

SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, traducción española, MTSS, Madrid, 1996.

TERMES CARRERO, R.: *Las causas del paro*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1995.

UGOLINI, B.: *I tempi del lavoro (Un viaggio nel pianeta degli orari)*, Rizzoli, Milano, 1995.

LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS ⁽¹⁾

POR JESÚS CRUZ VILLALÓN (*)

SUMARIO: I.- Relevancia y relatividad de la normativa comunitaria.- II. Ámbito material de la Directiva sobre despidos: 1. *Elemento material: relaciones laborales privadas.* 2. *Elemento objetivo: extinción del contrato de trabajo.* 3. *Elemento subjetivo: despido.* 4. *Elemento causal negativo: no inherente al trabajador.* 5. *Elemento cuantitativo: umbral mínimo de colectividad.*- III. El contenido de la armonización.- IV. Consulta a los representantes de los trabajadores.- V. La intervención de la Administración Pública.- VI. Consecuencias de los incumplimientos empresariales.- VII. Mecanismos de trasposición de la Directiva.

I. RELEVANCIA Y RELATIVIDAD DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

A la Directiva referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos (2) se le ha otorgado tradicionalmente un valor emblemático dentro del conjunto del Derecho Social Comunitario. Se trata de una Directiva que ha despertado notable interés dentro del análisis doctrinal, siendo prueba de ello que haya sido uno de los textos que más comentarios directos ha suscitado (3). Y no le falta razón a esa contemplación de esta norma comunitaria, pues concurren en la misma circunstancias de

(*) Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Cádiz).

- (1) Este trabajo se basa en un estudio precedente, "La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la legislación española", *Noticias CEE*, n° 40 (1988), que aquí se presenta reformado, ampliado en parte y actualizado.
- (2) Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975 (DOCE de 22 de febrero de 1975).
- (3) Por sólo referirnos a la doctrina española, cfr., por ejemplo, M. ÁLVAREZ ALCOLEA, "Autorización administrativa, despidos colectivos y convergencia, en Política de convergencia y reformas laborales en el mercado de trabajo", ejemplar multicopia. A.R. ARGÜELLES BLANCO, "Las modificaciones introducidas por la Directiva 92/56, de 24 de junio, en la regulación de los despidos colectivos: una reflexión a la vista del ordenamiento jurídico español", *AL* n° 4 (1994). M. COLINA ROBLEDO, "La regulación de los despidos colectivos en el ordena-

diverso tipo que hacen particularmente atrayente su consideración. Si ya con carácter general se aprecia una atención singular a la influencia del Derecho Comunitario sobre las diversas legislaciones nacionales de los Estados miembros, más aún sucede con la materia de despidos colectivos, donde concurren variados factores que confluyen en el debate actual acerca de la incidencia de esta concreta Directiva sobre la evolución de los sistemas de relaciones laborales.

En primer lugar, se trata de la primera Directiva Comunitaria que, al amparo de los arts. 100 y 117 del Tratado, inicia la andadura de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia estricta de legislación labo-

miento jurídico de la Comunidad Europea”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1992. J. CRUZ VILLALÓN, “La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la legislación española”, *Noticias CEE* nº 40 (1988). F. DURÁN LÓPEZ, “Normativa laboral de la CEE en materia de despidos y de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transferencias de empresas”, *Economía y Sociología del Trabajo* nº 4-5 (1988). M.J. FEIJOO REY, “La Directiva sobre despidos colectivos: su incidencia en el ordenamiento laboral español”, *Noticias CEE* nº 70-71 (1990). F. FUENTES RODRÍGUEZ, “Las modificaciones introducidas en la disciplina comunitaria de despidos colectivos por la Directiva 92/56, de 24 de junio, y su incidencia en la reforma del mercado de trabajo”, en AA. VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, coord.), *La reforma del mercado de trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad de Granada, Granada 1996. J.M. GOERLICH PESET, “Informe técnico-jurídico sobre el despido colectivo en la empresa comunitaria”, *AL* 1993. J.M. GÓMEZ DE LA VEGA, “Los despidos colectivos en el ámbito normativo de la CEE y su incidencia en el ordenamiento jurídico español”, *REDT* nº 67, (1994). E. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ, “El despido colectivo, el ordenamiento jurídico español y la Directiva 75/129”, *Revista Estudios Europeos*, 1992. J.L. GOÑI SEÍN y J.P. LANDA ZAPIRAIN, “El tratamiento normativo de los excedentes de plantilla en la perspectiva armonizadora de la Comunidad Europea”, *RL*, 16-17 (1993). J. LÓPEZ LÓPEZ, “La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español: la Directiva de 17 de febrero de 1975 sobre despidos colectivos”, *REDT* nº 27, (1986). LÓPEZ MOSTEIRO, “La Directiva Comunitaria 75/129, de 17 de febrero”, en AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, coord.) “La reforma del mercado de trabajo”, ed. Actualidad, Madrid 1993. J.L. MONEREO PÉREZ, “Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario”, Cívitas, Madrid, 1994. A. MULAS GARCÍA, “Sobre la Directiva de la CEE de 17 de febrero de 1975”, *DL* nº 13, (1984). A. OJEDA AVILÉS, “La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España”, *RL* 1993-II. F.J. PRADOS DE REYES, “La reforma de los despidos colectivos y su adecuación al ámbito comunitario”, *III Jornadas sobre la Comunidad Europea*, Sevilla, 1995. J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: normas comunitarias y régimen especial”, *AL* nº 33, (1987). M.M. RUIZ CASTILLO, “La acomodación del ordenamiento español a las pautas del derecho comunitario en materia de despido colectivo”, en *V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1987. G. VON POTOBOSKY, “Panorama comparativo de la normativa internacional y nacional sobre despidos colectivos en la Comunidad Europea”, *RL* nº 14, (1993).

ral. Dejando al margen la actuación inicial en el ámbito de la libre circulación de trabajadores y de los inicios de los textos en materia de discriminación por razón de sexo —que encontraban una explícita apelación en los Tratados Constitutivos— es la primera ocasión en la que la Comunidad afronta la necesidad y oportunidad de armonizar una institución central del mercado de trabajo, como es la relativa a los despidos colectivos. Ciertamente, su aprobación coincide con una coyuntura muy singular, la fuerte crisis económica que se expande por Europa a los inicios de la década de los años 70’ con motivo de la crisis del Petróleo, por lo que para algunos era una medida de coyuntura para reaccionar frente a una situación de fuerte destrucción de empleo, particularmente sensible en el sector industrial más clásico de la economía europea. Sin embargo, más allá del contexto concreto en torno al cual se elabora y aprueba esta Directiva, lo cierto es que hoy en día constituye una de las piezas más arraigadas de nuestro acervo comunitario en materia laboral. Aunque su origen se encuentre vinculado a una concreta situación de crisis económica, lo cierto es que se aprobó con voluntad de permanencia a lo largo del tiempo y que, hoy en día, se trata de una norma a analizar con autonomía, a interpretar y aplicar con independencia de las causas inmediatas que dieron lugar a su aprobación. Con razón se ha dicho que, aunque vea a la luz en un contexto de crisis económica, no puede considerarse como una norma de emergencia, funcional a la resolución de problemas vinculados a una situación coyuntural de depresión económica (4). Por ello, lo más significativo, a los efectos que nos interesan resaltar en estos instantes, es que se trata de una norma con amplio rodaje temporal, por lo que ha podido transcurrir el tiempo suficiente como para poder apreciar la influencia práctica de su articulado, tanto sobre la sucesiva transposición en las legislaciones nacionales, como también en el desarrollo concreto de los procesos de reestructuración empresarial en contextos bien variados.

En segundo lugar, esa propia experiencia aplicativa ha permitido efectuar valoraciones generales de resultados prácticos (5), que, a su vez, han conducido a iniciativas de reforma y actualización de los contenidos de la Directiva originaria. Constituye a estos efectos, la única Directiva de primera generación que ya ha sido modificada recientemente, en el año 1992, como decimos tanto para corregir defectos advertidos en su aplicación como para incorporar nuevos contenidos a la vista de las transformaciones que se vienen produciendo en el sistema productivo de las economías europeas (6).

(4) E. GONZÁLEZ BIEDMA, “Licenziamenti per riduzione del personale”, en AA. VV., *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi Editore, Bologna 1996.

(5) Por todos, *Informe de la Comisión al Consejo sobre el grado de aplicación de la Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos*, de 13 de septiembre de 1991, SEC (91) 1639 final.

(6) Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992 (DOCE de 26 de agosto).

En tercer lugar, en función de lo anterior, existe ya un cuerpo jurisprudencial de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de interpretación y aplicación de la Directiva de referencia. A pesar de que se trata de un conjunto de sentencias reducido numéricamente y ninguna de ellas referidas directamente a la legislación española, sin embargo desde el punto de vista cualitativo han introducido criterios de notable influencia y han supuesto un palpable reforzamiento de la eficacia de la normativa comunitaria en las legislaciones laborales nacionales.

En cuarto lugar, las Directivas de armonización en materia laboral en el momento presente se están convirtiendo en el rasero efectivo de referencia a la hora de introducir cambios en los regímenes nacionales de relaciones laborales. En un primer instante se consideró que la elaboración del texto de la Directiva Comunitaria se efectuaba a partir de unas regulaciones bastante consolidadas en los respectivos ordenamientos de los Estados miembros y, por tanto, con voluntad de que no se produjera ningún tipo de contradicción con las mismas ni necesidad de proceder a alterar su contenido. Sin embargo, la incidencia práctica de las Directivas ha ido mucho más lejos de lo inicialmente previsto, siendo exponente de ello los diversos pronunciamientos de condena a los Gobiernos de los Estados miembros por no haber efectuado una transposición en toda regla a sus legislaciones nacionales, lo que ha obligado en algunos casos a efectuar correcciones legislativas sobre el particular. De otra parte, se ha resaltado el hecho de que las Directivas Comunitarias en materia laboral contemplan una típica relación de suplementariedad o norma mínima, en virtud de la cual las mismas se limitan a un suelo mínimo de condiciones e intervienen siempre como mínimo de derecho necesario; al autorizarse siempre a que las legislaciones nacionales puedan establecer condiciones regímenes de mayor protección jurídica en favor de los trabajadores (7), se ha considerado que su influencia es limitada, en la medida en que se trata siempre de una armonización parcial por abajo. Sin embargo, en los últimos tiempos —como consecuencia de las generalizadas tendencias hacia la flexibilización de la legislación laboral— se han convertido en un importantísimo común denominador de las legislaciones de los diversos Estados miembros de la UE; común denominador que, si bien en el terreno técnico jurídico se presenta de carácter “mínimo”, en el terreno de la política del derecho actúa como modelo típico a implantar. Como derivación de ello, a la hora de proceder a cualquier debate sobre la posible reforma de la normativa en materia de despidos colectivos, la Directiva comunitaria se presenta como un referente de imprescindible conocimiento, por cuanto que la misma se viene a convertir en la red de seguridad por excelencia, el límite intraspasable en las presiones dirigidas al incremento de las facultades empresariales de extinción

(7) Art. 5.1 Directiva: “La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores”.

del contrato de trabajo por causas técnicas, organizativas y productivas. Más aún, para algunos la Directiva incluso ha ejercido una presión hacia la reducción o repliegue de cierta legislación nacional, poniéndose como ejemplo de ello la abolición de la autorización administrativa en Francia a partir de una ley de 1986 (8).

En quinto lugar, la regulación del despido y, más concretamente, del despido ante situaciones de dificultad para las empresas, constituye una materia particularmente sensible y delicada, dentro del conjunto institucional del Derecho del Trabajo. En el mismo confluyen con crudeza los intereses enfrentados de trabajadores y empleadores; de un lado, la profunda preocupación de los trabajadores por la pérdida de su empleo y, como consecuencia, de sus fuentes de ingresos de subsistencia económica por excelencia; de otra parte, los peligros de mantenimiento y viabilidad de las empresas con una plantilla excesiva y superiores a sus necesidades.

A pesar de todo lo anterior, también conviene relativizar la incidencia directa de esta materia sobre el actual debate en relación con la legislación española. Y ello, por las siguientes razones.

En primer lugar, la legislación española en materia de despidos colectivos tradicionalmente ha contemplado un régimen notablemente más protector en favor del trabajador, al exigido por la Directiva comunitaria. La normativa española a estos efectos tiene su referente en el modelo francés de autorización administrativa que, como es bien sabido, comporta un nivel más intenso de control y limitación de los poderes empresariales de extinción por causas económicas o empresariales, lo que ha dado lugar a la consideración prácticamente unánime de que este modelo supera con creces los requerimientos comunitarios y, como tal, resulta plenamente adaptado legalmente a las pautas comunitarias. A pesar de que en algunos de los países clásicos de intervencionismo administrativo se ha ido suprimiendo progresivamente la autorización administrativa para los despidos colectivos —Francia, Portugal—, nuestro ordenamiento mantiene el sistema autorizador para los despidos colectivos que no superan el umbral cuantitativo de referencia, por lo que puede entenderse que son menos los condicionantes provenientes de la Directiva comunitaria (9).

En segundo lugar, la reforma legislativa de 1994, que entre otras materia procedió a introducir cambios de palpable calado en materia de despidos por causas económicas y empresariales, tuvo bien presente los contenidos de la citada Directiva, con recepción en ocasiones de su propia literalidad y sin que sea la misma comprensible sin tener constancia de la orientación general de esta Directiva. En definitiva, la normativa Española en términos globales resulta exquisitamente respetuosa de las pautas y mandatos marcados por la Directiva comunitaria. Ello no impide que en algunos aspectos puntuales se advierta u

(8) Así, M. ROCCELLA y T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padua 1995, pg. 327.

(9) PRADOS DE REYES, “La reforma de los despidos...”, *op. cit.*, pg. 157.

transposición imperfecta de la normativa española y, por tanto, posible incumplimiento de la Directiva comunitaria.

En tercer lugar, los aspectos en los que se concentra en el momento actual el debate de política legislativa acerca de la posible reforma de la legislación laboral no llegan a afectar a los contenidos de la Directiva comunitaria. Estos aspectos de posible reforma en el momento actual serían los tres siguientes:

a) Las necesidades de concreción o ampliación de las causas justificativas de los despidos. Bien es sabido que la reforma de 1994 extendió a supuestos más fisiológicos y cotidianos la admisión legal de reducción de las plantillas de las empresas, por medio de una definición legal de las causas justificativas de la medida empresarial (10). Para unos, la aplicación jurisprudencial de la nueva normativa ha resultado confusa en exceso, sin que se haya producido una uniformidad interpretativa por parte de los Tribunales de Justicia, a pesar de la presencia de algunos importantes pronunciamientos por parte de nuestro Tribunal Supremo (11), por lo que se hace preciso un retoque normativo de clarificación de los supuestos de hecho justificativos. Para otros, la aplicación jurisprudencial ha sido restrictiva en exceso, no facilitando la menor rigurosidad del control público de la adecuación de la decisión extintiva empresarial, por lo que se hace preciso una ampliación de las causas legalmente justificadas de reducción de empleo. Sin necesidad de entrar en el debate sobre el particular, basta en estos momentos con indicar que la Directiva comunitaria no se pronuncia ni lejanamente sobre esta discusión. Su contenido se sitúa exclusivamente en el ámbito de introducción de reglas de "procedimentalización de los poderes empresariales" (12), es decir, de imposición de una serie de controles previos a la adopción de la decisión empresarial de extinción, pero manteniendo la plena libertad de decisión unilateral del empleador de reducción del empleo en la empresa. La Directiva, a diferencia del Convenio nº 158 (1982) de la

- (10) Art. 51.1 p. 2: "Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos". Sobre el particular, cfr. J. APARICIO y A. BAYLOS, "El régimen del despido tras la reforma laboral", ed. *Ibidem*, Madrid, 1995. J. CRUZ VILLALÓN, "Los despidos por causas económicas y empresariales", ed. Tecnos, Madrid, 1996. F. NAVARRO NIETO, "Los despidos colectivos", ed. Cívitas, Madrid, 1996. J. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, "De la rigidez al equilibrio flexible", ed. CES, Madrid, 1994. J.M. DEL VALLE VILLAR, "La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción", ed. Acari, Madrid, 1996. S. DEL REY GUANTER, "Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma", *RL* 16-17 (1994). F. VALDÉS DAL-RÉ, "Los despidos por causa económica", en *La reforma del mercado de trabajo*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1994.
- (11) Cfr. STS, Sala 4ª, 24 abril 1996; 14 junio 1996.
- (12) ROCCELLA y TREU, *Diritto del lavoro...*, *op. cit.*, pg. 323. MONEREO PÉREZ, "Los despidos colectivos...", *op. cit.*, pg. 36.

Organización Internacional del Trabajo, ni siquiera llega acojer en su texto el principio de causalidad del despido, es decir, en ningún momento exige que la decisión empresarial venga fundada en una causa justificada (13). Si bien en términos tibios, una cierta exigencia de causalidad se recogía en la propuesta de Directiva inicial, pero desapareció en el momento de su aprobación final (14). Es cierto que la Directiva cuando determina su ámbito se refiere a despidos efectuados por el empresario "por uno o varios motivos" (art. 1.1.a), y asimismo exige que, para permitir el desarrollo de un efectivo período de consultas con los representantes de los trabajadores, el empresario deberá comunicarle por escrito, entre otros datos, "los motivos del proyecto de despido" (art. 2.3.b). Con ello, no cabe la menor duda, de que la Directiva da por supuesto que en toda decisión empresarial de reducción de empleo ha de concurrir un móvil determinante. Pero con esto no se hace otra cosa que imponer algo que ontológicamente ha de concurrir en toda conducta humana: toda decisión humana implica un raciocinio previo, con valoración de hechos concurrentes que preceden a la ejecución de cualquier acto, sea éste personal o social. Lo relevante a estos efectos la Ley no limita materialmente la capacidad decisoria empresarial, por el hecho de que no veta que la decisión se efectúe por motivos rechazables jurídicamente; los imperativos comunitarios, a estos efectos, permanecen en el terreno puramente formal o procedimental; es decir, de mera exigencia de que —sea cual sea la motivación de la decisión empresarial— ésta se le notifique a los representantes de los trabajadores. Pero, en ningún caso, este elemento formal se eleva a la categoría de requisito sustancial; en otros términos, en ningún momento la Directiva alude a que deban concurrir cierto tipo de causas motivadoras lícitas del despido, o bien que se rechacen como ilícitos los despidos motivados por causas a rechazar por el ordenamiento jurídico. Tan es así que la Directiva ni siquiera desea que el principio de causalidad penetre indirectamente en la misma por la vía de la delimitación conceptual del tipo de despidos que entran dentro de su ámbito de aplicación; por ello, no fija tal ámbito en clave positiva de alusión a la causa económica o empresarial desencadenante de la medida, sino en clave meramente cuantitativa y negativa de los supuestos que quedan excluidos.

b) La reducción de la cuantía de la indemnización a abonar a los trabajadores como compensación de daños y perjuicios sufridos con ocasión de la per-

- (13) Cfr., M. LISEIN-NORMAN, "La participation des syndicats à l'élaboration de la directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative aux licenciements collectifs", en *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato del Lavoro* nº 2 (1976), pgs. 261-262. RUIZ CASTILLO, "La acomodación del ordenamiento...", *op. cit.*, pgs. 20-21. GONZÁLEZ BIEDMA, "Licenziamenti...", *op. cit.*, pg. 307. En sentido contrario, LÓPEZ LÓPEZ, "La aplicación de las normas...", *op. cit.*, pg. 354.
- (14) P. KRAVARITOU-MANITAKIS, "La proposition de Directive de la Commission sur les licenciements collectifs et les mesures de protection des travailleurs", en *Revue du Marché Commun*, nº 173 (1974), p. 135.

didada del empleo. Como es sabido existe una intensa discusión en nuestro país acerca de si los costes del despido resultan o no más elevados de los que se abonan en el conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea, tomando en consideración el conjunto de la contratación o exclusivamente aquellas modalidades que son acreedoras de este tipo de indemnizaciones. En la práctica totalidad de las legislaciones estatales de los Estados miembros se fija la obligación de abonar este tipo de indemnizaciones cuando se produce despidos colectivos por causas económicas o empresariales, si bien su cuantía difiere notablemente y sobre todo es distinto el criterio referencia para fijar su cuantía. En todo caso, lo relevante a los efectos del comentario de la Directiva en cuestión es que, una vez más, ésta no se pronuncia sobre el particular. De nuevo, la misma se sitúa exclusivamente en el ámbito de la introducción de exigencias procedimentales, que no sustantivas. En concreto, la Directiva no contiene mención alguna al derecho de los trabajadores a percibir una compensación económica con ocasión de su pérdida del empleo (15) y, mucho menos, acerca de cuál debe ser su cuantía óptima. Hay, ciertamente, una apelación implícita, cuando se fijan los derechos de información de los representantes de los trabajadores en el trámite de consultas a los mismos, pero con la consiente cautela del legislador comunitario de aclarar que con ello no se pretende traspasar la perspectiva de lo procedimental, en cuanto que se especifica que ese derecho de información refiere a aquellos supuestos en los que la legislación correspondiente imponga un derecho indemnizatorio en favor de los trabajadores; en otros términos, se deduce del precepto que no hay una voluntad por parte de la Directiva de ser ella quien imponga que la normativa de transposición establezca ese deber indemnizatorio (16).

c) La permanencia o supresión de la autorización administrativa. Se trata de un aspecto venido a menos en el debate entre los interlocutores sociales. Tras la reforma legislativa de 1994, a partir en concreto de la derivación de los despidos colectivos de menor entidad cuantitativa y los que afectan a la resolución ipso iure que no requieren de autorización administrativa previa, ha pasado a constituir una exigencia empresarial de mucho menor preocupación. En todo caso, se trae a colación en la medida en que podría reaparecer la cuestión, en la medida en que en la práctica totalidad de los Estados miembros ha desaparecido esta intervención administrativa, constituyen el caso español la excepción entre los sistemas de relaciones laborales más influyentes. En esta materia insistir en que la Directiva comunitaria, sí que contempla como trámite obligando la intervención de la Administración Pública en los procesos de regulación

(15) GONZÁLEZ BIEDMA, "Licenziamenti...", *op. cit.*, pg. 307.

(16) Art. 2.3.b: "A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá...comunicarles, en cualquier caso, por escrito...el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas de las derivadas de las legislaciones y/o prácticas nacionales".

de empleo, si bien en cuanto al alcance de esta actuación se limita prever una presencia de menor intensidad de la Administración con ocasión de los despidos colectivos, en clave de "mediación" que no con poderes dirimentes vinculantes para las partes. Eso sí, la práctica totalidad de la doctrina es del criterio que ello no comporta contradicción entre el tenor de la Directiva y el sistema español de autorización administrativa, dada su cualidad de norma mínima en cuanto a la protección del trabajador (art. 5), aunque también matizando que tampoco fomenta ni incita al establecimiento de un mecanismo tipo autorización administrativa.

II. ÁMBITO MATERIAL DE LA DIRECTIVA SOBRE DESPIDOS

La Directiva comunitaria se extiende a cualquier tipo de "despido colectivo", teniendo presente que existe una noción comunitaria de despido colectivo, por lo que es indiferente que los Estados miembros incorporen una definición propia, por cuanto que ésta en ningún caso podrá convertirse en una vía indirecta de exclusión de las reglas procedimentales de garantía impuestas por la Directiva.

Así lo ha declarado expresamente el Tribunal de Justicia, en un caso concreto en el que se condenó al Reino de Bélgica, por cuanto que entendió que no puede producirse una exclusión de los trámites exigidos por la Directiva al diferenciar entre cierres de empresa y despidos colectivos, con el resultado de que se excluyan a los primeros de norma de transposición belga (17).

Varios elementos delimitan el concepto comunitario de despido colectivo: elemento material, elemento objetivo, elemento subjetivo, elemento causal negativo, elemento cuantitativo.

(17) STJCE 28 marzo 1985, asunto 215/1985, Comisión v. Reino de Bélgica (Rec. pgs. 1039: "La Commission soutient, en premier lieu, que le droit belge fait traditionnellement une distinction entre la notion de fermeture d'entreprise et celle de licenciement collectif. Cette distinction aurait pour conséquence que les licenciements en cas de fermeture d'entreprise, que celle-ci résulte ou non d'une décision de justice, seraient régis non pas par la réglementation adoptée pour la mise en oeuvre de la directive 75/129, mais par les dispositions spécifiques de la loi du 28 juin 1966, relative à l'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise (Moniteur belge du 2 juillet 1966, p. 6879) et de l'arrêt royal du 20 septembre 1967, pris pour l'exécution de cette loi (Moniteur belge du 5 octobre 1967, p. 10463)".

("A cet égard, il convient de constater que, même en admettant les allégations de la partie défenderesse selon lesquelles, en Belgique, seulement une partie relativement faible des fermetures d'entreprise en résultent pas d'une décision de justice au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous d), de la directive 75/129, cette circonstance en dispense pas de royaume de Belgique de son obligation d'assurer la protection prévue par la directive en cas de licenciements collectifs consécutifs à de telles fermetures d'entreprises".

1. Elemento material: relaciones laborales privadas

Este presupone que el procedimiento sólo es exigible en relación con los despidos que afectan a relaciones laborales que se desenvuelven en el ámbito privado, si bien no se diferencia entre uno y otro tipo de empresas siempre que afecte a actividades probadas. En sentido negativo, quedan excluidas todo tipo de extinciones que afecten a personal al servicio de la Administración Pública o entidades de Derecho Público (18), con lo cual el elemento determinante de la exclusión refiere a la naturaleza jurídica del sujeto que actúa en la posición de empleador en el seno del contrato de trabajo (19). Más aún, a pesar de que por algunos se ha defendido lo contrario (20), esta exclusión no les afecta a los contratos laborales celebrados por la Administración e incluso podría aventurarse que quizás tampoco a algunos funcionarios públicos que no tienen encomendado el ejercicio de poderes públicos o la tutela de intereses generales. La razón de ser de esta exclusión está muy ligada a la correlativa del art. 48.4 del Tratado en relación con la libre circulación, por lo que se podría adoptar idéntico criterio interpretativo al construido para este precepto (21). El sistema español precisamente toma en consideración el elemento del sometimiento a la legislación laboral, lo que incluye al personal laboral al servicio de Administraciones y entidades públicas cuando su régimen se desarrolla en virtud de la celebración de un contrato de trabajo (22).

Asimismo la Directiva admite que se procedan a excluir los despidos que afectan a "las tripulaciones de buques marítimos" (art. 1.2.c), si bien en el ordenamiento español no se ha hecho uso de esta exclusión, por cuanto que en el momento presente el conjunto de la legislación laboral es de aplicación tanto para la marina mercante como para las actividades de pesca marítima.

Al no contemplarse en la Directiva ninguna otra exclusión por lo que atiene al elemento material, ha de entenderse que cualquier otro criterio de marginación sería contrario a la normativa comunitaria. Precisamente, ésta ha sido la

- (18) Algunos autores erróneamente han entendido que la Directiva de modificación del año 1992 ha suprimido esta exclusión, por cuanto que el texto originariamente publicado hacía referencia a la letra "b" del art. 1.2, cuando en realidad se refería a la letra "d", habiéndose hecho la corrección oportuna posteriormente en el Doce de 18 de febrero de 1993 por medio de la publicación de una corrección de errores. Incurrir en este error, por ejemplo, LÓPEZ MOSTEIRO, "La Directiva comunitaria...", *op. cit.*, pg. 815.
- (19) Art. 1.2.b: "La presente Directiva no se aplicará... a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozca esta noción)".
- (20) RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1813. GONZÁLEZ BIEDMA, "Licenziamenti...", *op. cit.*, pg. 311.
- (21) En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, "La aplicación de las normas...", *op. cit.*, pg. 355.
- (22) Cfr. sobre el particular, J.M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, ed. Cívitas, Madrid, 1995, pgs. 380 ss.

causa de que el Tribunal de Luxemburgo haya condenado en sendas sentencias a Italia y Bélgica por excluir sus legislaciones sobre despidos colectivos a ciertos grupos de trabajadores subordinados (23). Por lo que afecta a la legislación española ello comporta, en concreto, la necesidad de incluir dentro del ámbito de aplicación del procedimiento de regulación de empleo a cualquier tipo de relación laboral, incluyendo específicamente las consideradas como relaciones laborales de carácter especial. Como es sabido, la característica común de todas estas relaciones especiales es que a las mismas no les resulta de aplicación el Estatuto de los Trabajadores, rigiéndose pues por las normativa ad hoc para ella aprobada por el correspondiente Real Decreto. Ahora bien, la práctica totalidad de estos Reales Decretos proceden a su vez a remitirse a la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores, al menos por lo que aquí interesa, en materia de despidos colectivos. Existe alguna excepción, como serie el supuesto de los trabajadores al servicio del hogar familiar, si bien ello resulta perfectamente comprensible y justificable, si tenemos en cuenta que por sus características hoy en día resulta materialmente imposible imaginar una situación en la que se puedan superar los umbrales cuantitativos previstos en la Directiva y que posteriormente analizaremos.

2. Elemento objetivo: extinción del contrato de trabajo

El contenido de la Directiva tan sólo resulta de aplicación cuando se trata de adoptar una medida de reestructuración empresarial que comporta terminación de contratos de trabajo. Como es sabido en el ordenamiento español se contemplan otras medidas de menor intensidad, pero que también poseen efectos de incidencia directa sobre los niveles de empleo y a las cuales se les tienden a aplicar reglas asimiladas a las propias del expediente de regulación de empleo que concluye con extinciones contractuales. Me refiero en particular a

- (23) STJCE 8 junio 1982, asunto 91/81, Comisión v. República Italiana, Rec. 1982, pgs. 2133 ss: "en ciertos sectores, singularmente en la agricultura y en el comercio, no existe en Italia una situación normativa tan completa como la de la Directiva. Se constata, además, que los convenios colectivos italianos no exigen la notificación escrita de parte del empleador prevista por la Directiva, y que el sistema italiano no prevé, como exige la Directiva, la notificación a la autoridad pública competente de todo despido colectivo, y que la intervención de la autoridad pública competente para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos proyectados no es obligatoria". Un comentario a esta sentencia, R. FOGLIA, "Obblighi comunitari e licenziamenti collettivi", en *Il Diritto del Lavoro* n° 56 p. 2 (1982), pgs. 383 ss. STJCE 6 noviembre 1985, asunto 131/84, Comisión v. Reino de Italia, Rec. pgs. 3531 ss. STJCE 28 marzo 1985 asunto 215/83, Comisión v. Reino de Bélgica, Rec. pgs. 1039, ya citada y transcrita. Un comentario a esta sentencia en P. ZANELLI, "Direttiva comunitaria e licenziamenti collettivi: il caso belga", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 1986 p. 2, pgs. 225 ss.

reestructuraciones empresariales que desembocan en suspensiones de contratos de trabajo, reducciones de jornada de trabajo, transformación de contratos a tiempo completo en a tiempo parcial, modificaciones substanciales de condiciones de trabajo, traslados a centros de trabajo diferenciados. Pues bien, ninguna de estas medidas se ven afectadas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en cuestión, por cuanto que la misma se circunscribe exclusivamente a “despidos” (art. 1.1.a).

Debe tenerse presente también que resulta bastante habitual que cuando los despidos se efectúan con pretensión de continuidad de la actividad de la empresa, los mismos vengan acompañados o completados con estas otras medidas, que otorgan a la medida empresarial una comprensión de conjunto de todo el proyecto de reestructuración y a la postre justifican la viabilidad futura de la actividad empresarial desde el punto de vista laboral. En algunos casos, esa presentación de conjunto de la reestructuración a emprender puede resultar obligada, en la medida en que constituye objeto necesario de las consultas con los representantes de los trabajadores “las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento” (art. 2.2). Sin embargo, también debe advertirse que esas otras medidas de reestructuración por sí solas no se incluyen dentro del concepto de “despido”, por ende no entran directamente en el ámbito material de la Directiva; sólo lo hacen por vía indirecta, en la medida en que coadyuvan a la dulcificación de los efectos más perjudiciales de la pérdida plena del empleo. En particular, estas otras medidas de reestructuración no son tomadas en consideración a efectos de la cuantificación de los umbrales mínimos cuantitativos de los despidos colectivos (art. 1.1.a), ni deben mencionarse dentro del listado explícito de materias de indispensable información inicial a los representantes de los trabajadores (art. 2.3.b).

3. Elemento subjetivo: despido

La noción institucional de despido en sede comunitaria comporta remitirse a un acto jurídico de “resolución”, rescisión” o de “desistimiento”; como expresa literalmente la Directiva ha de tratarse de “despidos efectuados por un empresario” (art. 1.1.a). Ello comporta, pues, la terminación del contrato como consecuencia de una decisión de voluntad unilateral del propio empleador. Ello conduce a efectuar una serie de exclusiones de supuestos extintivos en los que o bien el empresario no interviene en términos formales en el acto desencadenante de la terminación de la relación laboral, o bien aunque sí interviene no es el único sujeto que decide la extinción: extinción por mutuo acuerdo, por voluntad unilateral del trabajador o bien extinción legal automática ipso iure. Acudiendo al listado de supuestos contemplado en nuestro art. 49.1 ET habría que dejar al margen, cuando menos, lo siguientes supuestos: a) por mutuo acuerdo de las partes; b) por las causas consignadas válidamente en el contrato; c) por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato; d) por dimisión del trabajador; e) por muerte o invalidez del

trabajador, cuando ésta última no es el resultado de una decisión unilateral del empresario; f) por jubilación del trabajador, cuando ésta no es resultado de una decisión unilateral del empresario, j) por voluntad del trabajador.

Expresamente la Directiva excluye de su ámbito de aplicación a “los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tareas determinadas” (art. 1.2). Ello se corresponde con las diversas modalidades de contratación temporal contempladas en nuestra legislación laboral nacional y en particular con las causas extintivas ya citadas recogidas en las letras “b” y “c” del art. 49.1 ET. Es una exclusión coherente con la definición dada de despido sólo como aquella extinción que es resultado de una decisión unilateral del empresario, pues en estos casos la terminación es resultado del mutuo acuerdo alcanzado por las partes en el momento de concertación del contrato, fijando para estos contratos temporales un plazo pre-determinado o bien una condición resolutoria que desencadena la extinción en el momento de su actualización. Al no poder afirmarse, por tanto, que será resultado de una resolución contractual, en la configuración jurídica de nuestra legislación nacional a estos supuestos ni siquiera se les califica como “despidos”, por lo que en sentido estricto del término lo que efectúa la Directiva en este punto es una exclusión de carácter meramente “declarativo” y en modo alguno de naturaleza “constitutiva”.

A tenor de lo anterior cae por su propio peso la excepción de la exclusión contenida al final del precepto que venimos comentando: “salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de estos contratos”. En estos casos de extinciones ante tempus de los contratos temporales si que se ha producido un cambio cualitativo, por cuanto que no se trata de la terminación ordinaria pactada en la correspondiente cláusula del contrato de trabajo, por lo que se verifica a instancia y por resolución unilateral empresarial, lo que la hace inscribirse en sentido estricto dentro de una manifestación de “despido” y como tal incluida de principio dentro del ámbito de la Directiva.

En lo que se refiere a la jurisprudencia comunitaria, ésta era interpretado, en consonancia con el concepto comunitario de despido, que la Directiva no resulta de aplicación cuando la extinción se produce como resultado de una denuncia de los trabajadores, que éstos pudieran pretender asimilar a un despido colectiva en cuanto que el hecho desencadenante de su resolución era una situación de inviabilidad de la actividad empresarial. Para la sentencia en cuestión la situación de dificultad económica de la empresa por sí sola no justifica la aplicación de la Directiva hasta que el empleador no se proponga realmente efectuar un despido colectivo (24). El supuesto tiene relevancia en lo que afec-

(24) STJCE 12 febrero 1985, asunto 284/83, SID v. Nilsen, REC. pgs. 553 ss: “La dénonciation par les travailleurs de leur contrat de travail à la suite d’une déclaration de cessation des paiements par l’employeur en peut pas être assimilée à un licenciement effectué par l’employeur au sens de la directive 75/129 du Conseil du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membre relatives aux licenciements collectifs”.

ta al caso español en la medida en que también debemos marginar aquellos casos en los que el expediente de regulación de empleo se pone en marcha como consecuencia de una iniciativa de los representantes de los trabajadores (25); si bien se trata de un supuesto notablemente excepcional en la práctica de las relaciones laborales en nuestro país, pervive como una posibilidad para situaciones de hecho de deterioro irreversible de la actividad empresarial con actitud de absoluta pasividad por parte del empleador; debe reiterarse, pues, a los efectos que estamos analizando que tales circunstancias formalmente son ajenas por completo a los despidos contemplados en la Directiva, salvo que lo que se haya producido no sea una iniciativa de los representantes sino la constatación de un despido tácito de la empresa sin sometimiento a formas de ningún tipo.

La primitiva versión de la Directiva, aquella que se remonta al año 1975, contemplaba la exclusión de aquellos despidos que eran resultado de "cese de las actividades del centro de trabajo cuando éste resulte de una decisión judicial" (art. 1.2.d). Sin embargo, se trate de una excepción que desaparece a partir de la aprobación de la Directiva de modificación de la anterior, ya citada, del año 1992. En todo caso, conviene advertir que, a partir de esta última fecha de 1992, se trata de un inclusión parcial, pues en preceptos sucesivos se permite que la legislación nacional de transposición no exija ciertos requisitos, en particular por lo que se refiere a la intervención mediadora por parte de la Administración Pública, imponiendo en ese terreno una obligación de notificación por escritos (arts. 3.1 p. 2 y 4.4). En cierto modo, estos casos de extinciones por decisión judicial han de calificarse como inclusiones "constitutivas", por cuanto en sentido estricto del término no se trata de extinciones "efectuadas por el empresario", sino que serían resultado de la institución del *factum principis*, es decir, por imposición de la autoridad pública como tercero ajeno a la persona del empleador y como tal con independencia de cual sea su voluntad. Los comentaristas de la Directiva han relacionado generalmente esta exclusión con las situaciones de suspensión de pagos o quiebra de las sociedades, en las que una resolución judicial da lugar a la liquidación de la sociedad de la que es titular la mencionada empresa (26). Ciertamente, por el contexto de la legis-

("...la assimilation préconisée par le Specialarbejderforbundet y Danmark donnerait aux travailleurs la possibilité de provoquer des licenciements contre la volonté de l'employeur et sans que celui-ci ait été en mesure de remplir les obligations qui lui sont imposées en exécution des articles 2 et 3 de la directive. Elle aboutirait au résultat exactement inverse de celui qui est recherché par la Directive, à savoir éviter ou réduire les licenciements collectifs").

(25) "Los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoacción del expediente a que se refiere el presente artículo, si racionalmente se presumiera que la no incoacción del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación" (art. 51.9 ET).

(26) RAMÍREZ MARTÍNEZ, "La extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1813.

lación nacional de otros Estados miembros, parece que la Directiva está pensando en este tipo de cesaciones de la actividad productiva, aunque en los términos de generalidad en que está redactada nada impediría imaginar otras situaciones; por ejemplo, resoluciones de cesación de la actividad por razones de orden público o de seguridad nacional. En todo caso, por lo que se refiere a la situación de la legislación española, ésta se atiene estrictamente a los parámetros comunitarios a partir de la reforma introducida en 1992; la normativa española no procede a una exclusión total de los trámites propios del expediente de regulación de empleo, si bien a tenor de la autorización de la Directiva excluye la intervención —tanto autorizatoria propia española como mediadora propia de la Directiva para la generalidad de los supuestos—. Eso sí, ha de entenderse sin margen de dudas que la fórmula vigente en España procede a una transposición suficientemente respetuosa con las exigencias comunitarias, por cuanto que en todo caso impone que las partes se sometan al obligado período de consultas y mantiene la necesidad de notificación por escrito a la autoridad laboral, en nuestro caso a efectos del reconocimiento de la prestación por desempleo (27).

Los únicos supuestos que pueden plantear dudas en una labor de concordancia con la legislación española son los recogidos en el art. 49.1 g ET: muerte, jubilación o incapacidad del empresario. El supuesto debe analizarse en la medida en que nuestra legislación nacional no obliga en estos casos ni a la consulta a los representantes de los trabajadores ni prevé la intervención de la autoridad laboral. Ante todo, hay que aclarar que se trata de una discusión más académica que otra cosa, pues el supuesto queda restringido a las empresas cuya titularidad formal la ostente una persona física, no afectando al grueso de las empresas que suelen adoptar formas diferentes de conformación de personalidad jurídica propia, incluidas en estos últimos casos empresas familiares o de reducidas dimensiones cuya titularidad real corresponde a una sola persona. Además, el supuesto sólo afecta a los ceses totales de la actividad empresarial, por cuanto que si se trata de reducciones parciales consecuencia de una asunción de la continuidad de la actividad empresarial por parte de los herederos ha de entenderse que sí que resultan de aplicación las reglas generales sobre despidos por causas económicas o empresariales. En fin, aquellas empresas cuya titularidad formal se remite a una persona física suelen ser de muy pequeñas dimensiones, motivo por el que normalmente estarán excluidas de la Directiva al no reunir el elemento cuantitativo, que comentaremos más sucesivamente,

(27) "El expediente de regulación de empleo para los supuestos de declaración de quiebra, cuando los sindicatos hubieran acordado la no continuidad de la actividad empresarial, o en otros supuestos de cese de la actividad de la empresa en virtud de decisión judicial, se tramitará a los solos efectos del acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del presente artículo en materia de período de consultas y del derecho a la indemnización a que se refiere el apartado 8".

pero que adelantamos exige cuando menos la presencia de empresa que den ocupación a 20 trabajadores. En todo caso, la posibilidad teórica de que se pueda dar un supuesto de cumplimiento del elemento cuantitativo exige su consideración.

A nuestro modo de ver existen argumentos de peso para inclinarse por la inclusión en el campo de la Directiva de las extinciones por muerte, jubilación o incapacidad del empresario (28). En primer lugar, conviene indicar que las posibles dudas acerca de su inclusión no derivan, desde la perspectiva española, del dato de que nuestra legislación parece no conceptuar a estos supuestos como manifestaciones de despidos. Frente a ello, debe recordarse lo dicho al inicio en relación con la noción de despido: lo decisivo no es la amplitud concedida a esta institución por la legislación nacional, sino la definición ofrecida por la propia Directiva. En este terreno también acabamos de comprobar cómo la Directiva tiende a ofrecer una definición netamente extensiva del término despido, hasta el punto de emplearlo para extinciones que propiamente no constituyen resoluciones unilaterales; ello nos obliga a adoptar un criterio restrictivo en la determinación de los supuestos extintivos a excluir.

Pero es que, además, son casos en los que la extinción se produce por voluntad del empresario que cuando menos deberían asimilarse a la institución del despido. En ninguno de estos casos cabe pensar que la extinción se produzca de forma automática, sin expresión de voluntad previa por parte de la dirección de la empresa. En el caso de la jubilación, el mero cumplimiento de una edad por el empresario no comporta el cese de la actividad empresarial, pues debe venir unida a la voluntad del empleador de jubilarse y, además, decidir no continuar la actividad productiva a través de representante; ello es así hasta el punto de que la propia jurisprudencia española se ha calificado a la jubilación del empresario como un supuesto de despido (29). Algo similar puede decirse respecto de la incapacidad, donde también es posible la continuidad de la actividad empresarial a través de representante (30). Incluso en el caso de muerte, tal evento no extingue por sí mismo el contrato, sino que depende de una decisión voluntaria de los herederos de no continuidad de la actividad empresarial, hasta el punto de que algunos autores han llegado a afirmar — quizá con cierta precipitación— que en tales casos los herederos “despiden” a

(28) Idéntica posición en M. COLINA y otros, *Derecho Social Comunitario*, 2ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pg. 425. GÓMEZ DE LA VEGA, “Los despidos colectivos...”, *op. cit.*, pg. 779. MONEREO PÉREZ, “Los despidos colectivos...”, *op. cit.*, pg. 100.

(29) J. RIVERO LAMAS, en prólogo al libro de M.C. ORTIZ LALLANA, *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, Madrid, 1985, pg. 10. Probablemente la única excepción se daría en aquellos casos singulares en los que el empresario se jubila forzosamente, debido al tipo de actividad que presta; piénsese a título de ejemplo en las jubilaciones de los notarios.

(30) ORTIZ LALLANA, “La extinción...”, *op. cit.*, pg. 445-449.

los trabajadores (31). Como dato significativo cabe indicar que en ninguna de las legislaciones de los Estados miembros se mencionan como supuestos autónomos de extinción a la muerte, incapacidad o jubilación del empresario (32), asimilándose normalmente a una manifestación más de despido y, concretamente, a un supuesto de fuerza mayor.

4. Elemento causal negativo: no inherente al trabajador

No cabe la menor duda que el procedimiento de despidos colectivos está concebido en el conjunto de la Directiva para afrontar las situaciones de excedentes de personal en la empresa, que pueden deberse a circunstancias de muy diversa índole, generalmente conectadas con un contexto económico, técnico, organizativo o productivo que, a juicio de la dirección de la empresa, requiere adoptar este tipo de medidas de reducción de personal vía despidos. Todo el contexto en el que se desenvuelve el procedimiento en ella previsto, tanto en lo que refiere al período de consulta con los representantes de los trabajadores como en lo que afecta a la intervención de la Administración Pública, lleva implícito este tipo de situaciones económicas o empresariales que afectan al centro de trabajo.

Ahora bien, conviene recordar que la Directiva intencionadamente ha evitado exigir al empleador la demostración de causas concretas que justifiquen su decisión extintiva. Por ello, en el momento de precisar el ámbito de aplicación de la Directiva en este punto se ha encontrado con la dificultad de que se deseaba, por un lado, que materialmente el procedimiento se circunscribiera a los despidos colectivos derivados de excedentes de personal, pero, al propio tiempo, de otro lado, evitar que por la vía indirecta de aludir a la tipología de despidos que debían articularse por el procedimiento de la Directiva se dedujera la presencia del principio de causalidad en el despido, que sobre todo abriera paso a un posible control sucesivo de legalidad de la medida en la medida en que no hubiera quedado suficientemente acreditada las presuntas exigencias económicas o empresariales desencadenantes de la medida empresarial. Con independencia de que sea práctica generalizada en todos los Estados miembros la imposición de este elemento causal, la Directiva no ha deseado elevarlo al rango de elemento común incorporado al acervo comunitario.

El mecanismo instrumental para lograr ese objetivo de delimitación material de la tipología extintiva, sin llegar a exigir motivación de fondo en la decisión empresarial, ha sido justamente utilizar una metodología de exclusión negativa: enumerar las causas de resolución contractual que en ningún caso se le impone el procedimiento de consulta e intervención administrativa al que alude la Directiva.

(31) RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Extinción del contrato...”, *op. cit.*, pg. 1811.

(32) La única excepción la constituye Bélgica, que sólo menciona el caso de la muerte del empleador, y Luxemburgo, para el caso de la incapacidad. Cfr. INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, *La terminación del contrato de trabajo en Europa occidental*, Madrid 1979. RAMÍREZ MARTÍNEZ, *op. y loc. ult. cit.*

En concreto, ello se hace cuando se afirma que entran en el ámbito de la Directiva los despidos colectivos aquellos efectuados por un empresario "por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores"; la construcción gramatical de la frase es negativa, con lo que, a la inversa viene a presuponer que cualquier otra causa no inherente a la persona del trabajador queda incluida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. La cuestión interpretativa se circunscribe, pues, a la determinación de cuales serían esos supuestos "inherentes a la persona del trabajador" que, como tales quedan fuera. Valga insistir, a pesar de la premiosidad del recordatorio, que ese elenco de supuestos ha de partir de la premisa de que debe construirse una noción comunitaria de lo que sea o no inherente, a efectos de que las imposiciones a las legislaciones de transposición sean comunes para todos los Estados miembros, al tiempo que se impida que quede en manos del legislador comunitario una manipulación de los imperativos de la norma comunitaria por la vía de interpretar a su gusto el alcance de la misma conforme a parámetros institucionales de la propia legislación nacional.

En todo caso, esa delimitación no resulta excesivamente compleja, dado que en Derecho comparado —con unas u otras denominaciones, ha cuajado una trilogía de causas resolutorias por el empleador que está en el trasfondo de esta temática; trilogía que igualmente se encuentra presente en el sistema legal español. Esta trilogía, empleando una terminología general, referible a cualquier modelo legal sería la siguiente: a) despidos fundados en previos incumplimientos del trabajador derivados de una conducta infractora voluntaria del mismo asalariado, es decir, lo que generalizadamente se conoce con la idea de despido disciplinario; b) despidos basados en falta de respuesta adecuada del trabajador en la ejecución del trabajo o tareas encomendadas por la dirección de la empresa, a pesar de que la conducta del asalariado se produzca involuntariamente o incluso haciendo un particular esfuerzo de diligencia, es decir, lo que habitualmente se incluye bajo la categoría de los despidos objetivos vinculados a la conducta del trabajador; c) despidos debidos a situaciones de excedentes de plantillas, donde resulta de todo punto irrelevante la precedente conducta o voluntad del asalariado, es decir, lo que coloquialmente se conoce como despidos colectivos, regulaciones de empleo o "redundancy".

Pues bien, a partir de esta trilogía, resulta relativamente fácil deducir que son los despidos del primero y segundo grupo lo que quedan excluidos de las exigencias de la Directiva. Elemento común a ambos es el hecho de que el despido queda conectado con una conducta previa del trabajador o bien con factores profesionales vinculados a la persona del trabajador; en otros términos, uno y otro, son "inherentes" a la persona del trabajador, atinentes al trabajador en función de su comportamiento o su capacidad personal de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Ahora sí, descendiendo al terreno positivo más inmediato de la referencia a la legislación vigente en el ordenamiento español queda fuera con toda seguridad los despidos por ineptitud del trabajador, falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas de su puesto de trabajo y la excesiva morbilidad (art. 52 a, b y c ET), por tratarse de circunstancias intrínsecas a la propia persona del

trabajador. Pero igualmente ha de darse por supuesto que se excluyen igualmente los despidos disciplinarios del art. 54 ET. Los despidos disciplinarios, por añadidura, van a quedar excluidos por el elemento cuantitativo, al ser generalmente despidos individuales. Sin embargo, también cabría pensar en supuestos de indisciplina colectiva o, más concretamente, de actividades huelguísticas ilícitas, frente a las que el empleador reaccionara con despidos en masa; a pesar de que se pudiera pensar que son también supuestos de decisiones individualizadas del empresario, lo cierto es que en la práctica se pueden presentar como medidas de conflicto colectivo de parte del empresario. A nuestro modo de ver, el contexto general de la Directiva, la finalidad con la que se da entrada a una intervención tanto de los representantes de los trabajadores como de la autoridad laboral, permiten interpretar que esa exclusión de los motivos inherentes a la persona del trabajador abarca también a las causas disciplinarias, a los motivos relacionados con la conducta del trabajador (33).

Excluido estos dos supuestos, concluiríamos diciendo que el primer grupo sí que entraría indiscutiblemente en el ámbito material de la Directiva, donde sin margen de duda el factor desencadenante del despido no motivos ajenos a la persona del trabajador o trabajadores despedidos. Por vía oblicua volvemos a afirmar que a la postre son las exigencias de tipo económico y empresariales las que constituyen el núcleo de los despidos colectivos reguladas por la Directiva. Sin embargo, ello no significa que tales causas sean las únicas incluidas dentro del ámbito de la Directiva (34). Reaparece aquí la técnica de delimitación negativa, en el sentido de que lo que hay que hacer es limitarse a afirmar que los supuestos a excluir son los que se integran en los dos grupos precedentes —art. 52 a, b y c y art. 54 ET—, estando incluidas todas las demás formas de extinción por decisión empresarial.

Ello viene corroborado por el propio Tribunal de Luxemburgo, cuando por medio de una sentencia consideró que la legislación británica incumplía la Directiva porque circunscribía la regulación a los despidos económicos, mientras que la norma comunitaria se extiende indiferenciadamente a cualquier despido colectivo (35).

(33) En el mismo sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1180.

(34) En el mismo sentido, R. FOGLIA, "Obblighi comunitari...", *op. cit.*, pgs. 385-386 RUIZ CASTILLO, "La acomodación del ordenamiento...", *op. cit.*, pgs. 22 ss.

(35) STJCE 8 junio 1994, asunto 383/92, Comisión v. Reino Unido, Rec. 1994 pgs. 2479 ss: "La Comisión sostiene que las disposiciones de la EPA tienen un ámbito de aplicación más limitado que el que establece la Directiva. Según esta institución la EPA sólo se aplica a los 'despidos económicos', es decir, según la interpretación que dan a estos términos los Tribunales británicos, a los casos de cese o de reducción de la actividad de una empresa y a los casos de disminución de la demanda de un trabajo de tipo especial, mientras que, según la letra a) del apartado 1 de su artículo 1, la Directiva se aplica a los 'despidos colectivos', es decir, a los despidos efectuados por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores: lo que comprende supuestos diferentes del mero 'despido económico'.

En definitiva, una vez más la Directiva ha querido emplear una noción amplia de despido colectivo, pues de lo contrario hubiera hecho una referencia positiva y directa a las situaciones de excedentes de empleo por razones económicas. Acudiendo nuevamente a la útil enumeración de tipos contenida en el art. 49 ET, habrían de quedar incluidos los siguientes apartados: g) muerte, jubilación e incapacidad del empresario; h) fuerza mayor; i) despido colectivo.

De todas ellas la más significativa desde la perspectiva española es la extinción por fuerza mayor. Efectivamente, nuestra legislación en materia de extinción por fuerza mayor no se adapta en absoluto a los requisitos de procedimiento impuestos por la Directiva (36): no se exige la realización de consulta alguna con los representantes de los trabajadores y, aunque existe control e intervención administrativa de la decisión empresarial no se respeta el plazo mínimo de treinta días hasta que surtan efectos los despidos, ya que éstos se producen desde la fecha misma del evento desencadenante de la fuerza mayor (art. 51.12 ET). Es cierto que la reforma del art. 51 ET, efectuada en 1994, incorpora para el supuesto de fuerza mayor la necesidad de “comunicación a los representantes legales de los trabajadores”, atribuyéndoseles a éstos la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del expediente administrativo; sin embargo, tal como se podrá comprobar más adelante, esa intervención no puede asimilarse a la actuación de consulta prevista en la propia Directiva.

En su momento se defendió la exclusión de la fuerza mayor de su campo de aplicación, en base a determinados acuerdos en el curso de las negociaciones para la integración de nuestro país en la Comunidad, que justificaban la exclusión por tratarse de uno de los supuestos de cese de las actividades por resolución judicial. La interpretación de la Directiva formulada por los representantes de la Comisión se fundaba en la idea de que la autorización administrativa en este caso equivalía a “una decisión de justice” (37). Ya en su momento dicha interpretación resultaba excesivamente “forzada” —valga la reiteración del término—, pues parecía claro que la propia literalidad de la Directiva se dirigía directamente a algún tipo de fallo judicial, pero en ningún caso referible a una intervención administrativa, de naturaleza netamente diferenciada y claramente deslindada por la propia Directiva cuando se prevé en los arts. 3 y 4 la actuación de la autoridad pública competente; de lo contrario, diríamos que ello también resultaría aplicable a la autorización por causas económicas o empresariales del resto del art. 51 ET. De otra parte, la exclusión de la Directiva

(El Gobierno del Reino Unido reconoció, en su respuesta al escrito de requerimiento que le ha dirigido la Comisión, que el Derecho británico no aplicaba plenamente la Directiva en este punto.

(Procede, por consiguiente, acoger el segundo motivo de la Comisión”.

(36) En este sentido, MONEREO PÉREZ, *Los despidos colectivos...*, op. cit., pgs. 93 ss. COLINA y otros, *Derecho social...*, op. cit., pg. 425. GÓMEZ DE LA VEGA, “Los despidos colectivos...”, op. cit., pg. 779. ARGÜELLES BLANCO, *Las modificaciones introducidas...*, op. cit., pg. 60.

(37) MULAS, “Sobre la Directiva CEE”..., op. cit., pg. 54.

conectaba con decisiones judiciales que desencadenaban “cese de las actividades del centro de trabajo”, cuando son también imaginables situaciones de fuerza mayor parciales, que den lugar a reducciones de empleo sin cese de actividades del resto del centro. Probablemente, al haberse obtenido por los negociadores españoles una declaración interpretativa de la Comisión favorable a nuestra legislación entonces vigente, se buscó un compromiso en la práctica de que la Comisión no iba a iniciar los trámites de presentación del recurso correspondiente ante el Tribunal de Luxemburgo. Pero, además, posteriormente dicha posible alegación ha decaído por completo. Recuérdese que la Directiva 92/56 de modificación suprimió como causa de exclusión la de los despidos que eran consecuencia de una decisión judicial, de modo que a partir de 1992 para los despidos colectivos derivados de resolución judicial resulta inexcusable el sometimiento al período de consulta de los representantes de los trabajadores.

También se argumentó entonces que el procedimiento de consulta de la Directiva sólo artificialmente podría extenderse a un supuesto —como es el de fuerza mayor— que aconseja un tratamiento específico, de mera constatación, como se da en nuestro Derecho (38). Naturalmente, constituye esta última más una argumentación de oportunidad que un razonamiento de directa interpretación positiva. Pero incluso en este terreno, tampoco resulta una opinión plenamente compartible; en el fondo, tras cualquier hipotética situación de fuerza mayor se esconde una situación de dificultad empresarial, por motivos económicos, técnicos o productivos, o de lo contrario no quedaría justificada la reducción de empleo; por ello también en estos casos parece oportuno constatar hasta qué punto la situación empresarial es estructural, el daño causado es de tal intensidad que impida la continuidad de la actividad, hasta qué punto ello resulta obligado el cierre total de actividades, si realmente la reducción de empleo contribuya a la viabilidad futura de la empresa en su conjunto, en qué medida la paralización no es meramente coyuntural por breve período que sólo desencadena una suspensión de la relación laboral conforme al art. 47 ET. En suma, circunstancias todas ellas que justifican plenamente la consulta a los representantes de los trabajadores, en idénticos términos a cualquier otra regulación de empleo por causas económicas o empresariales. La propia modificación de la Directiva, imponiendo la consulta incluso en casos de cese por decisión judicial ahonda aún más los argumentos aquí expuestos.

Por otra parte, si la fuerza mayor es real y el problema reside en la cesación inmediata de las relaciones laborales desde el momento del evento desencadenante de la misma existirían también instrumentos técnicos alternativos que combinaran esta necesidad junto con el respeto debido al plazo de preaviso en la Directiva, de 30 días previos a la efectividad del despido; tal como se ha indicado con acierto, siempre quedaría abierta la exención del pago de los salarios durante esos días, por tratarse de una situación de imposibilidad de efectuar la prestación laboral por causas no imputables al empleador (art. 30 ET) (39).

(38) MULAS, op. y loc. cit.

(39) RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Extinción del contrato...”, op. cit., pg. 1814.

5. Elemento cuantitativo: umbral mínimo de colectividad

La legislación vigente, a través de la nueva redacción dada desde 1994 al despido por amortización de puesto de trabajo del art. 52 c ET, habilita un nuevo cauce para los despidos colectivos de menor intensidad numérica. Como dice la exposición de motivos de la Ley 11/1994, "la norma opta por mantener parcialmente el sistema vigente de intervención administrativa en los despidos colectivos —aunque clarificando y objetivando dicha intervención— en todos aquellos supuestos en que, en función de la necesaria intensidad de la medida, los intereses económicos y sociales deben ser ponderados. Por contra, aquellos en los que predominan los intereses de carácter individual pueden ser remitidos simplemente a los instrumentos jurídicos establecidos, con carácter general, para la defensa de dichos intereses". A lo que habría que añadir, algo mucho más relevante a efectos de la Directiva de despidos, que para esos otros donde predomina el carácter individual, no solamente se suprime la intervención administrativa, sino también la fase previa del período de consulta con los representantes de los trabajadores.

Esta posibilidad de acudir al despido objetivo de efectos inmediatos por decisión empresarial, sin necesidad de acudir a mecanismos previos de control, desde luego no es plenamente novedosa en nuestro ordenamiento, por cuanto que como tal causa ya se encontraba establecida desde la década de los años 70', primero a través del art. 39 del Decreto Ley de Relaciones de Trabajo y, sucesivamente, por medio de la primera versión del año 1980 del art. 52 c) del propio Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, el cúmulo de requisitos formales y sustantivos establecidos al efecto, convertían a éste supuesto en una modalidad de resolución contractual ciertamente excepcional y marginal, de modo que la generalidad de los despidos colectivos legalmente se deberían encauzar por la vía de los expedientes de regulación de empleo del art. 51 ET. Ahora bien, lo que introduce como novedad la nueva regulación en materia de despidos, a través de los conocidos umbrales cuantitativos y otras medidas conexas, es precisamente suprimir o reducir según las materias los requisitos formales y de fondo relativos al despido del art. 52 c) ET, de forma que esta modalidad se convierte en un procedimiento de efectiva posible utilización por parte de las empresas.

Y, precisamente, para materializar esa frontera, entre las dos modalidades de los despidos autorizados del art. 51 ET y de los despidos ipso iure del art. 52 c) ET, nuestro ordenamiento acude al criterio de los umbrales cuantitativos que se contemplan en la Directiva comunitaria (40).

(40) J. MONTALVO CORREA, "Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo", en AA.VV., *La reforma de la legislación laboral*. Estudios dedicados al prof. MANUEL ALONSO GARCÍA, Marcial Pons, Madrid 1995, pg. 331. Con carácter general sobre el particular, cfr. E. GARRIDO PÉREZ, "El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados", en AA. VV. (J. CRUZ VILLALÓN coord.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, ed. Tecnos, Madrid 1996, pgs. 72 ss.

La redacción de la Directiva es muy minuciosa, recogiendo múltiples variantes, en la medida en que combina al mismo tiempo tres tipos de factores: el número de trabajadores afectados, la dimensión habitual de la plantilla y el período de cómputo para calcular el número de trabajadores afectados. En todo caso, lo más significativo de toda esta formulación es que la Directiva es consciente de las importantes diferencias existentes entre las organizaciones productivas de pequeñas dimensiones y aquellas otras de mediano y gran tamaño. A partir de esa constatación, la Directiva ha preferido excluir de su ámbito a todas las entidades pequeñas, dejando plena libertad a los Estados miembros para regular el procedimiento de despidos colectivos en estas organizaciones productivas. Por ello, la Directiva no es referible a los supuestos de nuestro art. 52 c) ET.

En cuanto a los detalles concretos, la Directiva permite que las legislaciones nacionales opten por dos sistemas, en función de que se prefiera tomar en consideración un período más o menos largo de tiempo en el que va a producirse el conjunto de los despidos (art. 1.1.a); en otros términos, o bien una escala en período corto, o bien cuantía única en período. Si se van a considerar el conjunto de los despidos a efectuar en un período de 30 días, la aplicación de la Directiva dependerá a su vez de la plantilla habitual de la empresa: si ésta se encuentra entre los 21 y 99 trabajadores (ambos incluidos), será de aplicación la Directiva cuando el número de despedidos sea igual o superior a los 10 trabajadores; si la plantilla se encuentra entre los 100 y 299 trabajadores (ambos incluidos), será aplicable cuando el número de despedidos sea al menos el 10 % de la plantilla; finalmente, si la plantilla es igual o superior a los 300 trabajadores, cuando el número de despedidos sea al menos de 30 trabajadores. La otra alternativa de posible opción por las legislaciones de transposición es un sistema en el que el conjunto de despidos a efectuar se pueda producir en un período de 90 días; en cuyo caso la Directiva se aplica cuando el número de despedidos sea igual o superior a 20 trabajadores, siendo en este caso indiferente el número de trabajadores habitualmente empleados en el establecimiento afectado.

La normativa vigente en España aparentemente coge por la calle de en medio, pues no hace otra cosa que tomar la escala de la Directiva, pero en el período largo de los 90 días. En realidad, lo relevante desde la perspectiva aquí analizada es sí se ha producido una adecuada transposición de la Directiva comunitaria. Y a esto último no puede efectuarse reproche alguno, pues el resultado es siempre una regulación más favorable desde la perspectiva del trabajador por parte de la legislación española, en aplicación del art. 5 de la Directiva; en concreto, puede contemplarse como la aplicación de la primera alternativa, si bien ampliando el período de referencia, con lo cual abre el abanico temporal de cómputo de la escala y son más los despidos que pueden ser objeto de cómputo.

La norma no precisa a partir de cuándo debe contabilizarse el plazo de 90 días, debiendo presumirse que será a partir del momento en que la empresa inicia la reestructuración empresarial, tomando la iniciativa de un despido. En

nuestro sistema de regulación de empleo creo que ello no provoca mayores dificultades, dado que, como es sabido se suele comenzar acudiendo a las medidas menos traumáticas de las bajas incentivadas, que funcionan como punto de arranque de la reestructuración y, a los efectos aquí analizados, como punto de arranque del cómputo del plazo; es decir, en la práctica, se computarán 90 días hacia atrás, respecto de cualquier despido que adopte el empresario por causa económica o empresarial, incluidos obviamente los de amortización del art. 52 c ET, a los cuales se les sumarán los proyectados en el instante de cómputo (41).

Mayores dudas se suscitan, en cambio, en lo que afecta al elemento espacial de referencia para el cómputo. En efecto, mientras que la Directiva menciona expresamente y con reiteración que ha el número de despedidos y de trabajadores totales de la entidad previos a la reducción de empleo se han de computar con relación al "centro de trabajo" (42), para la normativa española el elemento referencial ha de ser la "empresa" en su conjunto (43). A estas alturas, por lo que se refiere al legislador español, no puede considerarse que la mención a la "empresa" se efectúe de forma imprecisa o con falta de precisión técnica, cuando existe una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico en el empleo de la diferencia entre centro y empresa, al mismo tiempo que en el propio Estatuto de los Trabajadores existe una definición legal taxativa de la noción de centro de trabajo (art. 1.5). De igual forma, no parece tampoco plausible que se trate de un mero error u olvido respecto de lo previsto en la Directiva comunitaria, cuando como hemos visto en la fijación de este umbral cuantitativo la reforma legislativa de 1994 ha redactado el art. 51 ET con atención preferente a la redacción de la Directiva. Asimismo, llama particularmente la atención la opción en el art. 51 en favor del referente a la empresa, cuando lo más generalizado en nuestro país es que los expedientes de regulación de empleo se realicen a nivel de centro de trabajo, desarrollando el período de consultas con unos representantes legales que actúan a nivel de centro de trabajo.

En todo caso, el interrogante a resolver es el de dilucidar si este sistema efectúa una transposición correcta de la Directiva comunitaria. Para ello, una vez más, debe insistirse en que si la Directiva utiliza el término "centro de trabajo", debe procederse a una lectura inmediata del texto comunitario, sin poder dejar al arbitrio de los Estados miembros la decisión acerca del ámbito espacial al que abarca esa institución en cada una de las legislaciones nacionales. Precisamente esta materia ha sido objeto de tratamiento por el Tribunal de Luxemburgo, el cual ha considerado que existe una noción comunitaria de cen-

(41) F. VALDÉS DAL-RÉ, "Los despidos por causas económicas", en AA. VV., *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 1994, pg. 413. MONTALVO CORREA, "Delimitación jurídica...", *op. cit.*, pg. 348.

(42) PRADOS DE REYES, "La reforma de los despidos...", *op. cit.*, pg. 152. MONEREO PÉREZ, *Los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pg. 54.

(43) MONTALVO CORREA, "Delimitación jurídica...", *op. cit.*, pg. 347.

tro de trabajo, por lo que ha llegado a condenar a Dinamarca precisamente porque en este país se admitía utilizar como ámbito de referencia la empresa e incluso el grupo de empresa (44). A mayor abundamiento, esta sentencia entiende que, aunque se precian discrepancias entre las diversas versiones lingüísticas (45), en el curso de la elaboración de la Directiva se era consciente de la diferencia entre empresa y centro de trabajo, habiéndose optado en la redacción final en favor del centro de trabajo (46), concluyendo la presente sentencia por ofrecer ella misma un concepto de centro de trabajo como interpretación auténtica de la Directiva y, con ello, entendido a tal centro como una unidad productiva de menores dimensiones integrada como una parcela o fragmento de la empresa (47); curiosamente con una idea de centro de trabajo bastante próxima a la definición legal de las misma presente en la legislación nacional española.

Así, como primera conclusión, habría que afirmar que la normativa española no traspone adecuadamente la Directiva comunitaria en este punto, por cuanto que de principio debería haber hecho apelación al centro de trabajo y no a la empresa (48).

(44) STJCE 7 diciembre 1995, asunto 499/93, *Rockfon v. SID*, Rec. pgs. 4291 ss: "A este respecto debe señalarse que el concepto de 'centro de trabajo', a efectos de la Directiva, constituye un concepto de Derecho comunitario y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros".

(45) "Las distintas versiones lingüísticas de la Directiva emplean una terminología ligeramente distinta para designar el citado precepto, a saber: 'betrib' en la versión alemana; 'establishment' en la inglesa; 'virksomhed' en la versión danesa; 'centro de trabajo' en la versión española; 'yritys' en la versión finesa; 'établissement' en la versión francesa; 'epixeiqnon' en la versión griega; 'stabilimento' en la versión italiana; 'plaatselijke eenheid' en la versión neerlandesa; 'estabelecimento' en la versión portuguesa y, finalmente, 'arbetsplats' en la versión sueca". Añadiendo que "las distintas versiones lingüísticas de una norma comunitaria deben ser objeto de una interpretación uniforme por lo cual, en caso de discrepancia entre las citadas versiones, dicha disposición debe ser interpretada en función de la sistemática general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte".

(46) "Esta interpretación se ve corroborada por el hecho de que la propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión utilizaba el término 'empresa' y que el último párrafo del apartado 1 del artículo 1 de la propuesta definía este concepto como 'unidad local de empleo'. Sin embargo, parece que el Consejo decidió sustituir el término 'empresa' por el de 'centro de trabajo', lo cual tuvo como consecuencia la supresión de la definición inicialmente contenida en la propuesta, que se consideró superflua".

(47) Procede, pues, interpretar el concepto de 'centro de trabajo', que figura en la letra a) del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva, en el sentido de que la designa, según las circunstancias, aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido. A efectos de la definición del concepto de 'centro de trabajo' no resulta esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos".

(48) En este sentido, A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1995, pg. 482.

Ahora bien, la anterior afirmación requiere de cierta matización de detalle, pues tampoco es cierto que la solución española sea de todo punto contradictoria con las exigencias de la Directiva. En efecto, el punto referencial para efectuar un pronunciamiento definitivo debe ser el de comprobar en la práctica los efectos concretos que produce en el caso español la sustitución del centro por la empresa. En concreto, como también indicará la sentencia últimamente citada, el elemento de comparación entre Directiva y norma de transposición debe ser finalista, es decir, debe atender a si con ello se reduce o amplía el ámbito de la exigencia de consulta a los representantes de los trabajadores y de intervención de la autoridad laboral (49). En última instancia se trata de comprobar, de nuevo a la luz del art. 5 de la Directiva, si la solución española es o no más favorable desde la perspectiva de la garantía de los trabajadores (50). A estos efectos, el Tribunal de Luxemburgo al resolver la cuestión prejudicial, actúa con cierta similitud al recurso de amparo constitucional español, es decir procede a resolver un asunto concreto, eludiendo formular un criterio general omnicompresivo y, como tal, toma muy en consideración los resultados concretos que en ese caso producía el tomar como referencia la empresa y no el centro de trabajo (51). En definitiva, la respuesta no puede ser unitaria, pues depende del nivel de la escala en el que nos situemos. Así, no parece asumible el criterio de que la referencia a la empresa resulta más favorable en un contexto dominado por las pequeñas y medianas empresas (52), pues hay casos concretos en que la fórmula española resulta más perjudicial. En esa comparación habría, de un lado supuestos en los que el cómputo tanto a nivel de centro como a nivel de empresa no produjera diferencias de resultados, mientras que en otros sí los produciría. Grosso modo, se puede apuntar que para unidades muy pequeñas o muy grandes, resulta más favorable la fórmula española, en tanto que en la franja intermedia puede resultar más favorable el sistema comunitario. En todo caso, puesto que se juega con diversas variantes —ámbito de

(49) "la Directiva fue adoptada sobre la base de los artículos 100 y 117 del Tratado CEE. Este último precepto alude a la necesidad de que los Estados miembros promuevan la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso. Según el primer considerando de la Directiva, ésta tiene precisamente por objeto reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos".

(50) En este sentido, STSJ, Castilla-La Mancha 27 junio 1995, Ar. 2600; Cataluña, 19 julio 1995, Ar. 3118.

(51) "una interpretación de dicho concepto en el sentido preconizado por Rockfon permitiría a las sociedades que forman parte de un mismo grupo dificultar su sujeción a la Directiva, confiando a un órgano de decisión distinto la decisión de despido. De esta forma, podrían eludir también la obligación de observar determinados procedimientos concebidos para la protección de los trabajadores, con lo cual importantes grupos de ellos podrían verse privados del derecho a ser informados y oídos, que la Directiva normalmente les reconoce".

(52) Cfr. F. NAVARRO NIETO, *Los despidos colectivos*, Madrid, 1996, pgs. 101-102.

referencia, plantilla de trabajadores a nivel de centro y de empresa, trabajadores afectados por la reducción de empleo—, las posibilidades son múltiples, por lo que según los casos concretos de cada medida empresarial habría que efectuar una comparación Directiva-legislación española para advertir la mayor o menor favorabilidad.

Otro elemento de relativa complejidad en la aplicación del umbral numérico refiere al elemento de los trabajadores que deben ser objeto de cómputo para determinar si se supera o no la frontera. Naturalmente, en ese cómputo entran todos aquellos trabajadores a despedir conforme a los elementos de definición precedente. Pero, además la Directiva, a partir de la modificación de 1992, también incluye "a efectos del cálculo de despidos previstos en la letra a) del párrafo primero se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos cinco" (art. 1.2 in fine). La norma española de transposición procede a copiar prácticamente el tenor de la Directiva, si acaso con sólo dos matizaciones: una, que de ese cómputo se excluyen expresamente las extinciones de contratos temporales a su vencimiento ordinario; otra, que respecto al límite mínimo de cinco utiliza la expresión pronominal "su" (53).

Con carácter general, la finalidad del precepto resulta relativamente fácil de comprender: se trata de incorporar al cómputo otra serie de extinciones que formalmente no se producen por el procedimiento de regulación de empleo, pero que sociológicamente atienden a la misma razón de ser; es decir, resulta bastante habitual que, coetáneamente a la medida en cuestión consultada a los representantes, el empresario adopte medidas no traumáticas de reducción de empleo, si bien legalmente se articulen por otra vía. Por ello, lo que preocupa a la Directiva es si la reestructuración empresarial, en su conjunto y tomando en consideración estas extinciones satélites, afectan a un grupo numeroso o reducido de asalariados en el conjunto de la empresa; así, estas otras extinciones, son tomadas en consideración a efectos de decidir si debe ponerse en marcha el procedimiento colectivo o bien cabe el canal del despido ipso iure, pero advirtiéndose que esas otras extinciones ellas directamente no se someten a los requisitos procedimentales de consulta a los representantes e intervención de la Administración Pública (54).

(53) "Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco".

(54) FUENTES RODRÍGUEZ, "Las modificaciones...", *op. cit.*, pgs. 452 ss. ARGÜELLES BLANCO, "Las modificaciones introducidas...", *op. cit.*, pg. 58.

Los problemas aplicativos, en esta medida, se sitúan en precisar qué tipo de extinciones en la práctica van a entrar materialmente en el cómputo. La dificultad deriva del hecho de que, tanto la Directiva como la norma española de transposición resulta academicista y dogmática en exceso, lo que obliga a una labor hermenéutica de concreción al caso concreto, por la doble vía de exclusión como de inclusión. Para ello, a nuestro juicio, debe ponderarse sobre todo la finalidad del precepto en los términos antes referidos.

Por lo que afecta a las exclusiones, quedarían fuera cuatro supuestos.

En primer lugar, las extinciones de los contratos temporales a la llegada del término o cumplimiento de la condición resolutoria, por mención expresa de la norma española, que los deja fuera del cómputo, a nuestro juicio además sin con ello contradecir el designio de la Directiva (55). Es cierto que en la normativa española la extinciones en estos casos no son automáticas, sino que requieren de la previa denuncia de una de las partes y que en la generalidad de los casos quien efectúa esta denuncia es el empleador. Sin embargo, a mi juicio, esta denuncia no puede identificarse con una "iniciativa" empresarial en los términos de la Directiva, pues esta previsto en el propio compromiso contractual la conclusión de la relación laboral, la denuncia actúa a estos efectos como un mero recordatorio a efectos de impedir la prórroga automática del contrato y, sobre todo, se trata de extinciones que no comportan alteraciones de las dimensiones de la plantilla sobrevenidas no previstas de antemano, que es lo que constituye la finalidad principal del sistema comunitario. En segundo lugar, también quedarían excluidas las extinciones atinentes a la conducta o aptitudes profesionales del trabajador, por ser inherentes a su persona, en los términos que ya describimos al analizar el elemento causal negativo, por ser de mención expresa tanto en la Directiva como en la norma española: despidos disciplinarios, objetivos del art. 52, excluido el supuesto c, invalidez del trabajador. En tercer lugar, extinciones a iniciativa del trabajador o a iniciativa conjunta de ambas partes. En cuarto lugar, extinciones que se producen de forma automática al cumplimiento del elemento objetivo descrito por el legislador, sin iniciativa de parte alguna: muerte del trabajador. De todos estas exclusiones, la que puede presentar mayores flancos a la crítica sería la relativa a los despidos disciplinarios, pues por lo que se refiere a la perspectiva española bien es sabido que se sigue produciendo un uso desviado de esta modalidad extintiva, en términos tales que tras muchos despidos disciplinarios improcedentes se esconde una necesidad real de la empresa de reducción de empleo, por lo que en la clave sociológica antes dicha también forma parte de los mecanismos satélites o complementarios utilizados por la empresa. Por ello, en la medida en que se empleara el despido disciplinario como una vía de fraude de ley para evitar, entre otras cosas, la no superación de los umbrales, no concurriendo un despido por razón de la conducta del trabajador —por motivos no inherentes a su persona— sí que deberían entrar dentro del cómputo de referencia.

(55) En sentido contrario, ARGÜELLES BLANCO, "Las modificaciones introducidas...", *op. cit.*, pg. 59.

Como elemento de contraste positivo, sí que serían objeto de cómputo los siguientes supuestos (56).

En primer lugar, los que vulgarmente se conocen como "bajas incentivadas", es decir, aquellas extinciones consecuencia de mutuo acuerdo de ambas partes (49.1.a), de dimisión del trabajador (art. 49.1.d), por jubilación del trabajador (49.1.f), siempre y cuando en estos casos se verifique una previa iniciativa empresarial en el sentido de que haya una propuesta o iniciativa empresarial que favorezca la extinción. En segundo lugar, las extinciones por voluntad del trabajador que sean resultado de lo que se conoce como "despidos indirectos", es decir, fundados en incumplimientos previos del empresario (art. 49.1.j) o en modificaciones substanciales de las condiciones de trabajo (arts. 40, 41 y 50 ET). En tercer lugar, los despidos ipso iure precedentes que se han articulado por la vía del art. 52 c ET.

De otra parte, en cuanto al tope mínimo de los 5 trabajadores, como apuntamos hay un pequeño matiz diferencial en la redacción del Estatuto español, en cuanto que lo refiere a que "su número sea, al menos, de cinco". Esa expresión pronominal no es fácil de interpretar, pues al menos presenta tres alternativas de posible lectura: 1) que el número se refiera a los trabajadores despedidos por la vía del art. 51, sin contar para nada las otras extinciones de acompañamiento, que es justamente la previsión literal y clara de la Directiva; 2) que el número refiera exclusivamente a las extinciones adicionales en el cómputo, pero sin contar las que son despidos colectivos propiamente dichos; 3) que el número se refiera a ambos sumadas, al total de extinciones, tanto de los despidos colectivos como de las extinciones adicionales de acompañamiento coetáneo. Me inclino por la tercera de las alternativas posibles, por ser la más acorde con la dicción literal, al tiempo que sería respetuosa con la exigencia de la Directiva. La Directiva ciertamente contempla la primera de las opciones, por lo que la tercera no podría entenderse como transposición contraria, en la medida en que una vez más podría jugar la mayor favorabilidad. La primera alternativa debe rechazarse, porque en la redacción gramatical del precepto no aparece referencia directa a los despidos colectivos como sujeto de la frase principal, con la que se pueda conectar el pronombre posesivo; al ser una transposición en la que se altera parcialmente la redacción de Directiva debe entenderse como una voluntad de no copiar en su plenitud el ámbito mínimo exigido por la misma. La segunda alternativa, aunque podría responder correctamente a una interpretación literal del precepto, ha de rechazarse porque no se adecúa al mandato comunitario, que inexorablemente exige que el número de cinco cuando menos se refiera a los despidos colectivos.

(56) Sobre el particular, GARRIDO PÉREZ, "El ámbito material...", *op. cit.*, pg.s.107 ss. VALDÉS DAL RÉ, "Los despidos...", *op. cit.*, pg. 409. S. DEL REY GUANTER, "Los despidos por 'causas empresariales' y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)", *RL* nº 17-18 (1994), pg. 195.

Finalmente, la Directiva introduce un elemento de "habitualidad" en el cómputo de la dimensión de la plantilla, que no se recoge en la dicción del Estatuto de los Trabajadores español: "que empleen habitualmente" repite en varias ocasiones la Directiva. No se trata de la cifra concreta en el momento exacto en que la empresa toma la iniciativa de despedir (57) —pues de lo contrario sobre el adverbio "habitualmente"—, sino de la cifra de ocupación media en la empresa. Se trata de un dato relevante dado que para el cómputo de la dimensión de la plantilla se toman en consideración tanto los trabajadores temporales como los fijos (58), lo que puede hacer variar notablemente la cifra a lo largo del año. Sin embargo, se echa en falta un período legal de referencia cual es esta cantidad habitualmente en la empresa, no siendo claro que sea posible tomar como referente el período de 90 días, más pensado para computar el número de afectados que el de dimensión de la plantilla, como vimos ya con anterioridad.

III. EL CONTENIDO DE LA ARMONIZACIÓN

Una vez concluida la descripción del campo de aplicación, corresponde entrar en el análisis de fondo de la Directiva, para analizar cuál es en particular su objetivo armonizador y hasta qué punto su contenido puede llegar a suponer una fuerte restricción a la libertad de despido de las empresas, en qué medida puede implicar un elemento de rigidez en las políticas de reestructuración empresariales.

Comenzar insistiendo que la finalidad de la armonización se restringe al establecimiento de reglas de procedimentalización de los poderes empresariales, es decir, a la imposición de una serie de controles previos a la adopción de una decisión empresarial de llevar a cabo un despido colectivo. En esencia, lo que impone la Directiva es la necesidad de consulta previa a los representantes de los trabajadores y de notificación igualmente previa de la voluntad extintiva a la autoridad pública competente con vistas a una posible intervención mediadora. El contenido de la Directiva no limita, en lo sustancial, las facultades resolutorias de los empresarios, en la medida que las intervenciones de las partes sociales y del poder público no van en detrimento de la libre decisión resolutoria del empleador. Desde un punto de vista formal, tales intervenciones lo único que hacen es dilatar en el tiempo la efectividad de los posibles despidos, obligar a una congelación en el tiempo de la decisión extintiva para abrir un período de reflexión sobre la profundidad de la crisis empresarial y las consecuencias negativas sobre el empleo de la reducción de plantilla. En los términos de mínimo de derecho necesario de la Directiva, la intervención de estos otros sujetos no altera ni condiciona la unilateralidad de la decisión del empresario, quien —una vez evacuada la consulta a los representantes o permitida la

(57) En sentido contrario, MONEREO PÉREZ, *Los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pgs. 54-55.

(58) En términos dubitativos, MONTALVO CORREA, "Delimitación jurídica...", *op. cit.*, pg. 347.

actuación de la Administración— conserva la plena libertad de decidir si mantiene o no su voluntad de reducción del empleo en la empresa. Ni a los representantes de los trabajadores se les concede una facultad de veto o impugnación, ni a la Administración se le otorga un poder de autorización o en general control de oportunidad de los despidos. Sin querer con ello minusvalorar su importancia ni mucho menos, pero si debe comenzar por afirmarse que la Directiva 75/129 introduce básicamente una armonización en el procedimiento de despido colectivo, sin afectar a los elementos sustanciales de las facultades de gestión empresarial (59). Diferente es que, a través de la cláusula genérica de mayor favorabilidad del art. 5, las legislaciones nacionales puedan otorgar un valor condicionante real a la intervención de terceros.

IV. CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

De acuerdo con la Directiva, cuando el empleador pretenda efectuar despidos colectivos está obligado a realizar consultas con los representantes de los trabajadores con vistas a alcanzar un acuerdo (art. 2.1). Del contexto general de la Directiva, resulta evidente que la intervención de los representantes ha de producirse con carácter previo a la efectividad de los despidos. La Directiva de modificación de 1992, en concreto, precisa que esa consulta habrá de efectuar "en tiempo hábil". Por lo que se refiere a España, nuestra normativa ofrece un panorama complejo, dada la presencia de un doble canal de representación y, además, con una cierta imprecisión en el deslinde de competencias (40). En todo caso, se trata de una cuestión propia de nuestra legislación interna, en la que no entra ni pretende condicionar la Directiva sobre despidos colectivos. La norma española en este punto efectúa un seguimiento fiel del precepto comunitario e incluso se podría decir que va aún más allá: "durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo" (art. 51.4 p.3 ET).

En el ámbito de las relaciones de poder y, en particular, en los momentos de adoptar determinadas decisiones, no se pueden minusvalorar en absoluto las reglas de procedimiento. En ocasiones la procedimentalización del ejercicio de los poderes conduce a una limitación sustantiva. El simple hecho de que se imponga como obligatoria la intervención de los representantes de los trabajadores en la decisión de llevar a cabo unos despidos colectivos, sobre todo cuando esta intervención debe ser necesariamente previa a la efectividad de la medida extintiva, le otorga a estos representantes un poder de influencia real sobre la gestión empresarial (60). Más allá del grado de vinculabilidad formal otor-

(59) RUIZ CASTILLO, "La acomodación...", *op. cit.*, pgs. 17-18. F. POCAR, *Derecho comunitario del trabajo*, ed. Cívitas, Madrid 1988, pg. 248. R. FOGLIA, *Obbligazioni comunitarie...*, *op. cit.*, pgs. 353 ss.

(60) Por todos, KRAVARITOU-MANITAKIS, "La proposition de Directiva...", *op. cit.*, pg. 137. LÓPEZ LÓPEZ, "La aplicación de las normas...", *op. cit.*, pg. 356-

gado por la norma a la consulta de los representantes, lo cierto es que la misma se convierte en un importante instrumento de control de las decisiones empresariales, que, en términos prácticos, comporta una significativa limitación de la discrecionalidad del empleador respecto a las posibles reducciones de empleo. El que la Directiva no introduzca el principio de causalidad del despido, sólo va a suponer la imposibilidad del control judicial a posteriori de la razonabilidad de la decisión empresarial, y ello siempre que la legislación nacional correspondiente no introduzca de motu propio el mencionado principio, como sucede en España. Pero, por la vía de hecho, se fuerza la causalidad del despido. Al tener que informar al empleador a los representantes de los trabajadores, acerca de los motivos determinantes de los despidos, se ve obligado a presentar unas circunstancias de carácter económico o empresarial lo suficientemente fundadas como para poder hacer frente a la previsible presión de los trabajadores en ese trámite de consulta. En definitiva, al introducir en el procedimiento de adopción de los despidos colectivos la necesidad de la consulta previa, se están facilitando las acciones de presión de los trabajadores en defensa de sus intereses, al mismo tiempo que se fuerza al empleador a justificar los motivos determinantes de los despidos.

Sin duda, el aspecto que puede presentar una mayor dificultad interpretativa es el relativo a la naturaleza de la intervención de la representación de los trabajadores. La forma en que se redacta la Directiva en este punto presenta una manifiesta contradicción, en cuanto que utiliza dos expresiones antitéticas (61). Por una parte, se atribuye a los representantes una competencia de "consulta", pero inmediatamente a continuación se afirma que la misma tendrá por objeto "alcanzar un acuerdo". Consideradas ambas por separado, se trata de dos actividades netamente diferenciadas: la primera, una mera recepción por el empleador del parecer de los representantes sobre la conveniencia de los despidos; la segunda, una intervención cualitativamente más incisiva, una auténtica negociación entre las partes sociales.

Esta inicial contradicción de la Directiva sólo puede explicarse teniendo presente su largo proceso de elaboración, y las posiciones encontradas de sindicatos y asociaciones empresariales respecto a la oportunidad y contenido concreto que debería adoptar la armonización en materia de despidos colectivos. Todo ello dará como resultado una Directiva de compromiso, con el que las instituciones comunitarias buscarán una redacción que quede a medio camino entre las aspiraciones de unos y de otros. Posiblemente sea aquí, en el carácter de la intervención de los representantes, donde se manifieste de forma más inmediata ese resultado de Directiva de compromiso. Frente a una voluntad de los sindicatos de imponer un sistema de cogestión en la adopción de los despidos colectivos, las asociaciones empresariales pretendieron descafeinar la consulta de los representantes hasta convertirla en un puro trámite formal. La con-

(61) Cfr. KRAVARITOU-MANITAKIS, "La proposition de directive...", *op. cit.*, pg. 137-138. LISEIN-NORMAN, "La participation des syndicats...", *op. cit.*, pg. 262-263. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1814-1815.

secuencia final ha sido una redacción que a primera vista pudiera parecer ambigua. Sin embargo, y a pesar de la incorrección técnica, cabe afirmar que lo que se ha querido establecer finalmente es una fórmula de intervención intermedia, que vaya más allá de la mera consulta, pero que al propio tiempo no alcance el carácter de una negociación en toda regla.

Por una parte, a pesar de que la finalidad pretendida sea la de alcanzar un acuerdo, es claro que no se impone una obligación de consecución de un compromiso entre las partes (62), en términos tales que su ausencia haga ineficaz la posterior resolución de extinguir los contratos. Los despidos no quedan condicionados al placet de los representantes de los trabajadores, pues a pesar de que no se llegue al acuerdo el empleador conserva su facultad de despedir. Por ello, no se puede considerar que la Directiva establezca una facultad de veto en manos de los representantes ni se imponga una negociación en términos estrictos.

Frente a ello no se puede entender que la Directiva recoja un puro acto de consulta. Esta última supondría, exclusivamente, conceder un plazo a los representantes para que emitiera un informe por escrito acerca de su parecer en torno a la medida proyectada por el empleador. Aquí hay algo más que esto último, por cuanto que las partes han de buscar un acuerdo. No resulta nada fácil especificar en qué consiste ese algo más sobre la mera consulta impuesto por la Directiva, aunque podría resumirse diciendo que se hace necesaria una discusión mutua entre las partes sobre los motivos de los despidos y sus consecuencias. Intentando concretar algo, se podría aventurar que esa discusión más allá de la consulta exigiría un contacto directo y verbal en reuniones conjuntas, no siendo suficiente la transmisión de informes por escrito; que de parte empresarial existiría una obligación de razonar su proyecto de reducción de empleo e, incluso, de responder a las objeciones formuladas por los representantes de los trabajadores. La propia Directiva favorece además la consecución de un acuerdo entre las partes; ello supondría que, en caso de alcanzarse el mismo, habría de entenderse como vinculante para las partes, pudiendo llegar a contener limitaciones sustantivas a las facultades empresariales de despedir. Por contra, el límite por arriba se situaría en la inexistencia de un deber de negociar ni de alcanzar el acuerdo.

Por lo que se refiere a la normativa española de transposición, a partir de la reforma de 1994, como indicamos, se recoge una redacción que en parte acoge el designio comunitario y en parte va más allá del mismo, por cuanto que se introduce literalmente un deber de negociación, transformando cualitativamente el período de consulta para aproximarlo considerablemente a un proceso negociado en sentido estricto del término (63). Una vez más el principio de mayor favorabilidad del art. 5, permite que las legislaciones nacionales conce-

(62) GONZÁLEZ BIEDMA, "Licenziamenti...", *op. cit.*, pg. 313

(63) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Prólogo" al libro de J.M. del Valle, *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, Acarl, Madrid 1996, pg. 27. DEL REY GUANTER, "Los despidos...", *op. cit.*, pg. 200.

dan a la consulta a los representantes de los trabajadores un grado más alto de vinculabilidad, tal como sucede precisamente en nuestro ordenamiento.

El contenido que deben tener las consultas a desarrollar entre las partes sociales es bastante amplio. Según la Directiva, las consultas han de referirse, cuando menos, a las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, así como a las posibilidades de atenuar sus consecuencias, añadiendo la modificación de la Directiva de 1992 que ello se hará "mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos" (art. 2.2) (64). La normativa española de transposición recoge fielmente las exigencias de la Directiva en este punto (art. 51.4 ET). Se establece un doble contenido. En primer lugar, la discusión acerca de si la situación en la que se encuentra la empresa fuerza a reducir personal, en qué medida la reducción de plantilla puede ser inferior a la prevista por el empleador y hasta qué punto no sería posible la adopción de otras medidas menos traumáticas. En segundo lugar, y aceptado que los despidos se van a producir, discutir los efectos de las extinciones, con vistas a buscar las medidas precisas para compensar —en la medida de lo posible— los perjuicios ocasionados a los trabajadores que pierden su empleo, elemento en el que insiste la modificación ya referida de 1992. Se trata de elaborar lo que en Alemania se conoce como el "Plan social", que abarca un conjunto bien diversos de facetas: determinación de los trabajadores que dentro de la plantilla van a ser despedidos, posibilidades de jubilaciones anticipadas o de bajas incentivadas, planes de reciclaje profesional y facilidades de reincorporación profesional, indemnizaciones directas a los despedidos, compensaciones a través de sistemas de seguridad social complementaria, etc.

Como medio instrumental para asegurar la efectividad de la intervención de los representantes, permitiendo que éstos puedan formular propuestas constructivas, se exige al empleador que les proporcione toda la información pertinente y, en todo caso, a través de comunicación escrita: a) los motivos del proyecto de despido, b) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos, c) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente, d) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos, e) los criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones y/o prácticas nacionales confieren al

(64) STJCE 8 junio 1994, asunto 383/92, Comisión v. Reino Unido, Rec. 1994 pgs. 2479 ss: "La Comisión sostiene que la EPA supone una adaptación incompleta del Derecho nacional a las disposiciones del artículo 2 de la Directiva, pues sólo obliga al empresario a consultar a los representantes sindicales sobre los despidos proyectados, a 'tomar en consideración' todas las observaciones que formulen dichos representantes, a responder a tales observaciones y, si las rechaza, a 'indicar los motivos' del rechazo, mientras que el artículo 2 de la Directiva obliga a consultar a los representantes de los trabajadores 'con el fin de llegar a un acuerdo' y exige que las consultas traten 'por lo menos de las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos, así como de la posibilidad de atenuar sus consecuencias'".

empresario competencias en tal sentido; f) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas de las derivadas de las legislaciones y/o prácticas nacionales (art. 2.3). Las dos últimas, son resultado de incorporaciones por parte de la Directiva de modificación de 1992. La Legislación española, tomando en consideración tanto lo dispuesto por la Ley como por su Reglamento de desarrollo, recogen con plenitud todos los requisitos exigidos por la Directiva (65).

La modificación de la Directiva de 1992 toma en consideración en fenómeno cada vez más extendido de los grupos de empresa, particularmente a efectos de evitar que ello pueda enervar la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores. Desde luego, la Directiva no entra ni mucho menos en la libertad de autoorganización interna de las empresas, así como de las relaciones de vinculación con otras entidades económicas; ni siquiera pone obstáculos a que las decisiones de reducción de empleo sean adoptadas en centros de poder superiores al estricto de la unidad empresarial. Y así ha tenido la oportunidad de explicitarlo el propio Tribunal de Luxemburgo (66). A estos efectos la Directiva lo que sí contiene es una importante precisión en orden a imputar a la empresa la obligación de someterse al período de consulta y de proporcionar toda la información referida en el apartado precedente; sin que en ningún caso pueda poner como objeción a ello la pertenencia a un grupo de empresa y, en particular que ella no dispone de dicha información porque está residenciada en la dirección del grupo, o bien que ella desconoce los motivos de la reducción de empleo por iguales motivos (art. 2.4). A sensu contrario, la Directiva da a entender que el interlocutor válido con los representantes de los trabajadores es la dirección de la empresa, sin que aquéllos puedan exigir un contacto directo con la dirección del grupo. Por su parte, la reforma legislativa española de 1994, incorpora también esta exigencia comunitaria, copiándola casi literalmente (art. 51.14 ET). Eso sí, conviene también recordar que, en el caso de grupos de empresa de dimensión comunitaria, la Directiva relativa a los Comités de Empresa Europeos (67), prevé como regla supletoria un derecho de

(65) Arts. 51.2 ET y 6 Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados, RD. 43/1996, de 19 de enero (BOE 20 febrero).

(66) STJCE 7 diciembre 1995, asunto 449/93, Rockfon v. Sid, Rec. pgs. 4291 ss.: "La Directiva tiene como finalidad exclusiva la armonización parcial de los procedimientos de despido colectivo, y no tiene por objeto restringir la libertad de las empresas para proceder a la organización de sus actividades y estructurar su departamento de personal. En particular, la letra a) del apartado 1 del artículo 1 formula el concepto de despido colectivo, determinando de esta forma el ámbito de aplicación de la Directiva, si bien no establece norma alguna en lo relativo a la organización interna de las empresas o a la gestión del personal".

(67) Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994 (DOCE 30 septiembre), sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresa y grupos de empresa de dimensión comunitaria.

información y consulta cuando la reestructuración empresarial afecte a varios establecimientos o empresas instaladas en varios Estados miembros. Pero ello no altera en nada lo anteriormente dicho: de un lado, porque esta otra Directiva tampoco impone que la interlocución se efectúe directamente con la dirección del grupo; de otro lado, porque ese canal se contempla sin demérito ni afectación de lo estipulado en la Directiva sobre despidos colectivos (art. 12 Directiva 94/45).

En cuanto al interlocutor por parte de los trabajadores, la Directiva precisa que se entiende por representantes de los trabajadores los que tengan tal consideración en la legislación o en la práctica de los Estados miembros (art. 1.1. b). La Comunidad no pretende, ni siquiera marginalmente, proponer pautas de armonización en un tema tan complejo y diversificado en cada una de las legislaciones nacionales, como es el de los canales de representación de los trabajadores en el seno de la empresa. Por ello, da plena libertad a los Estados miembros para la determinación de los concretos sujetos que deben participar en estas consultas y discusiones. En todo caso, lo que sí exige es que se habiliten canales para la designación de tales representantes, a efectos de evitar que por la inexistencia de representantes no se pueda desarrollar el procedimiento de consulta. En consideración a ello el Tribunal de Justicia ha estimado como contraria a la Directiva la regulación británica que concedía libertad al empleador para reconocer o no a los representantes de los trabajadores, lo que a la postre supone concederle libertad para someterse o no al período de consulta (68).

La legislación española en esta materia tampoco puede ser cuestionada, por cuanto que existe un amplio reconocimiento a la posibilidad de celebración de

(68) STJCE 8 junio 1994, asunto 383/92, Comisión v. Reino Unido, Rec. 1994 pgs. 2479 ss: "La Comisión sostiene que el Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 3 de la Directiva al no prever un mecanismo de designación de los representantes de los trabajadores en la empresa cuando el empresario se niegue a reconocer a los representantes de los trabajadores. Según esta Institución, el efecto útil de los artículos 2 y 3 de la Directiva exige que los Estados miembros adopten todas las disposiciones necesarias para que sean designados, salvo las excepciones pertinentes, los representantes de los trabajadores en la empresa, sin lo cual ni las obligaciones de información y consulta ni el derecho a presentar observaciones a la autoridad pública, previstos por la Directiva, podrían ser respetados. La Comisión alega que el Derecho británico no cumple este requisito, al impedir la designación de representantes de los trabajadores en la empresa cuando el empresario no está de acuerdo". "El propio Gobierno del Reino Unido reconoce que, en el estado actual del Derecho británico, los trabajadores afectados por los despidos colectivos no se benefician de la protección prevista por los artículos 2 y 3 de la Directiva cuando el empresario se opone a la existencia de una representación de los trabajadores en su empresa. En estas circunstancias, el Derecho británico, que da a los empresarios la posibilidad de impedir que se aplique la protección prevista en favor de los trabajadores por los artículos 2 y 3 de la Directiva, debe considerarse contrario a las disposiciones de estos artículos".

elecciones a representante de los trabajadores en el seno de los centros de trabajo, sin que el empresario ostente facultad alguna en su convocatoria y existiendo un deber legal de reconocerlos como interlocutores de los trabajadores. Tan sólo se prevé la inexistencia de representantes en organizaciones de muy pequeñas dimensiones, pero ello no es inconveniente dado que para estos casos resulta materialmente imposible superar los umbrales cuantitativos de la noción de despidos colectivo a efectos de la Directiva. Tampoco puede formularse objeción respecto de los supuestos en los que no existe representación por no haberse celebrado elecciones, pues ello sólo depende de la voluntad de los convocantes que son de carácter sindical y sin intervención empresarial; ni el hecho de que para la constitución del comité intercentro sea necesaria la aquiescencia de la representación empresarial manifestada en la celebración del convenio colectivo, pues para estos casos siempre existe un canal de interlocución a nivel de centro de trabajo, sin que como vimos la Directiva se pronuncie sobre el tipo o ámbito de actuación de la representación de los trabajadores con la que se desarrolla la consulta (69).

V. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Directiva desarrolla con cierto detalle las obligaciones del empleador frente a la autoridad laboral, precisando el contenido, duración, finalidad y efectos de la intervención de la Administración. Posiblemente en su momento constituyó el aspecto más novedoso de toda la Directiva, por lo que implicaba de imposición de obligaciones inexistentes en los diferentes Estados miembros. Hasta aquella fecha eran muy pocas las legislaciones nacionales que fijaban una intervención directa y formalizada por parte de los poderes públicos en las decisiones empresariales de reducción de plantillas. Por lo que se refiere a España, por contra, los citados elementos novedosos se convierten casi en irrelevantes. En nuestro país es bien conocida la intervención administrativa en este terreno, pues se remonta prácticamente a la II República — concretamente al año 1935 —, con una continuidad estable de este tipo de intervencionismo. Además, en nuestra legislación nacional, este intervencionismo ha tenido desde sus inicios un carácter notablemente más incisivo al inicialmente previsto en la propia Directiva. En efecto, la exigencia de autorización administrativa para llevar a cabo los despidos colectivos en cualquier tipo de empresa (presente igualmente desde los antecedentes normativos más remotos) supone un enorme salto cualitativo respecto a la intervención simplemente mediadora prevista en la Directiva, situando como se ha dicho a la normativa española en una óptica distinta (70). En todo caso, constituye hoy en día una opinión bastante pacífica la de que la fórmula de la autorización administrativa vigente en nuestro ordena-

(69) En sentido contrario, NAVARRO NIETO, *Los despidos...*, op. cit., pg. 155.

(70) DURÁN LÓPEZ, "Normativa laboral...", op. cit., pg. 163.

miento en absoluto es contraria a las reglas armonizadoras de la Directiva, en la medida en que —permítasenos reiterarlo— se trata de una Directiva de armonización parcial que se limita a establecer mínimos de derecho necesario (71).

Naturalmente el interés del estudio de la Directiva se incrementa cuando se cambia la perspectiva de análisis, contemplándose la hipótesis de una posible flexibilización de la legislación sobre despidos colectivos, con una supresión total de la actual autorización administrativa, también para los despidos que superan los actuales umbrales cuantitativos del art. 51 ET. Que duda cabe que, si la imposición de la autorización no es contraria a la Directiva por la regla de la mayor favorabilidad, tampoco lo es aquella regulación que elimine tal autorización administrativa. Pero en este caso sí que cobra importancia la Directiva, por cuanto que la supresión de la autorización en ningún caso puede suponer la ausencia total de intervención de los poderes públicos en los procedimientos de reducción colectiva de empleo.

De acuerdo con la Directiva, el empleador está obligado a notificar por escrito a la autoridad pública competente todo proyecto de despido colectivo; junto a esta notificación, deberá aportar el mismo tipo de información a la analizada previamente para el caso de la consulta con los representantes de los trabajadores, además de la información sobre el desarrollo de las anteriores consultas (art. 3.1). A pesar de que de la intervención administrativa no figure ningún de facultad decisoria sobre la realización final de los despidos, lo cierto es que a la Administración se le va a otorgar un significativo papel de mediación entre las partes, con vistas a buscar las soluciones menos traumáticas posibles. Aunque no se utilice expresamente el calificativo de actividad mediadora, lo cierto es que, del contexto de la regulación, cabe pensar que ésta es la función que se le asigna a la autoridad pública.

Tres son los indicios que llevan a calificar de mediador el papel de la Administración. En primer lugar, el que se conceda un plazo mínimo de 30 días desde la notificación hasta la efectividad de los despidos (art. 4.1). En segundo lugar, que se establezca que dicho plazo será aprovechado por la Administración "para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos proyectados" (art. 4.2). En tercer lugar, que se permite a la representación de los trabajadores dirigir sus eventuales observaciones a la autoridad pública (art. 3.2), dando entrada a un cierto principio de contradic-

(71) Así, RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1817. LÓPEZ LÓPEZ, "La aplicación de las normas...", *op. cit.*, pgs. 359 ss. MULAS, "Sobre la directiva CEE...", *op. cit.*, pgs. 61 ss. RUIZ CASTILLO, "La acomodación del ordenamiento...", *op. cit.*, pgs. 31-32. LISEIN-NORMA, "La participation des syndicats...", *op. cit.*, pg. 263. GONZÁLEZ BIEDMA, "Licenziamenti...", *op. cit.*, pg. 314. COLINA y otros, *Derecho social...*, *op. cit.*, pgs. 431-432. GÓMEZ DE LA VEGA..., *op. cit.*, pg. 786. DURÁN LÓPEZ, "Normativa laboral...", *op. cit.*, pg. 163. PRADOS DE REYES, "La reforma de los despidos...", *op. cit.*, pg. 155. MONEREO PÉREZ, *Los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pgs. 129 ss. En sentido contrario, SCOCCHIA, *I licenziamenti collectivi...*, *op. cit.*, pg. 254.

ción propio de los actos administrativos, que, junto con la información inicial aportada por el empleador, permite conocer a la autoridad laboral donde se residen las posiciones encontradas de las partes sociales que no han logrado llegar a un acuerdo. De todos ellos, el más significativo es el recogido en el art. 4.2, siendo el que de forma directa refleja la finalidad de la intervención administrativa. Lógicamente esa búsqueda de soluciones a los problemas solamente es posible por medio de contactos con las partes sociales, bien por separado o en sesiones conjuntas, para comprobar hasta qué punto sus posiciones respectivas se encuentran distanciadas y en qué medida sería posible proponer alternativas aceptables por ambas partes.

Por lo demás, el que esta actividad mediadora llegue a tener una mayor o menor importancia en el desarrollo concreto de los procedimientos de despidos, no va a depender tanto del contenido de la legislación de cada Estado miembro, como de la práctica en cada país, de lo que en cada uno de ellos ha venido siendo la práctica del intervencionismo administrativo. Sin ir muy lejos, España sería un ejemplo bastante significativo de cómo puede llegar a tener una mayor influencia el sistema consolidado tradicionalmente de funcionamiento de las relaciones laborales, más allá incluso de un hipotético cambio legislativo; en otras materias se puede comprobar como el fuerte intervencionismo de la Administración laboral como práctica consolidada se mantiene incluso a pesar de que el cambio legislativo, derivado a su vez del cambio político, haya supuesto una significativa supresión de algunas competencias de la Administración Pública. En la medida en que se saquen las debidas consecuencias de lo anterior, se puede comprender la relatividad del debate sobre la conveniencia o menos de una modificación legislativa en España de la actual autorización administrativa. Por encima de su mantenimiento o no, lo decisivo va a ser la idea que se tenga sobre el papel que le debe corresponder a la autoridad laboral en los procedimientos de despidos colectivos; tanto la mentalidad que exista sobre el particular entre las partes sociales, como la conciencia de la propia Administración del rol que le corresponde. Por muy fuertes que sean las facultades autorizatorias concedidas a la autoridad pública, ésta hará dejación de las mismas en el caso de que la mentalidad dominante sea la de la inconveniencia de una intervención administrativa que pueda ir en detrimento de unas necesidades de reestructuración empresarial. Por contra, si se extiende la idea inversa la Administración presionaría a través del poder político que ostenta, de las facilidades económicas que puede ofrecer y haría uso de una tradición consolidada de intervencionismo, y todo ello aun en el caso de que se suprimiera la referida autorización administrativa.

Dado este carácter de la actuación de la autoridad pública, y aunque ello no se diga expresamente en la Directiva, parece lógico pensar que la presente intervención pierde todo su sentido en el supuesto de que las partes sociales hayan llegado a un acuerdo, acerca de los despidos colectivos y sus consecuencias, en el curso del trámite de consulta. En base a ello, no puede estimarse que la supresión de la intervención administrativa en los casos de acuerdo —tal como sucede en nuestro ordenamiento jurídico interno— sea contraria a las

exigencias de la Directiva (72). Si en algún caso tendría sentido mantener la intervención de los poderes públicos, sería en el supuesto de que el acuerdo pudiera ser fraudulento o abusivo. Pero incluso esto último también está previsto en nuestra legislación nacional (art. 51.5 p. 2 ET), aunque con la intervención del poder judicial, no de la Administración.

Pasando al análisis de los aspectos de interpretación más estrictamente jurídico-positivos de los preceptos de la Directiva, éstos se vienen a reconducir a los relativos al momento y duración de la intervención administrativa. En lo que no es muy clara la norma es en la conjunción temporal de la intervención de la Administración con la consulta a los representantes de los trabajadores. En particular, el período de 30 días previos a la efectividad de los despidos se contabiliza a partir de la notificación del proyecto a la Administración, no del comienzo de las consultas con los representantes. Por otra parte, tampoco aclara la Directiva si la labor mediadora de la Administración debe efectuarse con posterioridad a la conclusión del período de consultas con los representantes de los trabajadores, o bien es posible que ambas intervenciones se produzcan a un mismo tiempo (73). No obstante, existen varios indicios dentro de la Directiva favorables a una interpretación de que ambos controles han de producirse de forma sucesiva en el tiempo y no coetáneamente: el hecho de que sistemáticamente se coloquen dentro de la Directiva en secciones distintas una y otra intervención, se recojan en primer lugar las consultas con los representantes, el que además dé la impresión de una cierta autonomía entre ambas intervenciones, el que la obligación de información a la Administración por el empleador deba contener las consultas con los representantes de los trabajadores y, finalmente, el que la actuación de la Administración aparezca en cierto modo ante la ausencia de acuerdo entre las partes sociales.

Como es bien sabido, una de las innovaciones introducidas en el ordenamiento estatal a partir de 1994 es el de hacer coincidir parcialmente el desarrollo de las consultas con los representantes y la consiguiente intervención administrativa, utilizándose de forma explícita el término "simultánea" (art. 51.2 ET y art. 5 Reglamento) (74). No obstante, no se trata de una coincidencia plena, pues en todo caso resulta imprescindible que un determinado lapso temporal de la intervención administrativa se desarrolle con posterioridad a la conclusión del período de consultas, por cuanto que se contempla un plazo mínimo para

(72) En este mismo sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1816.

(73) A favor de la simultaneidad, M. COLINA y otros, "Derecho Social...", *op. cit.*, pg. 430. A favor de la necesidad de que sea posterior, ROCCELLA y Treu, *Diritto del lavoro...*, *op. cit.*, pg. 326. GONZÁLEZ BIEDMA, "Licenziamenti...", *op. cit.*, pg. 314. PRADOS DE REYES, "La reforma de los despidos...", *op. cit.*, pg. 153. LÓPEZ MOSTEIRO, "La Directiva comunitaria...", *op. cit.*, pg. 822.

(74) MONEREO PÉREZ, *Los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pg. 127, dando por supuesta la adecuación de la regulación española a las exigencias comunitarias.

que la autoridad laboral dicte su resolución de autorización o denegación de la reducción de empleo (art. 51.6 ET).

En estos términos, para efectuar un pronunciamiento sobre la adecuación del sistema español a los parámetros comunitarios ha de realizarse una lectura finalista tanto del mecanismo sucesivo en la Directiva como del propio modelo español. Así, en primer lugar, la previsión de no simultaneidad por parte de la Directiva pretende que no se produzca ninguna injerencia pública en el desarrollo del proceso negociador entre la dirección de la empresa y los representantes sindicales. Desde este punto de vista, no debe efectuarse objeción alguna a la previsión estatutaria, por cuanto que durante el período de consultas la actuación de la autoridad laboral es meramente interna, preparatoria de la intervención sucesiva para la hipótesis de que fracasen las negociaciones entre las partes; se trata simplemente de permitir que la Administración vaya preparando los informes técnicos pertinentes, particularmente el relativo a la Inspección de Trabajo y de la entidad gestora de la prestación por desempleo (art. 9 Reglamento), sin iniciar aún actuación intermediadora entre las partes; sin perjuicio, naturalmente que éstas voluntariamente y de común acuerdo así se lo soliciten.

En segundo lugar, la actuación intermediadora externa, propiamente dicha, se inicia en el caso de que fracasen las negociaciones entre las partes y es ahí donde la norma española prevé un plazo de 15 días para la resolución. La cuestión es si con ello se limita el plazo de 30 días contemplado en la Directiva (75). Ha de comenzarse por indicar que el citado plazo de los 30 días se computa a partir de la notificación a la autoridad laboral, si bien ha de interpretarse que esa notificación no puede referir a la inicial —simultánea al inicio del período de consultas—, pues en esa primera fase no es dable la actividad intermediadora de la Administración, propiamente dicha; esa notificación ha de referir a la segunda, es decir, a partir de la conclusión de las consultas sin acuerdo entre las partes. El problema, insisto, puede situarse en el hecho de que a partir de ese instante la Administración sólo tiene un plazo de 15 días para emitir su resolución.

Ahora bien, lo decisivo es que no puede confundir el plazo en el que la Administración dicta el acto administrativo resolutorio de la autorización con el de 30 días previsto en la Directiva. En efecto, este plazo de 30 días tiene como referente final el momento en el que surten efecto los despidos; debe tenerse presente que, para el caso español, la notificación de la autorización administrativa no provoca la automática resolución de los contratos, sino que la efectividad de los despidos depende de la sucesiva decisión material de despedir por parte de la empresa, decidiendo la dirección en ese momento la fecha exacta a partir de la cual produce efectos la resolución contractual. En definitiva, tras la autorización administrativa puede transcurrir un lapso de tiempo adi-

(75) "La autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados" (art. 4.2).

SUPIOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, traducción española, MTSS, Madrid, 1996.

TERMES CARRERO, R.: *Las causas del paro*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1995.

UGOLINI, B.: *I tempi del lavoro (Un viaggio nel pianeta degli orari)*, Rizzoli, Milano, 1995.

LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS ⁽¹⁾

POR JESÚS CRUZ VILLALÓN (*)

SUMARIO: I.- Relevancia y relatividad de la normativa comunitaria.- II. Ámbito material de la Directiva sobre despidos: 1. Elemento material: relaciones laborales privadas. 2. Elemento objetivo: extinción del contrato de trabajo. 3. Elemento subjetivo: despido. 4. Elemento causal negativo: no inherente al trabajador. 5. Elemento cuantitativo: umbral mínimo de colectividad.- III. El contenido de la armonización.- IV. Consulta a los representantes de los trabajadores.- V. La intervención de la Administración Pública.- VI. Consecuencias de los incumplimientos empresariales.- VII. Mecanismos de trasposición de la Directiva.

I. RELEVANCIA Y RELATIVIDAD DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

A la Directiva referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de despidos colectivos (2) se le ha otorgado tradicionalmente un valor emblemático dentro del conjunto del Derecho Social Comunitario. Se trata de una Directiva que ha despertado notable interés dentro del análisis doctrinal, siendo prueba de ello que haya sido uno de los textos que más comentarios directos ha suscitado (3). Y no le falta razón a esa contemplación de esta norma comunitaria, pues concurren en la misma circunstancias de

(*) Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Cádiz).

- (1) Este trabajo se basa en un estudio precedente, "La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la legislación española", *Noticias CEE*, nº 40 (1988), que aquí se presenta reformado, ampliado en parte y actualizado.
- (2) Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975 (DOCE de 22 de febrero de 1975).
- (3) Por sólo referirnos a la doctrina española, cfr., por ejemplo, M. ÁLVAREZ ALCOLEA, "Autorización administrativa, despidos colectivos y convergencia, en Política de convergencia y reformas laborales en el mercado de trabajo", ejemplar multicopia. A.R. ARGÜELLES BLANCO, "Las modificaciones introducidas por la Directiva 92/56, de 24 de junio, en la regulación de los despidos colectivos: una reflexión a la vista del ordenamiento jurídico español", *AL* nº 4 (1994). M. COLINA ROBLEDO, "La regulación de los despidos colectivos en el ordena-

diverso tipo que hacen particularmente atrayente su consideración. Si ya con carácter general se aprecia una atención singular a la influencia del Derecho Comunitario sobre las diversas legislaciones nacionales de los Estados miembros, más aún sucede con la materia de despidos colectivos, donde concurren variados factores que confluyen en el debate actual acerca de la incidencia de esta concreta Directiva sobre la evolución de los sistemas de relaciones laborales.

En primer lugar, se trata de la primera Directiva Comunitaria que, al amparo de los arts. 100 y 117 del Tratado, inicia la andadura de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia estricta de legislación labo-

miento jurídico de la Comunidad Europea”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1992. J. CRUZ VILLALÓN, “La Directiva 75/129 sobre despidos colectivos y sus concordancias con la legislación española”, *Noticias CEE* nº 40 (1988). F. DURÁN LÓPEZ, “Normativa laboral de la CEE en materia de despidos y de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transferencias de empresas”, *Economía y Sociología del Trabajo* nº 4-5 (1988). M.J. FEIJOO REY, “La Directiva sobre despidos colectivos: su incidencia en el ordenamiento laboral español”, *Noticias CEE* nº 70-71 (1990). F. FUENTES RODRÍGUEZ, “Las modificaciones introducidas en la disciplina comunitaria de despidos colectivos por la Directiva 92/56, de 24 de junio, y su incidencia en la reforma del mercado de trabajo”, en AA. VV. (J.L. MONEREO PÉREZ, coord.), *La reforma del mercado de trabajo y de la Seguridad Social*, Universidad de Granada, Granada 1996. J.M. GOERLICH PESET, “Informe técnico-jurídico sobre el despido colectivo en la empresa comunitaria”, *AL* 1993. J.M. GÓMEZ DE LA VEGA, “Los despidos colectivos en el ámbito normativo de la CEE y su incidencia en el ordenamiento jurídico español”, *REDT* nº 67, (1994). E. GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ, “El despido colectivo, el ordenamiento jurídico español y la Directiva 75/129”, *Revista Estudios Europeos*, 1992. J.L. GOÑI SEÍN y J.P. LANDA ZAPIRAIN, “El tratamiento normativo de los excedentes de plantilla en la perspectiva armonizadora de la Comunidad Europea”, *RL*, 16-17 (1993). J. LÓPEZ LÓPEZ, “La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento laboral español: la Directiva de 17 de febrero de 1975 sobre despidos colectivos”, *REDT* nº 27, (1986). LÓPEZ MOSTEIRO, “La Directiva Comunitaria 75/129, de 17 de febrero”, en AA. VV. (BORRAJO DACRUZ, coord.) “La reforma del mercado de trabajo”, ed. Actualidad, Madrid 1993. J.L. MONEREO PÉREZ, “Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario”, Cívitas, Madrid, 1994. A. MULAS GARCÍA, “Sobre la Directiva de la CEE de 17 de febrero de 1975”, *DL* nº 13, (1984). A. OJEDA AVILÉS, “La reconversión del procedimiento de despidos colectivos en España”, *RL* 1993-II. F.J. PRADOS DE REYES, “La reforma de los despidos colectivos y su adecuación al ámbito comunitario”, *III Jornadas sobre la Comunidad Europea*, Sevilla, 1995. J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Extinción del contrato de trabajo por causas económicas y tecnológicas: normas comunitarias y régimen especial”, *AL* nº 33, (1987). M.M. RUIZ CASTILLO, “La acomodación del ordenamiento español a las pautas del derecho comunitario en materia de despido colectivo”, en *V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, 1987. G. VON POTOBOSKY, “Panorama comparativo de la normativa internacional y nacional sobre despidos colectivos en la Comunidad Europea”, *RL* nº 14, (1993).

ral. Dejando al margen la actuación inicial en el ámbito de la libre circulación de trabajadores y de los inicios de los textos en materia de discriminación por razón de sexo —que encontraban una explícita apelación en los Tratados Constitutivos— es la primera ocasión en la que la Comunidad afronta la necesidad y oportunidad de armonizar una institución central del mercado de trabajo, como es la relativa a los despidos colectivos. Ciertamente, su aprobación coincide con una coyuntura muy singular, la fuerte crisis económica que se expande por Europa a los inicios de la década de los años 70' con motivo de la crisis del Petróleo, por lo que para algunos era una medida de coyuntura para reaccionar frente a una situación de fuerte destrucción de empleo, particularmente sensible en el sector industrial más clásico de la economía europea. Sin embargo, más allá del contexto concreto en torno al cual se elabora y aprueba esta Directiva, lo cierto es que hoy en día constituye una de las piezas más arraigadas de nuestro acervo comunitario en materia laboral. Aunque su origen se encuentre vinculado a una concreta situación de crisis económica, lo cierto es que se aprobó con voluntad de permanencia a lo largo del tiempo y que, hoy en día, se trata de una norma a analizar con autonomía, a interpretar y aplicar con independencia de las causas inmediatas que dieron lugar a su aprobación. Con razón se ha dicho que, aunque vea a la luz en un contexto de crisis económica, no puede considerarse como una norma de emergencia, funcional a la resolución de problemas vinculados a una situación coyuntural de depresión económica (4). Por ello, lo más significativo, a los efectos que nos interesan resaltar en estos instantes, es que se trata de una norma con amplio rodaje temporal, por lo que ha podido transcurrir el tiempo suficiente como para poder apreciar la influencia práctica de su articulado, tanto sobre la sucesiva transposición en las legislaciones nacionales, como también en el desarrollo concreto de los procesos de reestructuración empresarial en contextos bien variados.

En segundo lugar, esa propia experiencia aplicativa ha permitido efectuar valoraciones generales de resultados prácticos (5), que, a su vez, han conducido a iniciativas de reforma y actualización de los contenidos de la Directiva originaria. Constituye a estos efectos, la única Directiva de primera generación que ya ha sido modificada recientemente, en el año 1992, como decimos tanto para corregir defectos advertidos en su aplicación como para incorporar nuevos contenidos a la vista de las transformaciones que se vienen produciendo en el sistema productivo de las economías europeas (6).

- (4) E. GONZÁLEZ BIEDMA, “Licenziamenti per riduzione del personale”, en AA. VV., *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi Editore, Bologna 1996.
- (5) Por todos, *Informe de la Comisión al Consejo sobre el grado de aplicación de la Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos*, de 13 de septiembre de 1991, SEC (91) 1639 final.
- (6) Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992 (DOCE de 26 de agosto).

En tercer lugar, en función de lo anterior, existe ya un cuerpo jurisprudencial de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de interpretación y aplicación de la Directiva de referencia. A pesar de que se trata de un conjunto de sentencias reducido numéricamente y ninguna de ellas referidas directamente a la legislación española, sin embargo desde el punto de vista cualitativo han introducido criterios de notable influencia y han supuesto un palpable reforzamiento de la eficacia de la normativa comunitaria en las legislaciones laborales nacionales.

En cuarto lugar, las Directivas de armonización en materia laboral en el momento presente se están convirtiendo en el rasero efectivo de referencia a la hora de introducir cambios en los regímenes nacionales de relaciones laborales. En un primer instante se consideró que la elaboración del texto de la Directiva Comunitaria se efectuaba a partir de unas regulaciones bastante consolidadas en los respectivos ordenamientos de los Estados miembros y, por tanto, con voluntad de que no se produjera ningún tipo de contradicción con las mismas ni necesidad de proceder a alterar su contenido. Sin embargo, la incidencia práctica de las Directivas ha ido mucho más lejos de lo inicialmente previsto, siendo exponente de ello las diversos pronunciamientos de condena a los Gobiernos de los Estados miembros por no haber efectuado una transposición en toda regla a sus legislaciones nacionales, lo que ha obligado en algunos casos a efectuar correcciones legislativas sobre el particular. De otra parte, se ha resaltado el hecho de que las Directivas Comunitarias en materia laboral contemplan una típica relación de suplementariedad o norma mínima, en virtud de la cual las mismas se limitan a un suelo mínimo de condiciones e intervienen siempre como mínimo de derecho necesario; al autorizarse siempre a que las legislaciones nacionales puedan establecer condiciones regímenes de mayor protección jurídica en favor de los trabajadores (7), se ha considerado que su influencia es limitada, en la medida en que se trata siempre de una armonización parcial por abajo. Sin embargo, en los últimos tiempos —como consecuencia de las generalizadas tendencias hacia la flexibilización de la legislación laboral— se han convertido en un importantísimo común denominador de las legislaciones de los diversos Estados miembros de la UE; común denominador que, si bien en el terreno técnico jurídico se presenta de carácter “mínimo”, en el terreno de la política del derecho actúa como modelo típico a implantar. Como derivación de ello, a la hora de proceder a cualquier debate sobre la posible reforma de la normativa en materia de despidos colectivos, la Directiva comunitaria se presenta como un referente de imprescindible conocimiento, por cuanto que la misma se viene a convertir en la red de seguridad por excelencia, el límite intraspasable en las presiones dirigidas al incremento de las facultades empresariales de extinción

(7) Art. 5.1 Directiva: “La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores”.

del contrato de trabajo por causas técnicas, organizativas y productivas. Más aún, para algunos la Directiva incluso ha ejercido una presión hacia la reducción o repliegue de cierta legislación nacional, poniéndose como ejemplo de ello la abolición de la autorización administrativa en Francia a partir de una ley de 1986 (8).

En quinto lugar, la regulación del despido y, más concretamente, del despido ante situaciones de dificultad para las empresas, constituye una materia particularmente sensible y delicada, dentro del conjunto institucional del Derecho del Trabajo. En el mismo confluyen con crudeza los intereses enfrentados de trabajadores y empleadores; de un lado, la profunda preocupación de los trabajadores por la pérdida de su empleo y, como consecuencia, de sus fuentes de ingresos de subsistencia económica por excelencia; de otra parte, los peligros de mantenimiento y viabilidad de las empresas con una plantilla excesiva y superiores a sus necesidades.

A pesar de todo lo anterior, también conviene relativizar la incidencia directa de esta materia sobre el actual debate en relación con la legislación española. Y ello, por las siguientes razones.

En primer lugar, la legislación española en materia de despidos colectivos tradicionalmente ha contemplado un régimen notablemente más protector en favor del trabajador, al exigido por la Directiva comunitaria. La normativa española a estos efectos tiene su referente en el modelo francés de autorización administrativa que, como es bien sabido, comporta un nivel más intenso de control y limitación de los poderes empresariales de extinción por causas económicas o empresariales, lo que ha dado lugar a la consideración prácticamente unánime de que este modelo supera con creces los requerimientos comunitarios; y, como tal, resulta plenamente adaptado legalmente a las pautas comunitarias. A pesar de que en algunos de los países clásicos de intervencionismo administrativo se ha ido suprimiendo progresivamente la autorización administrativa para los despidos colectivos —Francia, Portugal—, nuestro ordenamiento mantiene el sistema autorizatorio para los despidos colectivos que no superan el umbral cuantitativo de referencia, por lo que puede entenderse que son menores los condicionantes provenientes de la Directiva comunitaria (9).

En segundo lugar, la reforma legislativa de 1994, que entre otras materia procedió a introducir cambios de palpable calado en materia de despidos por causas económicas y empresariales, tuvo bien presente los contenidos de la citada Directiva, con recepción en ocasiones de su propia literalidad y sin que sea la misma comprensible sin tener constancia de la orientación general de esta Directiva. En definitiva, la normativa Española en términos globales resulta exquisitamente respetuosa de las pautas y mandatos marcados por la Directiva comunitaria. Ello no impide que en algunos aspectos puntuales se advierta u

(8) Así, M. ROCCELLA y T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padua 1995, pg. 327.

(9) PRADOS DE REYES, “La reforma de los despidos...”, *op. cit.*, pg. 157.

transposición imperfecta de la normativa española y, por tanto, posible incumplimiento de la Directiva comunitaria.

En tercer lugar, los aspectos en los que se concentra en el momento actual el debate de política legislativa acerca de la posible reforma de la legislación laboral no llegan a afectar a los contenidos de la Directiva comunitaria. Estos aspectos de posible reforma en el momento actual serían los tres siguientes:

a) Las necesidades de concreción o ampliación de las causas justificativas de los despidos. Bien es sabido que la reforma de 1994 extendió a supuestos más fisiológicos y cotidianos la admisión legal de reducción de las plantillas de las empresas, por medio de una definición legal de las causas justificativas de la medida empresarial (10). Para unos, la aplicación jurisprudencial de la nueva normativa ha resultado confusa en exceso, sin que se haya producido una uniformidad interpretativa por parte de los Tribunales de Justicia, a pesar de la presencia de algunos importantes pronunciamientos por parte de nuestro Tribunal Supremo (11), por lo que se hace preciso un retoque normativo de clarificación de los supuestos de hecho justificativos. Para otros, la aplicación jurisprudencial ha sido restrictiva en exceso, no facilitando la menor rigurosidad del control público de la adecuación de la decisión extintiva empresarial, por lo que se hace preciso una ampliación de las causas legalmente justificadas de reducción de empleo. Sin necesidad de entrar en el debate sobre el particular, basta en estos momentos con indicar que la Directiva comunitaria no se pronuncia ni lejanamente sobre esta discusión. Su contenido se sitúa exclusivamente en el ámbito de introducción de reglas de "procedimentalización de los poderes empresariales" (12), es decir, de imposición de una serie de controles previos a la adopción de la decisión empresarial de extinción, pero manteniendo la plena libertad de decisión unilateral del empleador de reducción del empleo en la empresa. La Directiva, a diferencia del Convenio nº 158 (1982) de la

- (10) Art. 51.1 p. 2: "Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa o, si son técnicas, organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos". Sobre el particular, cfr. J. APARICIO y A. BAYLOS, "El régimen del despido tras la reforma laboral", ed. *Ibidem*, Madrid, 1995. J. CRUZ VILLALÓN, "Los despidos por causas económicas y empresariales", ed. Tecnos, Madrid, 1996. F. NAVARRO NIETO, "Los despidos colectivos", ed. Cívitas, Madrid, 1996. J. RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA, "De la rigidez al equilibrio flexible", ed. CES, Madrid, 1994. J.M. DEL VALLE VILLAR, "La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción", ed. Acari, Madrid, 1996. S. DEL REY GUANTER, "Los despidos por causas empresariales y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma", *RL* 16-17 (1994). F. VALDÉS DAL-RE, "Los despidos por causa económica", en *La reforma del mercado de trabajo*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1994.
- (11) Cfr. STS, Sala 4ª, 24 abril 1996; 14 junio 1996.
- (12) ROCCELLA y TREU, *Diritto del lavoro...*, *op. cit.*, pg. 323. MONEREO PÉREZ, "Los despidos colectivos...", *op. cit.*, pg. 36.

Organización Internacional del Trabajo, ni siquiera llega a recoger en su texto el principio de causalidad del despido, es decir, en ningún momento exige que la decisión empresarial venga fundada en una causa justificada (13). Si bien en términos tibios, una cierta exigencia de causalidad se recogía en la propuesta de Directiva inicial, pero desapareció en el momento de su aprobación final (14). Es cierto que la Directiva cuando determina su ámbito se refiere a despidos efectuados por el empresario "por uno o varios motivos" (art. 1.1.a), y asimismo exige que, para permitir el desarrollo de un efectivo período de consultas con los representantes de los trabajadores, el empresario deberá comunicarle por escrito, entre otros datos, "los motivos del proyecto de despido" (art. 2.3.b). Con ello, no cabe la menor duda, de que la Directiva da por supuesto que en toda decisión empresarial de reducción de empleo ha de concurrir un móvil determinante. Pero con esto no se hace otra cosa que imponer algo que ontológicamente ha de concurrir en toda conducta humana: toda decisión humana implica un raciocinio previo, con valoración de hechos concurrentes que preceden a la ejecución de cualquier acto, sea éste personal o social. Lo relevante a estos efectos la Ley no limita materialmente la capacidad decisoria empresarial, por el hecho de que no veta que la decisión se efectúe por motivos rechazables jurídicamente; los imperativos comunitarios, a estos efectos, permanecen en el terreno puramente formal o procedimental; es decir, de mera exigencia de que —sea cual sea la motivación de la decisión empresarial— ésta se le notifique a los representantes de los trabajadores. Pero, en ningún caso, este elemento formal se eleva a la categoría de requisito sustancial; en otros términos, en ningún momento la Directiva alude a que deban concurrir cierto tipo de causas motivadoras lícitas del despido, o bien que se rechacen como ilícitos los despidos motivados por causas a rechazar por el ordenamiento jurídico. Tan es así que la Directiva ni siquiera desea que el principio de causalidad penetre indirectamente en la misma por la vía de la delimitación conceptual del tipo de despidos que entran dentro de su ámbito de aplicación; por ello, no fija tal ámbito en clave positiva de alusión a la causa económica o empresarial desencadenante de la medida, sino en clave meramente cuantitativa y negativa de los supuestos que quedan excluidos.

b) La reducción de la cuantía de la indemnización a abonar a los trabajadores como compensación de daños y perjuicios sufridos con ocasión de la pér-

- (13) Cfr., M. LISEIN-NORMAN, "La participation des syndicats à l'élaboration de la directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relative aux licenciements collectifs", en *Rivista di Diritto Internazionale e Comparato del Lavoro* nº 2 (1976), pgs. 261-262. RUIZ CASTILLO, "La acomodación del ordenamiento...", *op. cit.*, pgs. 20-21. GONZÁLEZ BIEDMA, "Licenziamenti...", *op. cit.*, pg. 307. En sentido contrario, LÓPEZ LÓPEZ, "La aplicación de las normas...", *op. cit.*, pg. 354.
- (14) P. KRAVARITOU-MANITAKIS, "La proposition de Directive de la Commission sur les licenciements collectifs et les mesures de protection des travailleurs", en *Revue du Marché Commun*, nº 173 (1974), p. 135.

dida del empleo. Como es sabido existe una intensa discusión en nuestro país acerca de si los costes del despido resultan o no más elevados de los que se abonan en el conjunto de los Estados miembros de la Unión Europea, tomando en consideración el conjunto de la contratación o exclusivamente aquellas modalidades que son acreedoras de este tipo de indemnizaciones. En la práctica totalidad de las legislaciones estatales de los Estados miembros se fija la obligación de abonar este tipo de indemnizaciones cuando se produce despidos colectivos por causas económicas o empresariales, si bien su cuantía difiere notablemente y sobre todo es distinto el criterio referencia para fijar su cuantía. En todo caso, lo relevante a los efectos del comentario de la Directiva en cuestión es que, una vez más, ésta no se pronuncia sobre el particular. De nuevo, la misma se sitúa exclusivamente en el ámbito de la introducción de exigencias procedimentales, que no sustantivas. En concreto, la Directiva no contiene mención alguna al derecho de los trabajadores a percibir una compensación económica con ocasión de su pérdida del empleo (15) y, mucho menos, acerca de cuál debe ser su cuantía óptima. Hay, ciertamente, una apelación implícita, cuando se fijan los derechos de información de los representantes de los trabajadores en el trámite de consultas a los mismos, pero con la consiente cautela del legislador comunitario de aclarar que con ello no se pretende traspasar la perspectiva de lo procedimental, en cuanto que se especifica que ese derecho de información refiere a aquellos supuestos en los que la legislación correspondiente imponga un derecho indemnizatorio en favor de los trabajadores; en otros términos, se deduce del precepto que no hay una voluntad por parte de la Directiva de ser ella quien imponga que la normativa de transposición establezca ese deber indemnizatorio (16).

c) La permanencia o supresión de la autorización administrativa. Se trata de un aspecto venido a menos en el debate entre los interlocutores sociales. Tras la reforma legislativa de 1994, a partir en concreto de la derivación de los despidos colectivos de menor entidad cuantitativa y los que afectan a la resolución ipso iure que no requieren de autorización administrativa previa, ha pasado a constituir una exigencia empresarial de mucho menor preocupación. En todo caso, se trae a colación en la medida en que podría reaparecer la cuestión, en la medida en que en la práctica totalidad de los Estados miembros ha desaparecido esta intervención administrativa, constituyen el caso español la excepción entre los sistemas de relaciones laborales más influyentes. En esta materia insistir en que la Directiva comunitaria, sí que contempla como trámite obligatorio la intervención de la Administración Pública en los procesos de regulación

(15) GONZÁLEZ BIEDMA, "Licenziamenti...", *op. cit.*, pg. 307.

(16) Art. 2.3.b: "A fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá...comunicarles, en cualquier caso, por escrito...el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas de las derivadas de las legislaciones y/o prácticas nacionales".

de empleo, si bien en cuanto al alcance de esta actuación se limita prever una presencia de menor intensidad de la Administración con ocasión de los despidos colectivos, en clave de "mediación" que no con poderes dirimentes vinculantes para las partes. Eso sí, la práctica totalidad de la doctrina es del criterio que ello no comporta contradicción entre el tenor de la Directiva y el sistema español de autorización administrativa, dada su cualidad de norma mínima en cuanto a la protección del trabajador (art. 5), aunque también matizando que tampoco fomenta ni incita al establecimiento de un mecanismo tipo autorización administrativa.

II. ÁMBITO MATERIAL DE LA DIRECTIVA SOBRE DESPIDOS

La Directiva comunitaria se extiende a cualquier tipo de "despido colectivo", teniendo presente que existe una noción comunitaria de despido colectivo, por lo que es indiferente que los Estados miembros incorporen una definición propia, por cuanto que ésta en ningún caso podrá convertirse en una vía indirecta de exclusión de las reglas procedimentales de garantía impuestas por la Directiva.

Así lo ha declarado expresamente el Tribunal de Justicia, en un caso concreto en el que se condenó al Reino de Bélgica, por cuanto que entendió que no puede producirse una exclusión de los trámites exigidos por la Directiva al diferenciar entre cierres de empresa y despidos colectivos, con el resultado de que se excluyan a los primeros de norma de transposición belga (17).

Varios elementos delimitan el concepto comunitario de despido colectivo: elemento material, elemento objetivo, elemento subjetivo, elemento causal negativo, elemento cuantitativo.

(17) STJCE 28 marzo 1985, asunto 215/1985, Comisión v. Reino de Bélgica (Rec. pgs. 1039: "La Commission soutient, en premier lieu, que le droit belge fait traditionnellement une distinction entre la notion de fermeture d'entreprise et celle de licenciement collectif. Cette distinction aurait pour conséquence que les licenciements en cas de fermeture d'entreprise, que celle-ci résulte ou non d'une décision de justice, seraient régis non pas par la réglementation adoptée pour la mise en oeuvre de la directive 75/129, mais par les dispositions spécifiques de la loi du 28 juin 1966, relative à l'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprise (Moniteur belge du 2 juillet 1966, p. 6879) et de l'arrêt royal du 20 septembre 1967, pris pour l'exécution de cette loi (Moniteur belge du 5 octobre 1967, p. 10463)".

("A cet égard, il convient de constater que, même en admettant les allégations de la partie défenderesse selon lesquelles, en Belgique, seulement une partie relativement faible des fermetures d'entreprise en résultent pas d'une décision de justice au sens de l'article 1^o, paragraphe 2, sous d), de la directive 75/129, cette circonstance en dispense pas de royaume de Belgique de son obligation d'assurer la protection prévu par la directive en cas de licenciements collectifs consécutifs à de telles fermetures d'entreprises".

1. Elemento material: relaciones laborales privadas

Este presupone que el procedimiento sólo es exigible en relación con los despidos que afectan a relaciones laborales que se desenvuelven en el ámbito privado, si bien no se diferencia entre uno y otro tipo de empresas siempre que afecte a actividades probadas. En sentido negativo, quedan excluidas todo tipo de extinciones que afecten a personal al servicio de la Administración Pública o entidades de Derecho Público (18), con lo cual el elemento determinante de la exclusión refiere a la naturaleza jurídica del sujeto que actúa en la posición de empleador en el seno del contrato de trabajo (19). Más aún, a pesar de que por algunos se ha defendido lo contrario (20), esta exclusión no les afecta a los contratos laborales celebrados por la Administración e incluso podría aventurarse que quizás tampoco a algunos funcionarios públicos que no tienen encomendado el ejercicio de poderes públicos o la tutela de intereses generales. La razón de ser de esta exclusión está muy ligada a la correlativa del art. 48.4 del Tratado en relación con la libre circulación, por lo que se podría adoptar idéntico criterio interpretativo al construido para este precepto (21). El sistema español precisamente toma en consideración el elemento del sometimiento a la legislación laboral, lo que incluye al personal laboral al servicio de Administraciones y entidades públicas cuando su régimen se desarrolla en virtud de la celebración de un contrato de trabajo (22).

Asimismo la Directiva admite que se procedan a excluir los despidos que afectan a "las tripulaciones de buques marítimos" (art. 1.2.c), si bien en el ordenamiento español no se ha hecho uso de esta exclusión, por cuanto que en el momento presente el conjunto de la legislación laboral es de aplicación tanto para la marina mercante como para las actividades de pesca marítima.

Al no contemplarse en la Directiva ninguna otra exclusión por lo que atiene al elemento material, ha de entenderse que cualquier otro criterio de marginación sería contrario a la normativa comunitaria. Precisamente, ésta ha sido la

(18) Algunos autores erróneamente han entendido que la Directiva de modificación del año 1992 ha suprimido esta exclusión, por cuanto que el texto originariamente publicado hacía referencia a la letra "b" del art. 1.2, cuando en realidad se refería a la letra "d", habiéndose hecho la corrección oportuna posteriormente en el Doce de 18 de febrero de 1993 por medio de la publicación de una corrección de errores. Incurrir en este error, por ejemplo, LÓPEZ MOSTEIRO, "La Directiva comunitaria...", *op. cit.*, pg. 815.

(19) Art. 1.2.b: "La presente Directiva no se aplicará... a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozca esta noción)".

(20) RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1813. GONZÁLEZ BIEDMA, "Licenziamenti...", *op. cit.*, pg. 311.

(21) En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ, "La aplicación de las normas...", *op. cit.*, pg. 355.

(22) Cfr. sobre el particular, J.M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, ed. Civitas, Madrid, 1995, pgs. 380 ss.

causa de que el Tribunal de Luxemburgo haya condenado en sendas sentencias a Italia y Bélgica por excluir sus legislaciones sobre despidos colectivos a ciertos grupos de trabajadores subordinados (23). Por lo que afecta a la legislación española ello comporta, en concreto, la necesidad de incluir dentro del ámbito de aplicación del procedimiento de regulación de empleo a cualquier tipo de relación laboral, incluyendo específicamente las consideradas como relaciones laborales de carácter especial. Como es sabido, la característica común de todas estas relaciones especiales es que a las mismas no les resulta de aplicación el Estatuto de los Trabajadores, rigiéndose pues por las normativa ad hoc para ella aprobada por el correspondiente Real Decreto. Ahora bien, la práctica totalidad de estos Reales Decretos proceden a su vez a remitirse a la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores, al menos por lo que aquí interesa, en materia de despidos colectivos. Existe alguna excepción, como serie el supuesto de los trabajadores al servicio del hogar familiar, si bien ello resulta perfectamente comprensible y justificable, si tenemos en cuenta que por sus características hoy en día resulta materialmente imposible imaginar una situación en la que se puedan superar los umbrales cuantitativos previstos en la Directiva y que posteriormente analizaremos.

2. Elemento objetivo: extinción del contrato de trabajo

El contenido de la Directiva tan sólo resulta de aplicación cuando se trata de adoptar una medida de reestructuración empresarial que comporta terminación de contratos de trabajo. Como es sabido en el ordenamiento español se contemplan otras medidas de menor intensidad, pero que también poseen efectos de incidencia directa sobre los niveles de empleo y a las cuales se les tienden a aplicar reglas asimiladas a las propias del expediente de regulación de empleo que concluye con extinciones contractuales. Me refiero en particular a

(23) STJCE 8 junio 1982, asunto 91/81, Comisión v. República Italiana, Rec. 1982, pgs. 2133 ss: "en ciertos sectores, singularmente en la agricultura y en el comercio, no existe en Italia una situación normativa tan completa como la de la Directiva. Se constata, además, que los convenios colectivos italianos no exigen la notificación escrita de parte del empleador prevista por la Directiva, y que el sistema italiano no prevé, como exige la Directiva, la notificación a la autoridad pública competente de todo despido colectivo, y que la intervención de la autoridad pública competente para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos proyectados no es obligatoria". Un comentario a esta sentencia, R. FOGLIA, "Obblighi comunitari e licenziamenti collettivi", en *Il Diritto del Lavoro* n° 56 p. 2 (1982), pgs. 383 ss. STJCE 6 noviembre 1985, asunto 131/84, Comisión v. Reino de Italia, Rec. pgs. 3531 ss. STJCE 28 marzo 1985 asunto 215/83, Comisión v. Reino de Bélgica, Rec. pgs. 1039, ya citada y transcrita. Un comentario a esta sentencia en P. ZANELLI, "Direttiva comunitaria e licenziamenti collettivi: il caso belga", en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro* 1986 p. 2, pgs. 225 ss.

reestructuraciones empresariales que desembocan en suspensiones de contratos de trabajo, reducciones de jornada de trabajo, transformación de contratos a tiempo completo en a tiempo parcial, modificaciones substanciales de condiciones de trabajo, traslados a centros de trabajo diferenciados. Pues bien, ninguna de estas medidas se ven afectadas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en cuestión, por cuanto que la misma se circunscribe exclusivamente a "despidos" (art. 1.1.a).

Debe tenerse presente también que resulta bastante habitual que cuando los despidos se efectúan con pretensión de continuidad de la actividad de la empresa, los mismos vengán acompañados o completados con estas otras medidas, que otorgan a la medida empresarial una comprensión de conjunto de todo el proyecto de reestructuración y a la postre justifican la viabilidad futura de la actividad empresarial desde el punto de vista laboral. En algunos casos, esa presentación de conjunto de la reestructuración a emprender puede resultar obligada, en la medida en que constituye objeto necesario de las consultas con los representantes de los trabajadores "las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento" (art. 2.2). Sin embargo, también debe advertirse que esas otras medidas de reestructuración por sí solas no se incluyen dentro del concepto de "despido", por ende no entran directamente en el ámbito material de la Directiva; sólo lo hacen por vía indirecta, en la medida en que coadyuvan a la dulcificación de los efectos más perjudiciales de la pérdida plena del empleo. En particular, estas otras medidas de reestructuración no son tomadas en consideración a efectos de la cuantificación de los umbrales mínimos cuantitativos de los despidos colectivos (art. 1.1.a), ni deben mencionarse dentro del listado explícito de materias de indispensable información inicial a los representantes de los trabajadores (art. 2.3.b).

3. Elemento subjetivo: despido

La noción institucional de despido en sede comunitaria comporta remitirse a un acto jurídico de "resolución", rescisión" o de "desistimiento"; como expresa literalmente la Directiva ha de tratarse de "despidos efectuados por un empresario" (art. 1.1.a). Ello comporta, pues, la terminación del contrato como consecuencia de una decisión de voluntad unilateral del propio empleador. Ello conduce a efectuar una serie de exclusiones de supuestos extintivos en los que o bien el empresario no interviene en términos formales en el acto desencadenante de la terminación de la relación laboral, o bien aunque sí interviene no es el único sujeto que decide la extinción: extinción por mutuo acuerdo, por voluntad unilateral del trabajador o bien extinción legal automática ipso iure. Acudiendo al listado de supuestos contemplado en nuestro art. 49.1 ET habría que dejar al margen, cuando menos, lo siguientes supuestos: a) por mutuo acuerdo de las partes; b) por las causas consignadas válidamente en el contrato; c) por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato; d) por dimisión del trabajador; e) por muerte o invalidez del

trabajador, cuando ésta última no es el resultado de una decisión unilateral del empresario; f) por jubilación del trabajador, cuando ésta no es resultado de una decisión unilateral del empresario, j) por voluntad del trabajador.

Expresamente la Directiva excluye de su ámbito de aplicación a "los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tareas determinadas" (art. 1.2). Ello se corresponde con las diversas modalidades de contratación temporal contempladas en nuestra legislación laboral nacional y en particular con las causas extintivas ya citadas recogidas en las letras "b" y "c" del art. 49.1 ET. Es una exclusión coherente con la definición dada de despido sólo como aquella extinción que es resultado de una decisión unilateral del empresario, pues en estos casos la terminación es resultado del mutuo acuerdo alcanzado por las partes en el momento de concertación del contrato, fijando para estos contratos temporales un plazo predeterminado o bien una condición resolutoria que desencadena la extinción en el momento de su actualización. Al no poder afirmarse, por tanto, que será resultado de una resolución contractual, en la configuración jurídica de nuestra legislación nacional a estos supuestos ni siquiera se les califica como "despidos", por lo que en sentido estricto del término lo que efectúa la Directiva en este punto es una exclusión de carácter meramente "declarativo" y en modo alguno de naturaleza "constitutiva".

A tenor de lo anterior cae por su propio peso la excepción de la exclusión contenida al final del precepto que venimos comentando: "salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de estos contratos". En estos casos de extinciones ante tempus de los contratos temporales si que se ha producido un cambio cualitativo, por cuanto que no se trata de la terminación ordinaria pactada en la correspondiente cláusula del contrato de trabajo, por lo que se verifica a instancia y por resolución unilateral empresarial, lo que la hace inscribirse en sentido estricto dentro de una manifestación de "despido" y como tal incluida de principio dentro del ámbito de la Directiva.

En lo que se refiere a la jurisprudencia comunitaria, ésta era interpretado, en consonancia con el concepto comunitario de despido, que la Directiva no resulta de aplicación cuando la extinción se produce como resultado de una denuncia de los trabajadores, que éstos pudieran pretender asimilar a un despido colectiva en cuanto que el hecho desencadenante de su resolución era una situación de inviabilidad de la actividad empresarial. Para la sentencia en cuestión la situación de dificultad económica de la empresa por sí sola no justifica la aplicación de la Directiva hasta que el empleador no se proponga realmente efectuar un despido colectivo (24). El supuesto tiene relevancia en lo que afec-

(24) STJCE 12 febrero 1985, asunto 284/83, SID v. Nilsen, REC. pgs. 553 ss: "La dénonciation par les travailleurs de leur contrat de travail à la suite d'une déclaration de cessation des paiements par l'employeur en peut pas être assimilée à un licenciement effectué par l'employeur au sens de la directive 75/129 du Conseil du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membre relatives aux licenciements collectifs".

ta al caso español en la medida en que también debemos marginar aquellos casos en los que el expediente de regulación de empleo se pone en marcha como consecuencia de una iniciativa de los representantes de los trabajadores (25); si bien se trata de un supuesto notablemente excepcional en la práctica de las relaciones laborales en nuestro país, pervive como una posibilidad para situaciones de hecho de deterioro irreversible de la actividad empresarial con actitud de absoluta pasividad por parte del empleador; debe reiterarse, pues, a los efectos que estamos analizando que tales circunstancias formalmente son ajenas por completo a los despidos contemplados en la Directiva, salvo que lo que se haya producido no sea una iniciativa de los representantes sino la constatación de un despido tácito de la empresa sin sometimiento a formas de ningún tipo.

La primitiva versión de la Directiva, aquella que se remonta al año 1975, contemplaba la exclusión de aquellos despidos que eran resultado de "cese de las actividades del centro de trabajo cuando éste resulte de una decisión judicial" (art. 1.2.d). Sin embargo, se trate de una excepción que desaparece a partir de la aprobación de la Directiva de modificación de la anterior, ya citada, del año 1992. En todo caso, conviene advertir que, a partir de esta última fecha de 1992, se trata de un inclusión parcial, pues en preceptos sucesivos se permite que la legislación nacional de transposición no exija ciertos requisitos, en particular por lo que se refiere a la intervención mediadora por parte de la Administración Pública, imponiendo en ese terreno una obligación de notificación por escritos (arts. 3.1 p. 2 y 4.4). En cierto modo, estos casos de extinciones por decisión judicial han de calificarse como inclusiones "constitutivas", por cuanto en sentido estricto del término no se trata de extinciones "efectuadas por el empresario", sino que serían resultado de la institución del *factum principis*, es decir, por imposición de la autoridad pública como tercero ajeno a la persona del empleador y como tal con independencia de cual sea su voluntad. Los comentaristas de la Directiva han relacionado generalmente esta exclusión con las situaciones de suspensión de pagos o quiebra de las sociedades, en las que una resolución judicial da lugar a la liquidación de la sociedad de la que es titular la mencionada empresa (26). Ciertamente, por el contexto de la legis-

("...la assimilation préconisée par le Specialarbejderforbundet y Danmark donnerait aux travailleurs la possibilité de provoquer des licenciements contre la volonté de l'employeur et sans que celui-ci ait été en mesure de remplir les obligations qui lui sont imposées en exécution des articles 2 et 3 de la directive. Elle aboutirait au résultat exactement inverse de celui qui est recherché par la Directive, à savoir éviter ou réduire les licenciements collectifs").

- (25) "Los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoacción del expediente a que se refiere el presente artículo, si racionalmente se presumiera que la no incoacción del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación" (art. 51.9 ET).
- (26) RAMÍREZ MARTÍNEZ, "La extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1813.

lación nacional de otros Estados miembros, parece que la Directiva está pensando en este tipo de cesaciones de la actividad productiva, aunque en los términos de generalidad en que está redactada nada impediría imaginar otras situaciones; por ejemplo, resoluciones de cesación de la actividad por razones de orden público o de seguridad nacional. En todo caso, por lo que se refiere a la situación de la legislación española, ésta se atiene estrictamente a los parámetros comunitarios a partir de la reforma introducida en 1992; la normativa española no procede a una exclusión total de los trámites propios del expediente de regulación de empleo, si bien a tenor de la autorización de la Directiva excluye la intervención —tanto autorizatoria propia española como mediadora propia de la Directiva para la generalidad de los supuestos—. Eso sí, ha de entenderse sin margen de dudas que la fórmula vigente en España procede a una transposición suficientemente respetuosa con las exigencias comunitarias, por cuanto que en todo caso impone que las partes se sometan al obligado período de consultas y mantiene la necesidad de notificación por escrito a la autoridad laboral, en nuestro caso a efectos del reconocimiento de la prestación por desempleo (27).

Los únicos supuestos que pueden plantear dudas en una labor de concordancia con la legislación española son los recogidos en el art. 49.1 g ET: muerte, jubilación o incapacidad del empresario. El supuesto debe analizarse en la medida en que nuestra legislación nacional no obliga en estos casos ni a la consulta a los representantes de los trabajadores ni prevé la intervención de la autoridad laboral. Ante todo, hay que aclarar que se trata de una discusión más académica que otra cosa, pues el supuesto queda restringido a las empresas cuya titularidad formal la ostente una persona física, no afectando al grueso de las empresas que suelen adoptar formas diferentes de conformación de personalidad jurídica propia, incluidas en estos últimos casos empresas familiares o de reducidas dimensiones cuya titularidad real corresponde a una sola persona. Además, el supuesto sólo afecta a los ceses totales de la actividad empresarial, por cuanto que si se trata de reducciones parciales consecuencia de una asunción de la continuidad de la actividad empresarial por parte de los herederos ha de entenderse que sí que resultan de aplicación las reglas generales sobre despidos por causas económicas o empresariales. En fin, aquellas empresas cuya titularidad formal se remite a una persona física suelen ser de muy pequeñas dimensiones, motivo por el que normalmente estarán excluidas de la Directiva al no reunir el elemento cuantitativo, que comentaremos más sucesivamente,

- (27) "El expediente de regulación de empleo para los supuestos de declaración de quiebra, cuando los síndicos hubieran acordado la no continuidad de la actividad empresarial, o en otros supuestos de cese de la actividad de la empresa en virtud de decisión judicial, se tramitará a los solos efectos del acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del presente artículo en materia de período de consultas y del derecho a la indemnización a que se refiere el apartado 8".

pero que adelantamos exige cuando menos la presencia de empresa que den ocupación a 20 trabajadores. En todo caso, la posibilidad teórica de que se pueda dar un supuesto de cumplimiento del elemento cuantitativo exige su consideración.

A nuestro modo de ver existen argumentos de peso para inclinarse por la inclusión en el campo de la Directiva de las extinciones por muerte, jubilación o incapacidad del empresario (28). En primer lugar, conviene indicar que las posibles dudas acerca de su inclusión no derivan, desde la perspectiva española, del dato de que nuestra legislación parece no conceptualizar a estos supuestos como manifestaciones de despidos. Frente a ello, debe recordarse lo dicho al inicio en relación con la noción de despido: lo decisivo no es la amplitud concedida a esta institución por la legislación nacional, sino la definición ofrecida por la propia Directiva. En este terreno también acabamos de comprobar cómo la Directiva tiende a ofrecer una definición netamente extensiva del término despido, hasta el punto de emplearlo para extinciones que propiamente no constituyen resoluciones unilaterales; ello nos obliga a adoptar un criterio restrictivo en la determinación de los supuestos extintivos a excluir.

Pero es que, además, son casos en los que la extinción se produce por voluntad del empresario que cuando menos deberían asimilarse a la institución del despido. En ninguno de estos casos cabe pensar que la extinción se produzca de forma automática, sin expresión de voluntad previa por parte de la dirección de la empresa. En el caso de la jubilación, el mero cumplimiento de una edad por el empresario no comporta el cese de la actividad empresarial, pues debe venir unida a la voluntad del empleador de jubilarse y, además, decidir no continuar la actividad productiva a través de representante; ello es así hasta el punto de que la propia jurisprudencia española se ha calificado a la jubilación del empresario como un supuesto de despido (29). Algo similar puede decirse respecto de la incapacidad, donde también es posible la continuidad de la actividad empresarial a través de representante (30). Incluso en el caso de muerte, tal evento no extingue por sí mismo el contrato, sino que depende de una decisión voluntaria de los herederos de no continuidad de la actividad empresarial, hasta el punto de que algunos autores han llegado a afirmar — quizá con cierta precipitación— que en tales casos los herederos “despiden” a

(28) Idéntica posición en M. COLINA y otros, *Derecho Social Comunitario*, 2ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pg. 425. GÓMEZ DE LA VEGA, “Los despidos colectivos...”, *op. cit.*, pg. 779. MONEREO PÉREZ, “Los despidos colectivos...”, *op. cit.*, pg. 100.

(29) J. RIVERO LAMAS, en prólogo al libro de M.C. ORTIZ LALLANA, *La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento*, Madrid, 1985, pg. 10. Probablemente la única excepción se daría en aquellos casos singulares en los que el empresario se jubila forzosamente, debido al tipo de actividad que presta; piénsese a título de ejemplo en las jubilaciones de los notarios.

(30) ORTIZ LALLANA, “La extinción...”, *op. cit.*, pg. 445-449.

los trabajadores (31). Como dato significativo cabe indicar que en ninguna de las legislaciones de los Estados miembros se mencionan como supuestos autónomos de extinción a la muerte, incapacidad o jubilación del empresario (32), asimilándose normalmente a una manifestación más de despido y, concretamente, a un supuesto de fuerza mayor.

4. Elemento causal negativo: no inherente al trabajador

No cabe la menor duda que el procedimiento de despidos colectivos está concebido en el conjunto de la Directiva para afrontar las situaciones de excedentes de personal en la empresa, que pueden deberse a circunstancias de muy diversa índole, generalmente conectadas con un contexto económico, técnico, organizativo o productivo que, a juicio de la dirección de la empresa, requiere adoptar este tipo de medidas de reducción de personal vía despidos. Todo el contexto en el que se desenvuelve el procedimiento en ella previsto, tanto en lo que refiere al período de consulta con los representantes de los trabajadores como en lo que afecta a la intervención de la Administración Pública, lleva implícito este tipo de situaciones económicas o empresariales que afectan al centro de trabajo.

Ahora bien, conviene recordar que la Directiva intencionadamente ha evitado exigir al empleador la demostración de causas concretas que justifiquen su decisión extintiva. Por ello, en el momento de precisar el ámbito de aplicación de la Directiva en este punto se ha encontrado con la dificultad de que se deseaba, por un lado, que materialmente el procedimiento se circunscribiera a los despidos colectivos derivados de excedentes de personal, pero, al propio tiempo, de otro lado, evitar que por la vía indirecta de aludir a la tipología de despidos que debían articularse por el procedimiento de la Directiva se dedujera la presencia del principio de causalidad en el despido, que sobre todo abriera paso a un posible control sucesivo de legalidad de la medida en que no hubiera quedado suficientemente acreditada las presuntas exigencias económicas o empresariales desencadenantes de la medida empresarial. Con independencia de que sea práctica generalizada en todos los Estados miembros la imposición de este elemento causal, la Directiva no ha deseado elevarlo al rango de elemento común incorporado al acervo comunitario.

El mecanismo instrumental para lograr ese objetivo de delimitación material de la tipología extintiva, sin llegar a exigir motivación de fondo en la decisión empresarial, ha sido justamente utilizar una metodología de exclusión negativa: enumerar las causas de resolución contractual que en ningún caso se le impone el procedimiento de consulta e intervención administrativa al que alude la Directiva.

(31) RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Extinción del contrato...”, *op. cit.*, pg. 1811.

(32) La única excepción la constituye Bélgica, que sólo menciona el caso de la muerte del empleador, y Luxemburgo, para el caso de la incapacidad. Cfr. INSTITUTO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS, *La terminación del contrato de trabajo en Europa occidental*, Madrid 1979. RAMÍREZ MARTÍNEZ, *op. y loc. ult. cit.*

En concreto, ello se hace cuando se afirma que entran en el ámbito de la Directiva los despidos colectivos aquellos efectuados por un empresario "por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores"; la construcción gramatical de la frase es negativa, con lo que, a la inversa viene a presuponer que cualquier otra causa no inherente a la persona del trabajador queda incluida dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. La cuestión interpretativa se circunscribe, pues, a la determinación de cuales serían esos supuestos "inherentes a la persona del trabajador" que, como tales quedan fuera. Valga insistir, a pesar de la premiosidad del recordatorio, que ese elenco de supuestos ha de partir de la premisa de que debe construirse una noción comunitaria de lo que sea o no inherente, a efectos de que las imposiciones a las legislaciones de transposición sean comunes para todos los Estados miembros, al tiempo que se impida que quede en manos del legislador comunitario una manipulación de los imperativos de la norma comunitaria por la vía de interpretar a su gusto el alcance de la misma conforme a parámetros institucionales de la propia legislación nacional.

En todo caso, esa delimitación no resulta excesivamente compleja, dado que en Derecho comparado —con unas u otras denominaciones, ha cuajado una trilogía de causas resolutorias por el empleador que está en el trasfondo de esta temática; trilogía que igualmente se encuentra presente en el sistema legal español. Esta trilogía, empleando una terminología general, referible a cualquier modelo legal sería la siguiente: a) despidos fundados en previos incumplimientos del trabajador derivados de una conducta infractora voluntaria del mismo asalariado, es decir, lo que generalizadamente se conoce con la idea de despido disciplinario; b) despidos basados en falta de respuesta adecuada del trabajador en la ejecución del trabajo o tareas encomendadas por la dirección de la empresa, a pesar de que la conducta del asalariado se produzca involuntariamente o incluso haciendo un particular esfuerzo de diligencia, es decir, lo que habitualmente se incluye bajo la categoría de los despidos objetivos vinculados a la conducta del trabajador; c) despidos debidos a situaciones de excedentes de plantillas, donde resulta de todo punto irrelevante la precedente conducta o voluntad del asalariado, es decir, lo que coloquialmente se conoce como despidos colectivos, regulaciones de empleo o "redundancy".

Pues bien, a partir de esta trilogía, resulta relativamente fácil deducir que son los despidos del primero y segundo grupo lo que quedan excluidos de las exigencias de la Directiva. Elemento común a ambos es el hecho de que el despido queda conectado con una conducta previa del trabajador o bien con factores profesionales vinculados a la personal del trabajador; en otros términos, uno y otro, son "inherentes" a la persona del trabajador, atinentes al trabajador en función de su comportamiento o su capacidad personal de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Ahora sí, descendiendo al terreno positivo más inmediato de la referencia a la legislación vigente en el ordenamiento español queda fuera con toda seguridad los despidos por ineptitud del trabajador, falta de adaptación a las modificaciones tecnológicas de su puesto de trabajo y la excesiva morbilidad (art. 52 a, b y c ET), por tratarse de circunstancias intrínsecas a la propia persona del

trabajador. Pero igualmente ha de darse por supuesto que se excluyen igualmente los despidos disciplinarios del art. 54 ET. Los despidos disciplinarios, por añadidura, van a quedar excluidos por el elemento cuantitativo, al ser generalmente despidos individuales. Sin embargo, también cabría pensar en supuestos de indisciplina colectiva o, más concretamente, de actividades huelguísticas ilícitas, frente a las que el empleador reaccionara con despidos en masa; a pesar de que se pudiera pensar que son también supuestos de decisiones individualizadas del empresario, lo cierto es que en la práctica se pueden presentar como medidas de conflicto colectivo de parte del empresario. A nuestro modo de ver, el contexto general de la Directiva, la finalidad con la que se da entrada a una intervención tanto de los representantes de los trabajadores como de la autoridad laboral, permiten interpretar que esa exclusión de los motivos inherentes a la persona del trabajador abarca también a las causas disciplinarias, a los motivos relacionados con la conducta del trabajador (33).

Excluido estos dos supuestos, concluiríamos diciendo que el primer grupo sí que entraría indiscutiblemente en el ámbito material de la Directiva, donde sin margen de duda el factor desencadenante del despido no motivos ajenos a la persona del trabajador o trabajadores despedidos. Por vía oblicua volvemos a afirmar que a la postre son las exigencias de tipo económico y empresariales las que constituyen el núcleo de los despidos colectivos reguladas por la Directiva. Sin embargo, ello no significa que tales causas sean las únicas incluidas dentro del ámbito de la Directiva (34). Reaparece aquí la técnica de delimitación negativa, en el sentido de que lo que hay que hacer es limitarse a afirmar que los supuestos a excluir son los que se integran en los dos grupos precedentes —art. 52 a, b y c y art. 54 ET—, estando incluidas todas las demás formas de extinción por decisión empresarial.

Ello viene corroborado por el propio Tribunal de Luxemburgo, cuando por medio de una sentencia consideró que la legislación británica incumplía la Directiva porque circunscribía la regulación a los despidos económicos, mientras que la norma comunitaria se extiende indiferenciadamente a cualquier despido colectivo (35).

(33) En el mismo sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1180.

(34) En el mismo sentido, R. FOGLIA, "Obblighi comunitari...", *op. cit.*, pgs. 385-386 RUIZ CASTILLO, "La acomodación del ordenamiento...", *op. cit.*, pgs. 22 ss.

(35) STJCE 8 junio 1994, asunto 383/92, Comisión v. Reino Unido, Rec. 1994 pgs. 2479 ss: "La Comisión sostiene que las disposiciones de la EPA tienen un ámbito de aplicación más limitado que el que establece la Directiva. Según esta institución la EPA sólo se aplica a los 'despidos económicos', es decir, según la interpretación que dan a estos términos los Tribunales británicos, a los casos de cese o de reducción de la actividad de una empresa y a los casos de disminución de la demanda de un trabajo de tipo especial, mientras que, según la letra a) del apartado 1 de su artículo 1, la Directiva se aplica a los 'despidos colectivos', es decir, a los despidos efectuados por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores: lo que comprende supuestos diferentes del mero 'despido económico'.

En definitiva, una vez más la Directiva ha querido emplear una noción amplia de despido colectivo, pues de lo contrario hubiera hecho una referencia positiva y directa a las situaciones de excedentes de empleo por razones económicas. Acudiendo nuevamente a la útil enumeración de tipos contenida en el art. 49 ET, habrían de quedar incluidos los siguientes apartados: g) muerte, jubilación e incapacidad del empresario; h) fuerza mayor; i) despido colectivo.

De todas ellas la más significativa desde la perspectiva española es la extinción por fuerza mayor. Efectivamente, nuestra legislación en materia de extinción por fuerza mayor no se adapta en absoluto a los requisitos de procedimiento impuestos por la Directiva (36): no se exige la realización de consulta alguna con los representantes de los trabajadores y, aunque existe control e intervención administrativa de la decisión empresarial no se respeta el plazo mínimo de treinta días hasta que surtan efectos los despidos, ya que éstos se producen desde la fecha misma del evento desencadenante de la fuerza mayor (art. 51.12 ET). Es cierto que la reforma del art. 51 ET, efectuada en 1994, incorpora para el supuesto de fuerza mayor la necesidad de “comunicación a los representantes legales de los trabajadores”, atribuyéndoseles a éstos la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del expediente administrativo; sin embargo, tal como se podrá comprobar más adelante, esa intervención no puede asimilarse a la actuación de consulta prevista en la propia Directiva.

En su momento se defendió la exclusión de la fuerza mayor de su campo de aplicación, en base a determinados acuerdos en el curso de las negociaciones para la integración de nuestro país en la Comunidad, que justificaban la exclusión por tratarse de uno de los supuestos de cese de las actividades por resolución judicial. La interpretación de la Directiva formulada por los representantes de la Comisión se fundaba en la idea de que la autorización administrativa en este caso equivalía a “una decisión de justice” (37). Ya en su momento dicha interpretación resultaba excesivamente “forzada” —valga la reiteración del término—, pues parecía claro que la propia literalidad de la Directiva se dirigía directamente a algún tipo de fallo judicial, pero en ningún caso referible a una intervención administrativa, de naturaleza netamente diferenciada y claramente deslindada por la propia Directiva cuando se prevé en los arts. 3 y 4 la actuación de la autoridad pública competente; de lo contrario, diríamos que ello también resultaría aplicable a la autorización por causas económicas o empresariales del resto del art. 51 ET. De otra parte, la exclusión de la Directiva

(El Gobierno del Reino Unido reconoció, en su respuesta al escrito de requerimiento que le ha dirigido la Comisión, que el Derecho británico no aplicaba plenamente la Directiva en este punto.

(Procede, por consiguiente, acoger el segundo motivo de la Comisión”.

(36) En este sentido, MONEREO PÉREZ, *Los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pgs. 93 ss. COLINA y otros, *Derecho social...*, *op. cit.*, pg. 425. GÓMEZ DE LA VEGA, “Los despidos colectivos...”, *op. cit.*, pg. 779. ARGÜELLES BLANCO, *Las modificaciones introducidas...*, *op. cit.*, pg. 60.

(37) MULAS, “Sobre la Directiva CEE”..., *op. cit.*, pg. 54.

conectaba con decisiones judiciales que desencadenaban “cese de las actividades del centro de trabajo”, cuando son también imaginables situaciones de fuerza mayor parciales, que den lugar a reducciones de empleo sin cese de actividades del resto del centro. Probablemente, al haberse obtenido por los negociadores españoles una declaración interpretativa de la Comisión favorable a nuestra legislación entonces vigente, se buscó un compromiso en la práctica de que la Comisión no iba a iniciar los trámites de presentación del recurso correspondiente ante el Tribunal de Luxemburgo. Pero, además, posteriormente dicha posible alegación ha decaído por completo. Recuérdese que la Directiva 92/56 de modificación suprimió como causa de exclusión la de los despidos que eran consecuencia de una decisión judicial, de modo que a partir de 1992 para los despidos colectivos derivados de resolución judicial resulta inexcusable el sometimiento al período de consulta de los representantes de los trabajadores.

También se argumentó entonces que el procedimiento de consulta de la Directiva sólo artificialmente podría extenderse a un supuesto —como es el de fuerza mayor— que aconseja un tratamiento específico, de mera constatación, como se da en nuestro Derecho (38). Naturalmente, constituye esta última más una argumentación de oportunidad que un razonamiento de directa interpretación positiva. Pero incluso en este terreno, tampoco resulta una opinión plenamente compartible; en el fondo, tras cualquier hipotética situación de fuerza mayor se esconde una situación de dificultad empresarial, por motivos económicos, técnicos o productivos, o de lo contrario no quedaría justificada la reducción de empleo; por ello también en estos casos parece oportuno constatar hasta qué punto la situación empresarial es estructural, el daño causado es de tal intensidad que impida la continuidad de la actividad, hasta qué punto ello resulta obligado el cierre total de actividades, si realmente la reducción de empleo contribuya a la viabilidad futura de la empresa en su conjunto, en qué medida la paralización no es meramente coyuntural por breve período que sólo desencadena una suspensión de la relación laboral conforme al art. 47 ET. En suma, circunstancias todas ellas que justifican plenamente la consulta a los representantes de los trabajadores, en idénticos términos a cualquier otra regulación de empleo por causas económicas o empresariales. La propia modificación de la Directiva, imponiendo la consulta incluso en casos de cese por decisión judicial ahonda aún más los argumentos aquí expuestos.

Por otra parte, si la fuerza mayor es real y el problema reside en la cesación inmediata de las relaciones laborales desde el momento del evento desencadenante de la misma existirían también instrumentos técnicos alternativos que combinaran esta necesidad junto con el respeto debido al plazo de preaviso en la Directiva, de 30 días previos a la efectividad del despido; tal como se ha indicado con acierto, siempre quedaría abierta la exención del pago de los salarios durante esos días, por tratarse de una situación de imposibilidad de efectuar la prestación laboral por causas no imputables al empleador (art. 30 ET) (39).

(38) MULAS, *op. y loc. cit.*

(39) RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Extinción del contrato...”, *op. cit.*, pg. 1814.

5. Elemento cuantitativo: umbral mínimo de colectividad

La legislación vigente, a través de la nueva redacción dada desde 1994 al despido por amortización de puesto de trabajo del art. 52 c ET, habilita un nuevo cauce para los despidos colectivos de menor intensidad numérica. Como dice la exposición de motivos de la Ley 11/1994, "la norma opta por mantener parcialmente el sistema vigente de intervención administrativa en los despidos colectivos —aunque clarificando y objetivando dicha intervención— en todos aquellos supuestos en que, en función de la necesaria intensidad de la medida, los intereses económicos y sociales deben ser ponderados. Por contra, aquellos en los que predominan los intereses de carácter individual pueden ser remitidos simplemente a los instrumentos jurídicos establecidos, con carácter general, para la defensa de dichos intereses". A lo que habría que añadir, algo mucho más relevante a efectos de la Directiva de despidos, que para esos otros donde predomina el carácter individual, no solamente se suprime la intervención administrativa, sino también la fase previa del período de consulta con los representantes de los trabajadores.

Esta posibilidad de acudir al despido objetivo de efectos inmediatos por decisión empresarial, sin necesidad de acudir a mecanismos previos de control, desde luego no es plenamente novedosa en nuestro ordenamiento, por cuanto que como tal causa ya se encontraba establecida desde la década de los años 70', primero a través del art. 39 del Decreto Ley de Relaciones de Trabajo y, sucesivamente, por medio de la primera versión del año 1980 del art. 52 c) del propio Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, el cúmulo de requisitos formales y sustantivos establecidos al efecto, convertían a éste supuesto en una modalidad de resolución contractual ciertamente excepcional y marginal, de modo que la generalidad de los despidos colectivos legalmente se deberían encauzar por la vía de los expedientes de regulación de empleo del art. 51 ET. Ahora bien, lo que introduce como novedad la nueva regulación en materia de despido, a través de los conocidos umbrales cuantitativos y otras medidas conexas, es precisamente suprimir o reducir según las materias los requisitos formales y de fondo relativos al despido del art. 52 c) ET, de forma que esta modalidad se convierte en un procedimiento de efectiva posible utilización por parte de las empresas.

Y, precisamente, para materializar esa frontera, entre las dos modalidades de los despidos autorizados del art. 51 ET y de los despidos ipso iure del art. 52 c) ET, nuestro ordenamiento acude al criterio de los umbrales cuantitativos que se contemplan en la Directiva comunitaria (40).

(40) J. MONTALVO CORREA, "Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo", en AA.VV., *La reforma de la legislación laboral*. Estudios dedicados al prof. MANUEL ALONSO GARCÍA, Marcial Pons, Madrid 1995, pg. 331. Con carácter general sobre el particular, cfr. E. GARRIDO PÉREZ, "El ámbito material de aplicación de los despidos colectivos autorizados", en AA. VV. (J. CRUZ VILLALÓN coord.), *Los despidos por causas económicas y empresariales*, ed. Tecnos, Madrid 1996, pgs. 72 ss.

La redacción de la Directiva es muy minuciosa, recogiendo múltiples variantes, en la medida en que combina al mismo tiempo tres tipos de factores: el número de trabajadores afectados, la dimensión habitual de la plantilla y el período de cómputo para calcular el número de trabajadores afectados. En todo caso, lo más significativo de toda esta formulación es que la Directiva es consciente de las importantes diferencias existentes entre las organizaciones productivas de pequeñas dimensiones y aquellas otras de mediano y gran tamaño. A partir de esa constatación, la Directiva ha preferido excluir de su ámbito a todas las entidades pequeñas, dejando plena libertad a los Estados miembros para regular el procedimiento de despidos colectivos en estas organizaciones productivas. Por ello, la Directiva no es referible a los supuestos de nuestro art. 52 c) ET.

En cuanto a los detalles concretos, la Directiva permite que las legislaciones nacionales opten por dos sistemas, en función de que se prefiera tomar en consideración un período más o menos largo de tiempo en el que va a producirse el conjunto de los despidos (art. 1.1.a); en otros términos, o bien una escala en período corto, o bien cuantía única en período. Si se van a considerar el conjunto de los despidos a efectuar en un período de 30 días, la aplicación de la Directiva dependerá a su vez de la plantilla habitual de la empresa: si ésta se encuentra entre los 21 y 99 trabajadores (ambos incluidos), será de aplicación la Directiva cuando el número de despedidos sea igual o superior a los 10 trabajadores; si la plantilla se encuentra entre los 100 y 299 trabajadores (ambos incluidos), será aplicable cuando el número de despedidos sea al menos el 10 % de la plantilla; finalmente, si la plantilla es igual o superior a los 300 trabajadores, cuando el número de despedidos sea al menos de 30 trabajadores. La otra alternativa de posible opción por las legislaciones de transposición es un sistema en el que el conjunto de despidos a efectuar se pueda producir en un período de 90 días; en cuyo caso la Directiva se aplica cuando el número de despedidos sea igual o superior a 20 trabajadores, siendo en este caso indiferente el número de trabajadores habitualmente empleados en el establecimiento afectado.

La normativa vigente en España aparentemente coge por la calle de en medio, pues no hace otra cosa que tomar la escala de la Directiva, pero en el período largo de los 90 días. En realidad, lo relevante desde la perspectiva aquí analizada es sí se ha producido una adecuada transposición de la Directiva comunitaria. Y a esto último no puede efectuarse reproche alguno, pues el resultado es siempre una regulación más favorable desde la perspectiva del trabajador por parte de la legislación española, en aplicación del art. 5 de la Directiva; en concreto, puede contemplarse como la aplicación de la primera alternativa, si bien ampliando el período de referencia, con lo cual abre el abanico temporal de cómputo de la escala y son más los despidos que pueden ser objeto de cómputo.

La norma no precisa a partir de cuándo debe contabilizarse el plazo de 90 días, debiendo presumirse que será a partir del momento en que la empresa inicia la reestructuración empresarial, tomando la iniciativa de un despido. En

nuestro sistema de regulación de empleo creo que ello no provoca mayores dificultades, dado que, como es sabido se suele comenzar acudiendo a las medidas menos traumáticas de las bajas incentivadas, que funcionan como punto de arranque de la reestructuración y, a los efectos aquí analizados, como punto de arranque del cómputo del plazo; es decir, en la práctica, se computarán 90 días hacia atrás, respecto de cualquier despido que adopte el empresario por causa económica o empresarial, incluidos obviamente los de amortización del art. 52 c ET, a los cuales se les sumarán los proyectados en el instante de cómputo (41).

Mayores dudas se suscitan, en cambio, en lo que afecta al elemento espacial de referencia para el cómputo. En efecto, mientras que la Directiva menciona expresamente y con reiteración que ha el número de despedidos y de trabajadores totales de la entidad previos a la reducción de empleo se han de computar con relación al "centro de trabajo" (42), para la normativa española el elemento referencial ha de ser la "empresa" en su conjunto (43). A estas alturas, por lo que se refiere al legislador español, no puede considerarse que la mención a la "empresa" se efectúe de forma imprecisa o con falta de precisión técnica, cuando existe una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico en el empleo de la diferencia entre centro y empresa, al mismo tiempo que en el propio Estatuto de los Trabajadores existe una definición legal taxativa de la noción de centro de trabajo (art. 1.5). De igual forma, no parece tampoco plausible que se trate de un mero error u olvido respecto de lo previsto en la Directiva comunitaria, cuando como hemos visto en la fijación de este umbral cuantitativo la reforma legislativa de 1994 ha redactado el art. 51 ET con atención preferente a la redacción de la Directiva. Asimismo, llama particularmente la atención la opción en el art. 51 en favor del referente a la empresa, cuando lo más generalizado en nuestro país es que los expedientes de regulación de empleo se realicen a nivel de centro de trabajo, desarrollando el período de consultas con unos representantes legales que actúan a nivel de centro de trabajo.

En todo caso, el interrogante a resolver es el de dilucidar si este sistema efectúa una transposición correcta de la Directiva comunitaria. Para ello, una vez más, debe insistirse en que si la Directiva utiliza el término "centro de trabajo", debe procederse a una lectura inmediata del texto comunitario, sin poder dejar al arbitrio de los Estados miembros la decisión acerca del ámbito espacial al que abarca esa institución en cada una de las legislaciones nacionales. Precisamente esta materia ha sido objeto de tratamiento por el Tribunal de Luxemburgo, el cual ha considerado que existe una noción comunitaria de cen-

(41) F. VALDÉS DAL-RÉ, "Los despidos por causas económicas", en AA. VV., *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid 1994, pg. 413. MONTALVO CORREA, "Delimitación jurídica...", *op. cit.*, pg. 348.

(42) PRADOS DE REYES, "La reforma de los despidos...", *op. cit.*, pg. 152. MONEREO PÉREZ, *Los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pg. 54.

(43) MONTALVO CORREA, "Delimitación jurídica...", *op. cit.*, pg. 347.

tro de trabajo, por lo que ha llegado a condenar a Dinamarca precisamente porque en este país se admitía utilizar como ámbito de referencia la empresa e incluso el grupo de empresa (44). A mayor abundamiento, esta sentencia entiende que, aunque se precian discrepancias entre las diversas versiones lingüísticas (45), en el curso de la elaboración de la Directiva se era consciente de la diferencia entre empresa y centro de trabajo, habiéndose optado en la redacción final en favor del centro de trabajo (46), concluyendo la presente sentencia por ofrecer ella misma un concepto de centro de trabajo como interpretación auténtica de la Directiva y, con ello, entendido a tal centro como una unidad productiva de menores dimensiones integrada como una parcela o fragmento de la empresa (47); curiosamente con una idea de centro de trabajo bastante próxima a la definición legal de las misma presente en la legislación nacional española.

Así, como primera conclusión, habría que afirmar que la normativa española no traspone adecuadamente la Directiva comunitaria en este punto, por cuanto que de principio debería haber hecho apelación al centro de trabajo y no a la empresa (48).

(44) STJCE 7 diciembre 1995, asunto 499/93, Rockfon v. SID, Rec. pgs. 4291 ss: "A este respecto debe señalarse que el concepto de 'centro de trabajo', a efectos de la Directiva, constituye un concepto de Derecho comunitario y no puede definirse por referencia a las legislaciones de los Estados miembros".

(45) "Las distintas versiones lingüísticas de la Directiva emplean una terminología ligeramente distinta para designar el citado precepto, a saber: 'betrib' en la versión alemana; 'establishment' en la inglesa; 'virksomhed' en la versión danesa; 'centro de trabajo' en la versión española; 'yritys' en la versión finesa; 'établissement' en la versión francesa; 'epixeiqnon' en la versión griega; 'stabilimento' en la versión italiana; 'plaatselijke eenheid' en la versión neerlandesa; 'establecimiento' en la versión portuguesa y, finalmente, 'arbetsplats' en la versión sueca". Añadiendo que "las distintas versiones lingüísticas de una norma comunitaria deben ser objeto de una interpretación uniforme por lo cual, en caso de discrepancia entre las citadas versiones, dicha disposición debe ser interpretada en función de la sistemática general y de la finalidad de la normativa de la que forma parte".

(46) "Esta interpretación se ve corroborada por el hecho de que la propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión utilizaba el término 'empresa' y que el último párrafo del apartado 1 del artículo 1 de la propuesta definía este concepto como 'unidad local de empleo'. Sin embargo, parece que el Consejo decidió sustituir el término 'empresa' por el de 'centro de trabajo', lo cual tuvo como consecuencia la supresión de la definición inicialmente contenida en la propuesta, que se consideró superflua".

(47) Procede, pues, interpretar el concepto de 'centro de trabajo', que figura en la letra a) del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva, en el sentido de que la designa, según las circunstancias, aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido. A efectos de la definición del concepto de 'centro de trabajo' no resulta esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos".

(48) En este sentido, A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1995, pg. 482.

Ahora bien, la anterior afirmación requiere de cierta matización de detalle, pues tampoco es cierto que la solución española sea de todo punto contradictoria con las exigencias de la Directiva. En efecto, el punto referencial para efectuar un pronunciamiento definitivo debe ser el de comprobar en la práctica los efectos concretos que produce en el caso español la sustitución del centro por la empresa. En concreto, como también indicará la sentencia últimamente citada, el elemento de comparación entre Directiva y norma de transposición debe ser finalista, es decir, debe atender a si con ello se reduce o amplía el ámbito de la exigencia de consulta a los representantes de los trabajadores y de intervención de la autoridad laboral (49). En última instancia se trata de comprobar, de nuevo a la luz del art. 5 de la Directiva, si la solución española es o no más favorable desde la perspectiva de la garantía de los trabajadores (50). A estos efectos, el Tribunal de Luxemburgo al resolver la cuestión prejudicial, actúa con cierta similitud al recurso de amparo constitucional español, es decir procede a resolver un asunto concreto, eludiendo formular un criterio general omnicompresivo y, como tal, toma muy en consideración los resultados concretos que en ese caso producía el tomar como referencia la empresa y no el centro de trabajo (51). En definitiva, la respuesta no puede ser unitaria, pues depende del nivel de la escala en el que nos situemos. Así, no parece asumible el criterio de que la referencia a la empresa resulta más favorable en un contexto dominado por las pequeñas y medianas empresas (52), pues hay casos concretos en que la fórmula española resulta más perjudicial. En esa comparación habría, de un lado supuestos en los que el cómputo tanto a nivel de centro como a nivel de empresa no produjera diferencias de resultados, mientras que en otros sí los produciría. Grosso modo, se puede apuntar que para unidades muy pequeñas o muy grandes, resulta más favorable la fórmula española, en tanto que en la franja intermedia puede resultar más favorable el sistema comunitario. En todo caso, puesto que se juega con diversas variantes —ámbito de

(49) "la Directiva fue adoptada sobre la base de los artículos 100 y 117 del Tratado CEE. Este último precepto alude a la necesidad de que los Estados miembros promuevan la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso. Según el primer considerando de la Directiva, ésta tiene precisamente por objeto reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos".

(50) En este sentido, STSJ, Castilla-La Mancha 27 junio 1995, Ar. 2600; Cataluña, 19 julio 1995, Ar. 3118.

(51) "una interpretación de dicho concepto en el sentido preconizado por Rockfon permitiría a las sociedades que forman parte de un mismo grupo dificultar su sujeción a la Directiva, confiando a un órgano de decisión distinto la decisión de despido. De esta forma, podrían eludir también la obligación de observar determinados procedimientos concebidos para la protección de los trabajadores, con lo cual importantes grupos de ellos podrían verse privados del derecho a ser informados y oídos, que la Directiva normalmente les reconoce".

(52) Cfr. F. NAVARRO NIETO, *Los despidos colectivos*, Madrid, 1996, pgs. 101-102.

referencia, plantilla de trabajadores a nivel de centro y de empresa, trabajadores afectados por la reducción de empleo—, las posibilidades son múltiples, por lo que según los casos concretos de cada medida empresarial habría que efectuar una comparación Directiva-legislación española para advertir la mayor o menor favorabilidad.

Otro elemento de relativa complejidad en la aplicación del umbral numérico refiere al elemento de los trabajadores que deben ser objeto de cómputo para determinar si se supera o no la frontera. Naturalmente, en ese cómputo entran todos aquellos trabajadores a despedir conforme a los elementos de definición precedente. Pero, además la Directiva, a partir de la modificación de 1992, también incluye "a efectos del cálculo de despidos previstos en la letra a) del párrafo primero se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos cinco" (art. 1.2 in fine). La norma española de transposición procede a copiar prácticamente el tenor de la Directiva, si acaso con sólo dos matizaciones: una, que de ese cómputo se excluyen expresamente las extinciones de contratos temporales a su vencimiento ordinario; otra, que respecto al límite mínimo de cinco utiliza la expresión pronominal "su" (53).

Con carácter general, la finalidad del precepto resulta relativamente fácil de comprender: se trata de incorporar al cómputo otra serie de extinciones que formalmente no se producen por el procedimiento de regulación de empleo, pero que sociológicamente atienden a la misma razón de ser; es decir, resulta bastante habitual que, coetáneamente a la medida en cuestión consultada a los representantes, el empresario adopte medidas no traumáticas de reducción de empleo, si bien legalmente se articulen por otra vía. Por ello, lo que preocupa a la Directiva es si la reestructuración empresarial, en su conjunto y tomando en consideración estas extinciones satélites, afectan a un grupo numeroso o reducido de asalariados en el conjunto de la empresa; así, estas otras extinciones, son tomadas en consideración a efectos de decidir si debe ponerse en marcha el procedimiento colectivo o bien cabe el canal del despido ipso iure, pero advirtiéndose que esas otras extinciones ellas directamente no se someten a los requisitos procedimentales de consulta a los representantes e intervención de la Administración Pública (54).

(53) "Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco".

(54) FUENTES RODRÍGUEZ, "Las modificaciones...", *op. cit.*, pgs. 452 ss. ARGÜELLES BLANCO, "Las modificaciones introducidas...", *op. cit.*, pg. 58.

Los problemas aplicativos, en esta medida, se sitúan en precisar qué tipo de extinciones en la práctica van a entrar materialmente en el cómputo. La dificultad deriva del hecho de que, tanto la Directiva como la norma española de transposición resulta academicista y dogmática en exceso, lo que obliga a una labor hermenéutica de concreción al caso concreto, por la doble vía de exclusión como de inclusión. Para ello, a nuestro juicio, debe ponderarse sobre todo la finalidad del precepto en los términos antes referidos.

Por lo que afecta a las exclusiones, quedarían fuera cuatro supuestos.

En primer lugar, las extinciones de los contratos temporales a la llegada del término o cumplimiento de la condición resolutoria, por mención expresa de la norma española, que los deja fuera del cómputo, a nuestro juicio además sin con ello contradecir el designio de la Directiva (55). Es cierto que en la normativa española la extinciones en estos casos no son automáticas, sino que requieren de la previa denuncia de una de las partes y que en la generalidad de los casos quien efectúa esta denuncia es el empleador. Sin embargo, a mi juicio, esta denuncia no puede identificarse con una "iniciativa" empresarial en los términos de la Directiva, pues esta previsto en el propio compromiso contractual la conclusión de la relación laboral, la denuncia actúa a estos efectos como un mero recordatorio a efectos de impedir la prórroga automática del contrato y, sobre todo, se trata de extinciones que no comportan alteraciones de las dimensiones de la plantilla sobrevenidas no previstas de antemano, que es lo que constituye la finalidad principal del sistema comunitario. En segundo lugar, también quedarían excluidas las extinciones atinentes a la conducta o aptitudes profesionales del trabajador, por ser inherentes a su persona, en los términos que ya describimos al analizar el elemento causal negativo, por ser de mención expresa tanto en la Directiva como en la norma española: despidos disciplinarios, objetivos del art. 52, excluido el supuesto c, invalidez del trabajador. En tercer lugar, extinciones a iniciativa del trabajador o a iniciativa conjunta de ambas partes. En cuarto lugar, extinciones que se producen de forma automática al cumplimiento del elemento objetivo descrito por el legislador, sin iniciativa de parte alguna: muerte del trabajador. De todos estas exclusiones, la que puede presentar mayores flancos a la crítica sería la relativa a los despidos disciplinarios, pues por lo que se refiere a la perspectiva española bien es sabido que se sigue produciendo un uso desviado de esta modalidad extintiva, en términos tales que tras muchos despidos disciplinarios improcedentes se esconde una necesidad real de la empresa de reducción de empleo, por lo que en la clave sociológica antes dicha también forma parte de los mecanismos satélites o complementarios utilizados por la empresa. Por ello, en la medida en que se empleara el despido disciplinario como una vía de fraude de ley para evitar, entre otras cosas, la no superación de los umbrales, no concurriendo un despido por razón de la conducta del trabajador —por motivos no inherentes a su persona— sí que deberían entrar dentro del cómputo de referencia.

(55) En sentido contrario, ARGÜELLES BLANCO, "Las modificaciones introducidas...", *op. cit.*, pg. 59.

Como elemento de contraste positivo, sí que serían objeto de cómputo los siguientes supuestos (56).

En primer lugar, los que vulgarmente se conocen como "bajas incentivadas", es decir, aquellas extinciones consecuencia de mutuo acuerdo de ambas partes (49.1.a), de dimisión del trabajador (art. 49.1.d), por jubilación del trabajador (49.1.f), siempre y cuando en estos casos se verifique una previa iniciativa empresarial en el sentido de que haya una propuesta o iniciativa empresarial que favorezca la extinción. En segundo lugar, las extinciones por voluntad del trabajador que sean resultado de lo que se conoce como "despidos indirectos", es decir, fundados en incumplimientos previos del empresario (art. 49.1.j) o en modificaciones substanciales de las condiciones de trabajo (arts. 40, 41 y 50 ET). En tercer lugar, los despidos ipso iure precedentes que se han articulado por la vía del art. 52 c ET.

De otra parte, en cuanto al tope mínimo de los 5 trabajadores, como apuntamos hay un pequeño matiz diferencial en la redacción del Estatuto español, en cuanto que lo refiere a que "su número sea, al menos, de cinco". Esa expresión pronominal no es fácil de interpretar, pues al menos presenta tres alternativas de posible lectura: 1) que el número se refiera a los trabajadores despedidos por la vía del art. 51, sin contar para nada las otras extinciones de acompañamiento, que es justamente la previsión literal y clara de la Directiva; 2) que el número refiera exclusivamente a las extinciones adicionales en el cómputo, pero sin contar las que son despidos colectivos propiamente dichos; 3) que el número se refiera a ambos sumadas, al total de extinciones, tanto de los despidos colectivos como de las extinciones adicionales de acompañamiento coetáneo. Me inclino por la tercera de las alternativas posibles, por ser la más acorde con la dicción literal, al tiempo que sería respetuosa con la exigencia de la Directiva. La Directiva ciertamente contempla la primera de las opciones, por lo que la tercera no podría entenderse como transposición contraria, en la medida en que una vez más podría jugar la mayor favorabilidad. La primera alternativa debe rechazarse, porque en la redacción gramatical del precepto no aparece referencia directa a los despidos colectivos como sujeto de la frase principal, con la que se pueda conectar el pronombre posesivo; al ser una transposición en la que se altera parcialmente la redacción de Directiva debe entenderse como una voluntad de no copiar en su plenitud el ámbito mínimo exigido por la misma. La segunda alternativa, aunque podría responder correctamente a una interpretación literal del precepto, ha de rechazarse porque no se adecúa al mandato comunitario, que inexorablemente exige que el número de cinco cuando menos se refiera a los despidos colectivos.

(56) Sobre el particular, GARRIDO PÉREZ, "El ámbito material...", *op. cit.*, pg.s.107 ss. VALDÉS DAL RÉ, "Los despidos...", *op. cit.*, pg. 409. S. DEL REY GUANTER, "Los despidos por 'causas empresariales' y fuerza mayor: líneas esenciales de la reforma (arts. 51 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores)", *RL n°* 17-18 (1994), pg. 195.

Finalmente, la Directiva introduce un elemento de "habitualidad" en el cómputo de la dimensión de la plantilla, que no se recoge en la dicción del Estatuto de los Trabajadores español: "que empleen habitualmente" repite en varias ocasiones la Directiva. No se trata de la cifra concreta en el momento exacto en que la empresa toma la iniciativa de despedir (57) —pues de lo contrario sobre el adverbio "habitualmente"—, sino de la cifra de ocupación media en la empresa. Se trata de un dato relevante dado que para el cómputo de la dimensión de la plantilla se toman en consideración tanto los trabajadores temporales como los fijos (58), lo que puede hacer variar notablemente la cifra a lo largo del año. Sin embargo, se echa en falta un período legal de referencia cual es esta cantidad habitualmente en la empresa, no siendo claro que sea posible tomar como referente el período de 90 días, más pensado para computar el número de afectados que el de dimensión de la plantilla, como vimos ya con anterioridad.

III. EL CONTENIDO DE LA ARMONIZACIÓN

Una vez concluida la descripción del campo de aplicación, corresponde entrar en el análisis de fondo de la Directiva, para analizar cuál es en particular su objetivo armonizador y hasta qué punto su contenido puede llegar a suponer una fuerte restricción a la libertad de despido de las empresas, en qué medida puede implicar un elemento de rigidez en las políticas de reestructuración empresariales.

Comenzar insistiendo que la finalidad de la armonización se restringe al establecimiento de reglas de procedimentalización de los poderes empresariales, es decir, a la imposición de una serie de controles previos a la adopción de una decisión empresarial de llevar a cabo un despido colectivo. En esencia, lo que impone la Directiva es la necesidad de consulta previa a los representantes de los trabajadores y de notificación igualmente previa de la voluntad extintiva a la autoridad pública competente con vistas a una posible intervención mediadora. El contenido de la Directiva no limita, en lo sustancial, las facultades resolutorias de los empresarios, en la medida que las intervenciones de las partes sociales y del poder público no van en detrimento de la libre decisión resolutoria del empleador. Desde un punto de vista formal, tales intervenciones lo único que hacen es dilatar en el tiempo la efectividad de los posibles despidos, obligar a una congelación en el tiempo de la decisión extintiva para abrir un período de reflexión sobre la profundidad de la crisis empresarial y las consecuencias negativas sobre el empleo de la reducción de plantilla. En los términos de mínimo de derecho necesario de la Directiva, la intervención de estos otros sujetos no altera ni condiciona la unilateralidad de la decisión del empresario, quien —una vez evacuada la consulta a los representantes o permitida la

(57) En sentido contrario, MONEREO PÉREZ, *Los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pgs. 54-55.

(58) En términos dubitativos, MONTALVO CORREA, "Delimitación jurídica...", *op. cit.*, pg. 347.

actuación de la Administración— conserva la plena libertad de decidir si mantiene o no su voluntad de reducción del empleo en la empresa. Ni a los representantes de los trabajadores se les concede una facultad de veto o impugnación, ni a la Administración se le otorga un poder de autorización o en general control de oportunidad de los despidos. Sin querer con ello minusvalorar su importancia ni mucho menos, pero si debe comenzar por afirmarse que la Directiva 75/129 introduce básicamente una armonización en el procedimiento de despido colectivo, sin afectar a los elementos sustanciales de las facultades de gestión empresarial (59). Diferente es que, a través de la cláusula genérica de mayor favorabilidad del art. 5, las legislaciones nacionales puedan otorgar un valor condicionante real a la intervención de terceros.

IV. CONSULTA A LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES

De acuerdo con la Directiva, cuando el empleador pretenda efectuar despidos colectivos está obligado a realizar consultas con los representantes de los trabajadores con vistas a alcanzar un acuerdo (art. 2.1). Del contexto general de la Directiva, resulta evidente que la intervención de los representantes ha de producirse con carácter previo a la efectividad de los despidos. La Directiva de modificación de 1992, en concreto, precisa que esa consulta habrá de efectuarse "en tiempo hábil". Por lo que se refiere a España, nuestra normativa ofrece un panorama complejo, dada la presencia de un doble canal de representación y, además, con una cierta imprecisión en el deslinde de competencias (40). En todo caso, se trata de una cuestión propia de nuestra legislación interna, en la que no entra ni pretende condicionar la Directiva sobre despidos colectivos. La norma española en este punto efectúa un seguimiento fiel del precepto comunitario e incluso se podría decir que va aún más allá: "durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo" (art. 51.4 p.3 ET).

En el ámbito de las relaciones de poder y, en particular, en los momentos de adoptar determinadas decisiones, no se pueden minusvalorar en absoluto las reglas de procedimiento. En ocasiones la procedimentalización del ejercicio de los poderes conduce a una limitación sustantiva. El simple hecho de que se imponga como obligatoria la intervención de los representantes de los trabajadores en la decisión de llevar a cabo unos despidos colectivos, sobre todo cuando esta intervención debe ser necesariamente previa a la efectividad de la medida extintiva, le otorga a estos representantes un poder de influencia real sobre la gestión empresarial (60). Más allá del grado de vinculabilidad formal otor-

(59) RUIZ CASTILLO, "La acomodación...", *op. cit.*, pgs. 17-18. F. POCAR, *Derecho comunitario del trabajo*, ed. Cívitas, Madrid 1988, pg. 248. R. FOGLIA, *Obblighi comunitari...*, *op. cit.*, pgs. 353 ss.

(60) Por todos, KRAVARITOU-MANITAKIS, "La proposition de Directiva...", *op. cit.*, pg. 137. LÓPEZ LÓPEZ, "La aplicación de las normas...", *op. cit.*, pg. 356-

gado por la norma a la consulta de los representantes, lo cierto es que la misma se convierte en un importante instrumento de control de las decisiones empresariales, que, en términos prácticos, comporta una significativa limitación de la discrecionalidad del empleador respecto a las posibles reducciones de empleo. El que la Directiva no introduzca el principio de causalidad del despido, sólo va a suponer la imposibilidad del control judicial a posteriori de la razonabilidad de la decisión empresarial, y ello siempre que la legislación nacional correspondiente no introduzca de motu propio el mencionado principio, como sucede en España. Pero, por la vía de hecho, se fuerza la causalidad del despido. Al tener que informar el empleador a los representantes de los trabajadores, acerca de los motivos determinantes de los despidos, se ve obligado a presentar unas circunstancias de carácter económico o empresarial lo suficientemente fundadas como para poder hacer frente a la previsible presión de los trabajadores en ese trámite de consulta. En definitiva, al introducir en el procedimiento de adopción de los despidos colectivos la necesidad de la consulta previa, se están facilitando las acciones de presión de los trabajadores en defensa de sus intereses, al mismo tiempo que se fuerza al empleador a justificar los motivos determinantes de los despidos.

Sin duda, el aspecto que puede presentar una mayor dificultad interpretativa es el relativo a la naturaleza de la intervención de la representación de los trabajadores. La forma en que se redacta la Directiva en este punto presenta una manifiesta contradicción, en cuanto que utiliza dos expresiones antitéticas (61). Por una parte, se atribuye a los representantes una competencia de "consulta", pero inmediatamente a continuación se afirma que la misma tendrá por objeto "alcanzar un acuerdo". Consideradas ambas por separado, se trata de dos actividades netamente diferenciadas: la primera, una mera recepción por el empleador del parecer de los representantes sobre la conveniencia de los despidos; la segunda, una intervención cualitativamente más incisiva, una auténtica negociación entre las partes sociales.

Esta inicial contradicción de la Directiva sólo puede explicarse teniendo presente su largo proceso de elaboración, y las posiciones encontradas de sindicatos y asociaciones empresariales respecto a la oportunidad y contenido concreto que debería adoptar la armonización en materia de despidos colectivos. Todo ello dará como resultado una Directiva de compromiso, con el que las instituciones comunitarias buscarán una redacción que quede a medio camino entre las aspiraciones de unos y de otros. Posiblemente sea aquí, en el carácter de la intervención de los representantes, donde se manifieste de forma más inmediata ese resultado de Directiva de compromiso. Frente a una voluntad de los sindicatos de imponer un sistema de cogestión en la adopción de los despidos colectivos, las asociaciones empresariales pretendieron descafeinar la consulta de los representantes hasta convertirla en un puro trámite formal. La con-

(61) Cfr. KRAVARITOU-MANITAKIS, "La proposition de directive...", *op. cit.*, pg. 137-138. LISEIN-NORMAN, "La participation des syndicats...", *op. cit.*, pg. 262-263. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1814-1815.

secuencia final ha sido una redacción que a primera vista pudiera parecer ambigua. Sin embargo, y a pesar de la incorrección técnica, cabe afirmar que lo que se ha querido establecer finalmente es una fórmula de intervención intermedia, que vaya más allá de la mera consulta, pero que al propio tiempo no alcance el carácter de una negociación en toda regla.

Por una parte, a pesar de que la finalidad pretendida sea la de alcanzar un acuerdo, es claro que no se impone una obligación de consecución de un compromiso entre las partes (62), en términos tales que su ausencia haga ineficaz la posterior resolución de extinguir los contratos. Los despidos no quedan condicionados al placet de los representantes de los trabajadores, pues a pesar de que no se llegue al acuerdo el empleador conserva su facultad de despedir. Por ello, no se puede considerar que la Directiva establezca una facultad de veto en manos de los representantes ni se imponga una negociación en términos estrictos.

Frente a ello no se puede entender que la Directiva recoja un puro acto de consulta. Esta última supondría, exclusivamente, conceder un plazo a los representantes para que emitiera un informe por escrito acerca de su parecer en torno a la medida proyectada por el empleador. Aquí hay algo más que esto último, por cuanto que las partes han de buscar un acuerdo. No resulta nada fácil especificar en qué consiste ese algo más sobre la mera consulta impuesto por la Directiva, aunque podría resumirse diciendo que se hace necesaria una discusión mutua entre las partes sobre los motivos de los despidos y sus consecuencias. Intentando concretar algo, se podría aventurar que esa discusión más allá de la consulta exigiría un contacto directo y verbal en reuniones conjuntas, no siendo suficiente la transmisión de informes por escrito; que de parte empresarial existiría una obligación de razonar su proyecto de reducción de empleo e, incluso, de responder a las objeciones formuladas por los representantes de los trabajadores. La propia Directiva favorece además la consecución de un acuerdo entre las partes; ello supondría que, en caso de alcanzarse el mismo, habría de entenderse como vinculante para las partes, pudiendo llegar a contener limitaciones sustantivas a las facultades empresariales de despedir. Por contra, el límite por arriba se situaría en la inexistencia de un deber de negociar ni de alcanzar el acuerdo.

Por lo que se refiere a la normativa española de transposición, a partir de la reforma de 1994, como indicamos, se recoge una redacción que en parte acoge el designio comunitario y en parte va más allá del mismo, por cuanto que se introduce literalmente un deber de negociación, transformando cualitativamente el período de consulta para aproximarle considerablemente a un proceso negocial en sentido estricto del término (63). Una vez más el principio de mayor favorabilidad del art. 5, permite que las legislaciones nacionales conce-

(62) GONZÁLEZ BIEDMA, "Licenziamenti...", *op. cit.*, pg. 313

(63) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, "Prólogo" al libro de J.M. del Valle, *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*, Acafi, Madrid 1996, pg. 27. DEL REY GUANTER, "Los despidos...", *op. cit.*, pg. 200.

dan a la consulta a los representantes de los trabajadores un grado más alto de vinculabilidad, tal como sucede precisamente en nuestro ordenamiento.

El contenido que deben tener las consultas a desarrollar entre las partes sociales es bastante amplio. Según la Directiva, las consultas han de referirse, cuando menos, a las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, así como a las posibilidades de atenuar sus consecuencias, añadiendo la modificación de la Directiva de 1992 que ello se hará "mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos" (art. 2.2) (64). La normativa española de transposición recoge fielmente las exigencias de la Directiva en este punto (art. 51.4 ET). Se establece un doble contenido. En primer lugar, la discusión acerca de si la situación en la que se encuentra la empresa fuerza a reducir personal, en qué medida la reducción de plantilla puede ser inferior a la prevista por el empleador y hasta qué punto no sería posible la adopción de otras medidas menos traumáticas. En segundo lugar, y aceptado que los despidos se van a producir, discutir los efectos de las extinciones, con vistas a buscar las medidas precisas para compensar —en la medida de lo posible— los perjuicios ocasionados a los trabajadores que pierden su empleo, elemento en el que insiste la modificación ya referida de 1992. Se trata de elaborar lo que en Alemania se conoce como el "Plan social", que abarca un conjunto bien diversos de facetas: determinación de los trabajadores que dentro de la plantilla van a ser despedidos, posibilidades de jubilaciones anticipadas o de bajas incentivadas, planes de reciclaje profesional y facilidades de reincorporación profesional, indemnizaciones directas a los despedidos, compensaciones a través de sistemas de seguridad social complementaria, etc.

Como medio instrumental para asegurar la efectividad de la intervención de los representantes, permitiendo que éstos puedan formular propuestas constructivas, se exige al empleador que les proporcione toda la información pertinente y, en todo caso, a través de comunicación escrita: a) los motivos del proyecto de despido, b) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos, c) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente, d) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos, e) los criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones y/o prácticas nacionales confieren al

(64) STJCE 8 junio 1994, asunto 383/92, Comisión v. Reino Unido, Rec. 1994 pgs. 2479 ss: "La Comisión sostiene que la EPA supone una adaptación incompleta del Derecho nacional a las disposiciones del artículo 2 de la Directiva, pues sólo obliga al empresario a consultar a los representantes sindicales sobre los despidos proyectados, a 'tomar en consideración' todas las observaciones que formulen dichos representantes, a responder a tales observaciones y, si las rechaza, a 'indicar los motivos' del rechazo, mientras que el artículo 2 de la Directiva obliga a consultar a los representantes de los trabajadores 'con el fin de llegar a un acuerdo' y exige que las consultas traten 'por lo menos de las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos, así como de la posibilidad de atenuar sus consecuencias'".

empresario competencias en tal sentido; f) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas de las derivadas de las legislaciones y/o prácticas nacionales (art. 2.3). Las dos últimas, son resultado de incorporaciones por parte de la Directiva de modificación de 1992. La Legislación española, tomando en consideración tanto lo dispuesto por la Ley como por su Reglamento de desarrollo, recogen con plenitud todos los requisitos exigidos por la Directiva (65).

La modificación de la Directiva de 1992 toma en consideración en fenómeno cada vez más extendido de los grupos de empresa, particularmente a efectos de evitar que ello pueda enervar la eficacia de las consultas con los representantes de los trabajadores. Desde luego, la Directiva no entra ni mucho menos en la libertad de autoorganización interna de las empresas, así como de las relaciones de vinculación con otras entidades económicas; ni siquiera pone obstáculos a que las decisiones de reducción de empleo sean adoptadas en centros de poder superiores al estricto de la unidad empresarial. Y así ha tenido la oportunidad de explicitarlo el propio Tribunal de Luxemburgo (66). A estos efectos la Directiva lo que sí contiene es una importante precisión en orden a imputar a la empresa la obligación de someterse al período de consulta y de proporcionar toda la información referida en el apartado precedente; sin que en ningún caso pueda poner como objeción a ello la pertenencia a un grupo de empresa y, en particular que ella no dispone de dicha información porque está radicada en la dirección del grupo, o bien que ella desconoce los motivos de la reducción de empleo por iguales motivos (art. 2.4). A sensu contrario, la Directiva da a entender que el interlocutor válido con los representantes de los trabajadores es la dirección de la empresa, sin que aquéllos puedan exigir un contacto directo con la dirección del grupo. Por su parte, la reforma legislativa española de 1994, incorpora también esta exigencia comunitaria, copiándola casi literalmente (art. 51.14 ET). Eso sí, conviene también recordar que, en el caso de grupos de empresa de dimensión comunitaria, la Directiva relativa a los Comités de Empresa Europeos (67), prevé como regla supletoria un derecho de

(65) Arts. 51.2 ET y 6 Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados, RD. 43/1996, de 19 de enero (BOE 20 febrero).

(66) STJCE 7 diciembre 1995, asunto 449/93, Rockfon v. Sid, Rec. pgs. 4291 ss.: "La Directiva tiene como finalidad exclusiva la armonización parcial de los procedimientos de despido colectivo, y no tiene por objeto restringir la libertad de las empresas para proceder a la organización de sus actividades y estructurar su departamento de personal. En particular, la letra a) del apartado 1 del artículo 1 formula el concepto de despido colectivo, determinando de esta forma el ámbito de aplicación de la Directiva, si bien no establece norma alguna en lo relativo a la organización interna de las empresas o a la gestión del personal".

(67) Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994 (DOCE 30 septiembre), 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 empresa de dimensión comunitaria.

información y consulta cuando la reestructuración empresarial afecte a varios establecimientos o empresas instaladas en varios Estados miembros. Pero ello no altera en nada lo anteriormente dicho: de un lado, porque esta otra Directiva tampoco impone que la interlocución se efectúe directamente con la dirección del grupo; de otro lado, porque ese canal se contempla sin demérito ni afectación de lo estipulado en la Directiva sobre despidos colectivos (art. 12 Directiva 94/45).

En cuanto al interlocutor por parte de los trabajadores, la Directiva precisa que se entiende por representantes de los trabajadores los que tengan tal consideración en la legislación o en la práctica de los Estados miembros (art. 1.1. b). La Comunidad no pretende, ni siquiera marginalmente, proponer pautas de armonización en un tema tan complejo y diversificado en cada una de las legislaciones nacionales, como es el de los canales de representación de los trabajadores en el seno de la empresa. Por ello, da plena libertad a los Estados miembros para la determinación de los concretos sujetos que deben participar en estas consultas y discusiones. En todo caso, lo que sí exige es que se habiliten canales para la designación de tales representantes, a efectos de evitar que por la inexistencia de representantes no se pueda desarrollar el procedimiento de consulta. En consideración a ello el Tribunal de Justicia ha estimado como contraria a la Directiva la regulación británica que concedía libertad al empleador para reconocer o no a los representantes de los trabajadores, lo que a la postre supone concederle libertad para someterse o no al período de consulta (68).

La legislación española en esta materia tampoco puede ser cuestionada, por cuanto que existe un amplio reconocimiento a la posibilidad de celebración de

(68) STJCE 8 junio 1994, asunto 383/92, Comisión v. Reino Unido, Rec. 1994 pgs. 2479 ss: "La Comisión sostiene que el Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 2 y 3 de la Directiva al no prever un mecanismo de designación de los representantes de los trabajadores en la empresa cuando el empresario se niegue a reconocer a los representantes de los trabajadores. Según esta Institución, el efecto útil de los artículos 2 y 3 de la Directiva exige que los Estados miembros adopten todas las disposiciones necesarias para que sean designados, salvo las excepciones pertinentes, los representantes de los trabajadores en la empresa, sin lo cual ni las obligaciones de información y consulta ni el derecho a presentar observaciones a la autoridad pública, previstos por la Directiva, podrían ser respetados. La Comisión alega que el Derecho británico no cumple este requisito, al impedir la designación de representantes de los trabajadores en la empresa cuando el empresario no está de acuerdo". "El propio Gobierno del Reino Unido reconoce que, en el estado actual del Derecho británico, los trabajadores afectados por los despidos colectivos no se benefician de la protección prevista por los artículos 2 y 3 de la Directiva cuando el empresario se opone a la existencia de una representación de los trabajadores en su empresa. En estas circunstancias, el Derecho británico, que da a los empresarios la posibilidad de impedir que se aplique la protección prevista en favor de los trabajadores por los artículos 2 y 3 de la Directiva, debe considerarse contrario a las disposiciones de estos artículos".

elecciones a representante de los trabajadores en el seno de los centros de trabajo, sin que el empresario ostente facultad alguna en su convocatoria y existiendo un deber legal de reconocerlos como interlocutores de los trabajadores. Tan sólo se prevé la inexistencia de representantes en organizaciones de muy pequeñas dimensiones, pero ello no es inconveniente dado que para estos casos resulta materialmente imposible superar los umbrales cuantitativos de la noción de despidos colectivo a efectos de la Directiva. Tampoco puede formularse objeción respecto de los supuestos en los que no existe representación por no haberse celebrado elecciones, pues ello sólo depende de la voluntad de los convocantes que son de carácter sindical y sin intervención empresarial; ni el hecho de que para la constitución del comité intercentro sea necesaria la aquiescencia de la representación empresarial manifestada en la celebración del convenio colectivo, pues para estos casos siempre existe un canal de interlocución a nivel de centro de trabajo, sin que como vimos la Directiva se pronuncie sobre el tipo o ámbito de actuación de la representación de los trabajadores con la que se desarrolla la consulta (69).

V. LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Directiva desarrolla con cierto detalle las obligaciones del empleador frente a la autoridad laboral, precisando el contenido, duración, finalidad y efectos de la intervención de la Administración. Posiblemente en su momento constituyó el aspecto más novedoso de toda la Directiva, por lo que implicaba de imposición de obligaciones inexistentes en los diferentes Estados miembros. Hasta aquella fecha eran muy pocas las legislaciones nacionales que fijaban una intervención directa y formalizada por parte de los poderes públicos en las decisiones empresariales de reducción de plantillas. Por lo que se refiere a España, por contra, los citados elementos novedosos se convierten casi en irrelevantes. En nuestro país es bien conocida la intervención administrativa en este terreno, pues se remonta prácticamente a la II República — concretamente al año 1935 —, con una continuidad estable de este tipo de intervencionismo. Además, en nuestra legislación nacional, este intervencionismo ha tenido desde sus inicios un carácter notablemente más incisivo al inicialmente previsto en la propia Directiva. En efecto, la exigencia de autorización administrativa para llevar a cabo los despidos colectivos en cualquier tipo de empresa (presente igualmente desde los antecedentes normativos más remotos) supone un enorme salto cualitativo respecto a la intervención simplemente mediadora prevista en la Directiva, situando como se ha dicho a la normativa española en una óptica distinta (70). En todo caso, constituye hoy en día una opinión bastante pacífica la de que la fórmula de la autorización administrativa vigente en nuestro ordena-

(69) En sentido contrario, NAVARRO NIETO, *Los despidos...*, op. cit., pg. 155.

(70) DURÁN LÓPEZ, "Normativa laboral...", op. cit., pg. 163.

miento en absoluto es contraria a las reglas armonizadoras de la Directiva, en la medida en que —permítasenos reiterarlo— se trata de una Directiva de armonización parcial que se limita a establecer mínimos de derecho necesario (71).

Naturalmente el interés del estudio de la Directiva se incrementa cuando se cambia la perspectiva de análisis, contemplándose la hipótesis de una posible flexibilización de la legislación sobre despidos colectivos, con una supresión total de la actual autorización administrativa, también para los despidos que superan los actuales umbrales cuantitativos del art. 51 ET. Que duda cabe que, si la imposición de la autorización no es contraria a la Directiva por la regla de la mayor favorabilidad, tampoco lo es aquella regulación que elimine tal autorización administrativa. Pero en este caso sí que cobra importancia la Directiva, por cuanto que la supresión de la autorización en ningún caso puede suponer la ausencia total de intervención de los poderes públicos en los procedimientos de reducción colectiva de empleo.

De acuerdo con la Directiva, el empleador está obligado a notificar por escrito a la autoridad pública competente todo proyecto de despido colectivo; junto a esta notificación, deberá aportar el mismo tipo de información a la analizada previamente para el caso de la consulta con los representantes de los trabajadores, además de la información sobre el desarrollo de las anteriores consultas (art. 3.1). A pesar de que de la intervención administrativa no figure ningún de facultad decisoria sobre la realización final de los despidos, lo cierto es que a la Administración se le va a otorgar un significativo papel de mediación entre las partes, con vistas a buscar las soluciones menos traumáticas posibles. Aunque no se utilice expresamente el calificativo de actividad mediadora, lo cierto es que, del contexto de la regulación, cabe pensar que ésta es la función que se le asigna a la autoridad pública.

Tres son los indicios que llevan a calificar de mediador el papel de la Administración. En primer lugar, el que se conceda un plazo mínimo de 30 días desde la notificación hasta la efectividad de los despidos (art. 4.1). En segundo lugar, que se establezca que dicho plazo será aprovechado por la Administración “para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos proyectados” (art. 4.2). En tercer lugar, que se permite a la representación de los trabajadores dirigir sus eventuales observaciones a la autoridad pública (art. 3.2), dando entrada a un cierto principio de contradic-

(71) Así, RAMÍREZ MARTÍNEZ, “Extinción del contrato...”, *op. cit.*, pg. 1817. LÓPEZ LÓPEZ, “La aplicación de las normas...”, *op. cit.*, pgs. 359 ss. MULAS, “Sobre la directiva CEE...”, *op. cit.*, pgs. 61 ss. RUIZ CASTILLO, “La acomodación del ordenamiento...”, *op. cit.*, pgs. 31-32. LISEIN-NORMA, “La participation des syndicats...”, *op. cit.*, pg. 263. GONZÁLEZ BIEDMA, “Licenziamenti...”, *op. cit.*, pg. 314. COLINA y otros, *Derecho social...*, *op. cit.*, pgs. 431-432. GÓMEZ DE LA VEGA..., *op. cit.*, pg. 786. DURÁN LÓPEZ, “Normativa laboral...”, *op. cit.*, pg. 163. PRADOS DE REYES, “La reforma de los despidos...”, *op. cit.*, pg. 155. MONEREO PÉREZ, *Los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pgs. 129 ss. En sentido contrario, SCONOCCHIA, *I licenziamenti collectivi...*, *op. cit.*, pg. 254.

ción propio de los actos administrativos, que, junto con la información inicial aportada por el empleador, permite conocer a la autoridad laboral donde se residen las posiciones encontradas de las partes sociales que no han logrado llegar a un acuerdo. De todos ellos, el más significativo es el recogido en el art. 4.2, siendo el que de forma directa refleja la finalidad de la intervención administrativa. Lógicamente esa búsqueda de soluciones a los problemas solamente es posible por medio de contactos con las partes sociales, bien por separado o en sesiones conjuntas, para comprobar hasta qué punto sus posiciones respectivas se encuentran distanciadas y en qué medida sería posible proponer alternativas aceptables por ambas partes.

Por lo demás, el que esta actividad mediadora llegue a tener una mayor o menor importancia en el desarrollo concreto de los procedimientos de despidos, no va a depender tanto del contenido de la legislación de cada Estado miembro, como de la práctica en cada país, de lo que en cada uno de ellos ha venido siendo la práctica del intervencionismo administrativo. Sin ir muy lejos, España sería un ejemplo bastante significativo de cómo puede llegar a tener una mayor influencia el sistema consolidado tradicionalmente de funcionamiento de las relaciones laborales, más allá incluso de un hipotético cambio legislativo; en otras materias se puede comprobar como el fuerte intervencionismo de la Administración laboral como práctica consolidada se mantiene incluso a pesar de que el cambio legislativo, derivado a su vez del cambio político, haya supuesto una significativa supresión de algunas competencias de la Administración Pública. En la medida en que se saquen las debidas consecuencias de lo anterior, se puede comprender la relatividad del debate sobre la conveniencia o menos de una modificación legislativa en España de la actual autorización administrativa. Por encima de su mantenimiento o no, lo decisivo va a ser la idea que se tenga sobre el papel que le debe corresponder a la autoridad laboral en los procedimientos de despidos colectivos; tanto la mentalidad que exista sobre el particular entre las partes sociales, como la conciencia de la propia Administración del rol que le corresponde. Por muy fuertes que sean las facultades autorizatorias concedidas a la autoridad pública, ésta hará dejación de las mismas en el caso de que la mentalidad dominante sea la de la inconveniencia de una intervención administrativa que pueda ir en detrimento de unas necesidades de reestructuración empresarial. Por contra, si se extiende la idea inversa la Administración presionaría a través del poder político que ostenta, de las facilidades económicas que puede ofrecer y haría uso de una tradición consolidada de intervencionismo, y todo ello aun en el caso de que se suprimiera la referida autorización administrativa.

Dado este carácter de la actuación de la autoridad pública, y aunque ello no se diga expresamente en la Directiva, parece lógico pensar que la presente intervención pierde todo su sentido en el supuesto de que las partes sociales hayan llegado a un acuerdo, acerca de los despidos colectivos y sus consecuencias, en el curso del trámite de consulta. En base a ello, no puede estimarse que la supresión de la intervención administrativa en los casos de acuerdo —tal como sucede en nuestro ordenamiento jurídico interno— sea contraria a las

exigencias de la Directiva (72). Si en algún caso tendría sentido mantener la intervención de los poderes públicos, sería en el supuesto de que el acuerdo pudiera ser fraudulento o abusivo. Pero incluso esto último también está previsto en nuestra legislación nacional (art. 51.5 p. 2 ET), aunque con la intervención del poder judicial, no de la Administración.

Pasando al análisis de los aspectos de interpretación más estrictamente jurídico-positivos de los preceptos de la Directiva, éstos se vienen a reconducir a los relativos al momento y duración de la intervención administrativa. En lo que no es muy clara la norma es en la conjunción temporal de la intervención de la Administración con la consulta a los representantes de los trabajadores. En particular, el período de 30 días previos a la efectividad de los despidos se contabiliza a partir de la notificación del proyecto a la Administración, no del comienzo de las consultas con los representantes. Por otra parte, tampoco aclara la Directiva si la labor mediadora de la Administración debe efectuarse con posterioridad a la conclusión del período de consultas con los representantes de los trabajadores, o bien es posible que ambas intervenciones se produzcan a un mismo tiempo (73). No obstante, existen varios indicios dentro de la Directiva favorables a una interpretación de que ambos controles han de producirse de forma sucesiva en el tiempo y no coetáneamente: el hecho de que sistemáticamente se coloquen dentro de la Directiva en secciones distintas una y otra intervención, se recojan en primer lugar las consultas con los representantes, el que además dé la impresión de una cierta autonomía entre ambas intervenciones, el que la obligación de información a la Administración por el empleador deba contener las consultas con los representantes de los trabajadores y, finalmente, el que la actuación de la Administración aparezca en cierto modo ante la ausencia de acuerdo entre las partes sociales.

Como es bien sabido, una de las innovaciones introducidas en el ordenamiento estatal a partir de 1994 es el de hacer coincidir parcialmente el desarrollo de las consultas con los representantes y la consiguiente intervención administrativa, utilizándose de forma explícita el término "simultánea" (art. 51.2 ET y art. 5 Reglamento) (74). No obstante, no se trata de una coincidencia plena, pues en todo caso resulta imprescindible que un determinado lapso temporal de la intervención administrativa se desarrolle con posterioridad a la conclusión del período de consultas, por cuanto que se contempla un plazo mínimo para

(72) En este mismo sentido, RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1816.

(73) A favor de la simultaneidad, M. COLINA y otros, "Derecho Social...", *op. cit.*, pg. 430. A favor de la necesidad de que sea posterior, ROCCELLA y Treu, *Diritto del lavoro...*, *op. cit.*, pg. 326. GONZÁLEZ BIEDMA, "Licenziamenti...", *op. cit.*, pg. 314. PRADOS DE REYES, "La reforma de los despidos...", *op. cit.*, pg. 153. LÓPEZ MOSTEIRO, "La Directiva comunitaria...", *op. cit.*, pg. 822.

(74) MONEREO PÉREZ, *Los despidos colectivos...*, *op. cit.*, pg. 127, dando por supuesta la adecuación de la regulación española a las exigencias comunitarias.

que la autoridad laboral dicte su resolución de autorización o denegación de la reducción de empleo (art. 51.6 ET).

En estos términos, para efectuar un pronunciamiento sobre la adecuación del sistema español a los parámetros comunitarios ha de realizarse una lectura finalista tanto del mecanismo sucesivo en la Directiva como del propio modelo español. Así, en primer lugar, la previsión de no simultaneidad por parte de la Directiva pretende que no se produzca ninguna injerencia pública en el desarrollo del proceso negocial entre la dirección de la empresa y los representantes sindicales. Desde este punto de vista, no debe efectuarse objeción alguna a la previsión estatutaria, por cuanto que durante el período de consultas la actuación de la autoridad laboral es meramente interna, preparatoria de la intervención sucesiva para la hipótesis de que fracasen las negociaciones entre las partes; se trata simplemente de permitir que la Administración vaya preparando los informes técnicos pertinentes, particularmente el relativo a la Inspección de Trabajo y de la entidad gestora de la prestación por desempleo (art. 9 Reglamento), sin iniciar aún actuación intermediadora entre las partes; sin perjuicio, naturalmente que éstas voluntariamente y de común acuerdo así se lo soliciten.

En segundo lugar, la actuación intermediadora externa, propiamente dicha, se inicia en el caso de que fracasen las negociaciones entre las partes y es ahí donde la norma española prevé un plazo de 15 días para la resolución. La cuestión es si con ello se limita el plazo de 30 días contemplado en la Directiva (75). Ha de comenzarse por indicar que el citado plazo de los 30 días se computa a partir de la notificación a la autoridad laboral, si bien ha de interpretarse que esa notificación no puede referir a la inicial —simultánea al inicio del período de consultas—, pues en esa primera fase no es dable la actividad intermediadora de la Administración, propiamente dicha; esa notificación ha de referir a la segunda, es decir, a partir de la conclusión de las consultas sin acuerdo entre las partes. El problema, insisto, puede situarse en el hecho de que a partir de ese instante la Administración sólo tiene un plazo de 15 días para emitir su resolución.

Ahora bien, lo decisivo es que no puede confundirse el plazo en el que la Administración dicta el acto administrativo resolutorio de la autorización con el de 30 días previsto en la Directiva. En efecto, este plazo de 30 días tiene como referente final el momento en el que surten efecto los despidos; debe tenerse presente que, para el caso español, la notificación de la autorización administrativa no provoca la automática resolución de los contratos, sino que la efectividad de los despidos depende de la sucesiva decisión material de despedir por parte de la empresa, decidiendo la dirección en ese momento la fecha exacta a partir de la cual produce efectos la resolución contractual. En definitiva, tras la autorización administrativa puede transcurrir un lapso de tiempo adi-

(75) "La autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado en el apartado 1 para buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados" (art. 4.2).

cional y lo que exige la Directiva es que desde la notificación a la autoridad laboral hasta el momento final de efectividad de los despidos transcurra ese plazo de 30 días. Por ello, el defecto no se sitúa en la celeridad de la resolución administrativa, sino en la capacidad sucesiva por parte de la empresa de puesta de ejecución automática de los despidos. La norma española lo que no contempla es esa regla de garantía mínima de que, con carácter general, ha de transcurrir ese plazo mínimo de los 30 días; en la práctica lo habitual es que siempre se cumpla dicho período, entre otras razones porque la Administración rara vez cumple el plazo máximo de los 15 días. En todo caso, para la hipótesis de que materialmente el expediente se resolviera con celeridad, habría que interpretar que el empresario no podría adoptar inmediatamente la medida y debería esperar al transcurso del plazo mínimo de la Directiva total de los 30 días. Como dice el art. 15 del Reglamento, las resoluciones administrativas "producirán efecto desde la fecha en que se dicten salvo que en ellas se disponga otra cosa"; en interpretación coherente con la Directiva, las resoluciones deben disponer el obligado respeto al referido plazo.

Por otra parte, es cierto que la propia Directiva permite que los Estados miembros concedan a la autoridad pública la facultad de reducir el citado plazo de los 30 días. Sin embargo, como se ha dicho con acierto, la interpretación correcta no es que se pueda establecer un plazo inferior con carácter general, sino que establecido ese plazo de 30 días en la norma, la legislación de un país puede permitir a la autoridad que recibe la notificación que reduzca los plazos en casos específicos. La Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros concedan a la autoridad pública competente la facultad de reducir el plazo de 30 días (art. 4.1 p. 2) (76). La Directiva no permite una directa reducción por ley, sino una autorización caso por caso, concedida como facultad a la Administración, pero esto no es lo que hace la legislación española de transposición.

Junto a ello, la Directiva permite también que la autoridad prorogue el plazo previsto inicialmente en 30 días hasta los 60 días, en caso de que los problemas planteados por los despidos corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial; se permite incluso la posibilidad de prórrogas más amplias. En estos casos se le deberá notificar al empleador tanto la prórroga como los motivos que la justifican (art. 4.3). Salvando la última precisión, se trata de una regulación innecesaria desde todo punto de vista en el contexto general de la Directiva. En efecto, dado el sentido global de mínimos de las reglas de la Directiva y de la posibilidad de que las legislaciones nacionales impongan condiciones más gravosas para los empleadores, la ausencia dentro de la Directiva de estas facultades de prórroga no hubieran tenido ningún alcance, pues se mantendrían en virtud de la regla de mayor favorabilidad del art. 5 de la propia Directiva. Por lo demás, la legislación española no contempla esa posibilidad de prórroga, por lo que la misma actualmente no es posible acordarla por la autoridad laboral española.

(76) RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1816.

VI. CONSECUENCIAS DE LOS INCUMPLIMIENTOS EMPRESARIALES

La Directiva omite decir cuáles son las consecuencias jurídicas que se deben derivar de unos despidos colectivos efectuados por una empresa sin atenerse a las reglas de procedimiento fijadas en ella; no se especifica cuáles serían los efectos jurídicos, por ejemplo, de unos despidos sin realizar las preceptivas consultas a los representantes de los trabajadores, sin notificar a la autoridad pública el proyecto de despido o bien cuando se pretenda que la extinción de los contratos se produzca sin dejar transcurrir el plazo mínimo de reflexión de los 30 días. En sede teórica sería posible un abanico variado de consecuencias jurídicas, desde la nulidad directa de estos despidos, hasta una mera sanción pecuniaria. La Directiva no se pronuncia al respecto, sin que existan suficientes elementos jurídicos para concluir si las anteriores reglas de procedimiento a cumplir por el empleador sean configurables como una simple carga o como una verdadera obligación jurídica (77).

Por ello, parece que la Directiva se remite a las legislaciones nacionales de los Estados miembros, para que sean éstos quienes concreten el tipo de sanción derivada de un incumplimiento empresarial. Ahora bien, lo que parece indiscutible es que algún tipo de efectos sancionadores han de tener estos incumplimientos, pues de lo contrario la Directiva perdería su eficacia útil, convirtiéndose en una pura recomendación o mera declaración de intenciones. Lo que no puede pensarse es que la normativa comunitaria pueda llegar a alterar el modelo de estabilidad real o estabilidad obligacional vigente en un determinado Estado miembro; lo lógico es pensar que se apliquen idénticas consecuencias jurídicas a las propias en cada país para los casos de incumplimiento de las reglas de procedimiento en materia de despido; que en aquellos países donde se imponga la readmisión obligatoria con sistema general, también sea éste el efecto propio de los incumplimientos de la Directiva; que en aquellos países donde se establezca un sistema de extinción indemnizada, igualmente tal efecto se le atribuya a las vulneraciones de las reglas contenidas en la Directiva.

La propia jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha deducido, directamente del propio Tratado Constitutivo (78), la posibilidad de exigir la imposición de sanciones como instrumento de efectividad del cumplimiento de las prescripciones de la Directiva. Más aún, el Tribunal ha interpretado que ni siquiera sería admisible la presencia de sanciones simbólicas, incorporando así el criterio de que las sanciones deben cumplir una función "disuasoria" frente a posibles conductas empresariales incumplidoras y que esta función no con-

(77) SCONOCCHIA, "I licenziamenti collettivi...", *op. cit.*, pg. 252. KRAVARITOU-MANITAKIS, "La proposition de directive...", *op. cit.*, pg. 386. RAMÍREZ MARTÍNEZ, "Extinción del contrato...", *op. cit.*, pg. 1815.

(78) Art. 5: "Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad".

curre cuando no rige un principio de proporcionalidad en correspondencia a la infracción cometida de modo que a juicio del Tribunal no basta con una sanción que califica de "moderada o ligera" (79).

En cuanto al sistema español, debe entenderse que están previstas sanciones adecuadas e intensas a los incumplimientos, desde el instante en que, de un lado, las infracciones relativas al período de consulta pueden desencadenar que la autoridad administrativa tenga por desistida la petición (art. 51.3 ET y arts. 6.2 y 13 Reglamento) y, de otro lado, los despidos efectuados sin autorización administrativa desencadenan la declaración judicial de nulidad (art. 124 LPL).

Finalmente, por lo que se refiere a los aspectos de procedimiento, conscientes de la presencia también de una laguna en esta materia, la Directiva de modificación de 1992 como novedad impone que las legislaciones nacionales de los Estados miembros procuren que los representantes de los trabajadores y/o los trabajadores dispongan de los procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales con objeto de hacer cumplir las obligaciones establecidas en la presente Directiva (art. 5 bis).

VII. MECANISMOS DE TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

Tratándose de una Directiva, sus destinatarios van a ser sustancialmente los Estados miembros (art. 8). Por tanto, son los Estados miembros quienes están obligados a poner en vigor las disposiciones legislativas y administrativas necesarias para adecuarse a la presente Directiva (art. 6).

Sin embargo, como es sabido, en los últimos tiempos se aprecian tendencias dirigidas a incorporar un mecanismo de transposición por la vía de la negociación colectiva. Los hitos más importantes en este orden son, primero una admisión implícita por el Tribunal de Justicia (80), segundo incorporación a alguna Directiva concreta y tercero referencia general en el Acuerdo sobre Política Social incorporado al Tratado de Maastricht (81).

(79) STJCE 8 junio 1994, asunto 383/92, Comisión v. Reino Unido, Rec. 1994 pgs. 2479 ss: "Al establecer que la indemnización 'de protección' sustituirá en todo o en parte a las sumas que el empresario adeude por otra parte al trabajador, con arreglo al contrato de trabajo celebrado con este último o a consecuencia de la resolución de dicho contrato, la legislación británica priva en gran medida a esta sanción de su efecto práctico y de su carácter disuasivo. Además, el empresario sólo es penalizado por la sanción, pero de forma moderada o ligera, en la medida en que la cuantía de la indemnización 'de protección' a la que se le condene supere el importe de las sumas que adeuda por otra parte al interesado, y únicamente en tal medida".

(80) Aunque con ciertas cautelas y garantías, STSJCE 8 junio 1982, asunto 91/81, Comisión v. Italia, Rec. pgs. 2133 ss.

(81) Sobre el particular, cfr. J. CRUZ VILLALÓN, "La información y la consulta a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria", *RL* n° 14, (1994), pgs. 21 ss.

Precisamente entre esas Directivas que admiten este sistema de transposición se encuentra la de modificación del año 1992 (82). En todo caso, esa intervención por parte de la negociación colectiva, hasta el momento presente, se presenta siempre como subsidiaria y en algunos aspectos sólo parcial (83). En términos resumidos hay que efectuar las siguientes matizaciones de cautela: primero, hay ciertas cuestiones de imposible regulación por parte de la negociación colectiva, en concreto en la materia que estamos comentando resulta imprescindible la transposición pública en todo aquello que afecta a la intervención mediadora de la autoridad laboral, así como a los mecanismos judiciales o administrativos de garantía de su cumplimiento; en segundo lugar, la limitación temporal y/o espacial de los convenios colectivos va a exigir siempre una norma estatal que como red de seguridad cubra los posibles espacios vacíos dejados por los ámbitos de aplicación negociación colectiva.

(82) Art. 2: "Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva, en un plazo máximo de dos años después de su adopción o garantizarán que, dentro de este plazo, los interlocutores sociales adopten mediante acuerdo las disposiciones necesarias; los Estados miembros deberán adoptar cualquier disposición necesaria que permita garantizar en todo momento los resultados impuestos por la presente Directiva".

(83) FUENTES RODRÍGUEZ, "Las modificaciones...", *op. cit.*, pgs. 466-467.