empresa” y “las condiciones del mercado de trabajo”, que a priori, vuelve el rostro social, pueden vincularse “a los objetivos legítimos de interés general que son la protección de los trabajadores y del empleo”. Ahora bien, cambiemos nuevamente el rostro, ya que según el TJUE la redacción o formulación de tales criterios “de manera muy general e imprecisa”, implica que “cuando las facultades de intervención de un Estado miembro o de una autoridad pública, como las facultades de oposición que posee en este caso el Ministro, no están sujetas a ninguna condición, a excepción de una referencia a tales criterios formulados de manera general, sin que se precisen las circunstancias específicas y objetivas en las que se ejercerán esas facultades, se produce una vulneración grave de la libertad afectada, que puede conducir a la exclusión de dicha libertad cuando se trata, como en el caso de autos, de decisiones cuyo carácter fundamental en la vida de una empresa se ha subrayado ya en el apartado 54 de la presente sentencia”. Remacha su tesis el TJUE, previo reconocimiento, que hubiera podido llevar a resolver el litigio, a mi parecer, en un sentido opuesto al que lo ha hecho, de la que normativa nacional controvertida en el litigio principal “dispone que la facultad de no autorizar el despido colectivo de la que goza en este caso la autoridad pública debe ejercerse previo análisis del expediente,

teniendo en cuenta la situación de la empresa y las condiciones del mercado de trabajo, y dar lugar a una resolución motivada”, afirmando, con repetición y reiteración de su argumentación anterior, que “a falta de precisiones sobre las circunstancias concretas en las que puede ejercerse esta facultad, los empresarios afectados no saben en qué circunstancias concretas y objetivas puede aplicarse, ya que las situaciones que permiten ejercerla son potencialmente numerosas, indeterminadas e indeterminables, y dejan a la autoridad en cuestión un amplio margen de apreciación difícilmente controlable. Tales criterios, que no son precisos y que no se basan, por tanto, en condiciones objetivas y controlables, van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos indicados y no pueden, por ende, satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad”.

Cabe pensar, por consiguiente, y es una hipótesis de trabajo que dejo planteada para un hipotético debate no sólo en Grecia sino en cualquier otro país de la UE, que una mayor concreción de los términos en que ha de intervenir, y cuando, la autoridad administrativa laboral sean conformes a la normativa originaria y derivada europea, aunque me queda la duda de cuál es el grado de concreción que exigiría el TJUE para que la normativa cuestionada pasara la prueba del algodón y fuera declarada conforme a derecho. No obsta al planteamiento restrictivo que realiza el TJUE que la decisión administrativa pueda ser cuestionada, como así ocurre en Grecia y ocurría en España, ante los tribunales, ya que “en particular, la normativa de que se trata tampoco proporciona al juez nacional criterios suficientemente precisos para permitirle controlar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad administrativa”. Bueno, habrá que pensar para validar la autorización administrativa en trasladar, por ejemplo, los criterios recogidos en el art. 51 de la LET a la normativa administrativa..., pero como nos estamos refiriendo a Grecia y no a España sólo es una mera hipótesis o divertimento intelectual que dejo planteado.

Corolario de todo lo anteriormente expuesto, y con ello concluye la sentencia en su análisis de la primera cuestión prejudicial, es que, aun cuando como hipótesis general la normativa enjuiciada pudiera pasar los filtros requeridos por la normativa comunitaria para ser considerada conforme a derecho, no es así si nos fijamos en la normativa concreta; es decir, “un régimen de control y oposición como el establecido por la normativa controvertida en el litigio principal vulnera, debido a sus disposiciones de aplicación concretas, las exigencias recordadas en el apartado 61 de la presente sentencia e infringe, por tanto, el artículo 49 TFUE”, y por los mismos motivos “dicha normativa vulnera también el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta y, en consecuencia, el artículo 16 de ésta”.

Con muchísima más brevedad, en cuanto que ya se ha apuntado la respuesta al examinar la primera, el TJUE resuelve la segunda cuestión prejudicial, es decir determinar si, una vez que se ha respondido a la primera pregunta en los términos que se ha hecho, la normativa nacional podría, no obstante, ser conforme con la normativa comunitaria si concurren “razones sociales especiales, en un contexto caracterizado por una crisis económica grave y una tasa de desempleo particularmente elevada”. Ya he indicado con anterioridad, y ahora recuerdo, que el TJUE afirma que en la Directiva 98/59 no existe ninguna “cláusula de salvaguardia “para autorizar que, en el caso de que exista ese contexto nacional, se establezcan excepciones a las disposiciones de armonización que contiene”, y con respecto al art. 49 del TFUE, tampoco en la normativa comunitaria está previsto el establecimiento de excepciones en punto a su no aplicación por encontrarnos en una situación de crisis económica a escala nacional, por lo que tampoco será considerada conforme a derecho tal posibilidad”.