

**DELIMITACIÓN NORMATIVA DEL DESPIDO COLECTIVO EN
LA UNIÓN EUROPEA. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y
EXTINCIONES “DE HECHO”***

***REGULATORY DELIMITATION OF COLLECTIVE DISMISSAL IN
THE EUROPEAN UNION. HISTORICAL DEVELOPMENTS AND
“DE FACTO” REDUNDANCIES***

ANA CASTRO FRANCO

*Personal Docente e Investigador FPU, Ministerio de Ciencia, Innovación y
Universidades. Universidad de León*

<https://orcid.org/0000-0002-6834-3064>

Cómo citar este trabajo: Castro Franco, A. (2024). Delimitación normativa del despido colectivo en la Unión Europea. Evolución histórica y extinciones “de hecho”. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 14 (2), 1–72. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.10523>

RESUMEN

El presente estudio tiene por objeto analizar la institución del despido colectivo y trazar su evolución histórica a través de las normas articuladas en el Derecho de la Unión y el Derecho interno en España. Aportar una definición general exige comprender su origen, situando el punto de mira en las reformas legislativas acaecidas en los últimos años como consecuencia de las sucesivas crisis económicas y sanitaria. Precisamente, las modificaciones han estado encaminadas a alcanzar un

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de la investigación efectuada en la *Universitas Mercatorum* de Roma, dentro del programa vinculado al contrato predoctoral financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

ISSN: 2174-6419

Lex Social, vol. 14, núm. 2 (2024)



Recepción: 10.03.2024

Aceptación: 18.04.2024

Publicación: 30.04.2024

equilibrio sostenible entre la situación de mercado —marcada por altas tasas de desempleo e insolvencia—, los intereses de las empresas y la necesaria protección de los trabajadores. La regulación de las reestructuraciones es, en realidad, muy diferente de la ordenación de los despidos individuales, no solo en los tipos de procedimientos legales previstos, sino también en sus objetivos. En la práctica, la alternativa a la terminación colectiva no es la ausencia de la misma, sino varios despidos individuales que, sin haber seguido los trámites oportunos, plantean desafíos jurídicos de envergadura, pero con proyección trascendente a la gestión y responsabilidad social.

PALABRAS CLAVE: Directiva 98/59/CE, Tribunal de Justicia, despido colectivo, Convenio núm. 158, Carta Social Europea.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyse the institution of collective redundancy and to trace its historical evolution through the rules articulated in EU law and domestic law in Spain. Providing a general definition requires an understanding of its origins, focusing on the legislative reforms that have taken place in recent years as a result of the successive economic and health crises. Precisely, the changes have been aimed at achieving a sustainable balance between the market situation —marked by high unemployment and insolvency rates—, the interests of companies and the necessary protection of workers. The regulation of restructuring is in fact very different from the regulation of individual dismissals, not only in the types of legal procedures envisaged, but also in its objectives. In practice, the alternative to collective termination is not the absence of collective termination, but rather a number of individual dismissals which, without having followed the appropriate procedures, pose major legal challenges, but with a far-reaching impact on management and social responsibility.

KEYWORDS: Directive 98/59/EC, Court of Justice, collective redundancies, Convention No. 158, European Social Charter.

SUMARIO

I. La regulación supranacional del despido colectivo en Europa

- 1. El Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 de la OIT*
- 2. El papel de los Acuerdos Marco Globales (AMG)*
- 3. La Carta Social Europea revisada del Consejo de Europa*

4. *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: sistema de garantías multinivel*

5. *La Directiva 98/59/CE como norma por excelencia*

5.1. *El concepto de despido colectivo*

5.1.1. *Extinciones asimiladas a despidos*

5.1.2. *Extinciones derivadas de la movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo o del incumplimiento grave del empresario*

5.1.3. *El fallecimiento del empresario*

5.2. *Base jurídica de la información, consulta y participación de los trabajadores*

5.3. *La interacción de la Directiva con la CDFUE*

II. *La eficacia de la regulación internacional en el Derecho español*

1. *El principio de interpretación conforme con el Derecho de la Unión*

2. *Desarrollo histórico del despido colectivo en España*

3. *Despido colectivo “de hecho”*

Conclusiones

Bibliografía

I.- La regulación supranacional del despido colectivo en Europa

Mientras los primeros ejemplos de protección laboral se adoptaron a principios del siglo XX, la historia muestra que la mayoría de las normas orientadas a proporcionar un marco para las relaciones de trabajo justas y eficientes fueron desarrolladas a través de las leyes, los convenios colectivos o los pronunciamientos judiciales entre 1960 y 1980.

El proceso de regular cada vez más la contratación y el despido se detuvo progresivamente hasta alcanzar una relativa estabilidad característica en los años ochenta y, en lo relativo a la terminación de empleo, los noventa¹. Desde el año 2000, la desregularización ha transformado progresivamente el panorama europeo en materia de protección del empleo, susceptible de ser calificado como demasiado estricto. Esta tendencia se reforzó a consecuencia de la crisis financiera y económica en los 2008-2009, en particular en Portugal, Italia, España y Grecia, pero también en otros países como Francia, Estonia, los Países Bajos, Eslovenia o Rumanía. El legado de la crisis, la desaceleración económica, la fragmentación de los sistemas financieros y los mercados de crédito y los altos niveles de desempleo, irán reduciendo su impacto a medida que sean corregidos los desequilibrios macroeconómicos acumulados.

¹ SCHÖMANN, I.: *Labour law reforms in Europe: adjusting employment protection legislation for the worse?*, Bruselas (ETUI), 2014, p. 5.

El contexto caracterizado por la debilidad de la demanda de mano de obra, unas tasas de obtención de nuevos empleos bajas y un aumento de las cifras de desempleo de larga duración, incrementa los costes sociales de los procesos de reestructuración en curso. Esta situación precisa unos marcos estratégicos eficaces para apoyar y acompañar a todos los actores que participan en dichos procesos. Varios Estados miembros acometieron importantes reformas estructurales del mercado laboral y de las medidas temporales para preservar el empleo; sin embargo, el progreso hacia una mayor flexibilidad y seguridad ha sido modesto y desigual. La recuperación implica descubrir nuevas fuentes de crecimiento y competitividad a largo plazo, con actividades intensivas en conocimiento y de alta productividad para la economía europea, lo cual no puede lograrse sin un proceso adecuadamente gestionado de reestructuración de la base industrial de la Unión y de la economía en general.

El Derecho internacional y el Derecho primario y secundario europeo juegan un papel importante en la tutela frente al despido colectivo. Según el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, todos los trabajadores con independencia de su situación laboral, deben gozar de protección. Esta modalidad extintiva queda referida a la finalización de las relaciones laborales a iniciativa del empleador por razones no inherentes a la persona del trabajador.

Actualmente, la gobernanza europea ha vuelto a poner sobre el tapete la debida consideración a las cuestiones sociales a la hora de abordar el proceso de reajuste. Estos costes sociales tienen un gran peso en las finanzas públicas y pueden dificultar la recuperación económica a nivel nacional. Una perspectiva europea común sobre los procesos de reestructuración podría ayudar a evitar su aparición, o bien a distribuir su carga entre las distintas partes interesadas en las operaciones de reestructuración. La Unión ha construido un sólido sistema de protección social y de empleo que, combinado con un nivel relativamente elevado de educación, ha sido la base de su prosperidad económica y social. Por otra parte, el modelo se concibió para apoyar la estabilidad del empleo, haciendo escaso énfasis en la promoción de la capacidad de adaptación de los trabajadores y, en consecuencia, es cada vez más inadecuado para dar a los trabajadores una auténtica posibilidad de un futuro profesional cuando sus empleos están en peligro.

Las empresas enfrentan reestructuraciones por diversos motivos, en particular en respuesta al descenso de la coyuntura económica, la naturaleza cambiante de la actividad comercial, los modernos métodos de trabajo, las nuevas tecnologías, las inversiones, fusiones y adquisiciones, o para reducir los costos. De manera análoga, existen otros propósitos tendentes a mantener la supervivencia y el éxito, entre ellos la estimulación de la actividad comercial debilitada, el aumento del valor de una empresa, la preparación de la empresa para su venta, el logro de una ventaja competitiva o el posicionamiento para el crecimiento.

Cuando la reestructuración da lugar a recortes y a la pérdida de empleo, tiene un impacto directo en los trabajadores, pero también puede repercutir negativamente en la comunidad que les rodea. Sin embargo, no conduce inevitablemente a suspensiones o despidos. Bien

concebida, podría posicionar mejor a la empresa para una recuperación; en cambio, si mal diseñada, repercutirá negativamente en el rendimiento empresarial al hacer mella en la moral de los trabajadores, mermar su confianza y perder a los empleados mejor cualificados y experimentados con conocimientos esenciales. La colaboración continua entre el personal directivo y los trabajadores o sus representantes proporciona una base más sólida para redefinir y actualizar los cambios a la luz de las nuevas condiciones económicas.

Durante la pandemia, se adoptaron variaciones de los mecanismos de protección del empleo y los ingresos en todos los Estados miembros que conforman un ejemplo de aprendizaje político en toda la Unión. En Suecia, el subsidio de jornada reducida se modificó después de la aparición de la COVID-19, permitiendo a todas las empresas privadas cumplir los criterios de elegibilidad en términos de dificultades económicas graves². En Eslovaquia, el régimen de jornada reducida se aprobó en la legislación nacional en 2021 como respuesta a la crisis económica³.

Además, se introdujeron instrumentos de apoyo para gestionar y garantizar un proceso de reestructuración socialmente responsable en los casos en que la notificación de insolvencia se hubiese presentado ante las autoridades competentes. En Alemania, siguiendo con las muestras, el número de personas con trabajos de jornada reducida se disparó de 2019 a 2020, aumentando en 5.958.100 trabajadores; mientras, durante el mismo periodo, las solicitudes de indemnización por insolvencia siguieron disminuyendo⁴.

El trabajo de jornada reducida ha evolucionado más allá de la política del mercado laboral para integrar elementos de protección social, reduciendo aún más las presiones de costes y manteniendo al mismo tiempo el acceso de los trabajadores a los sistemas de Seguridad Social. En España, las empresas recibieron exenciones fiscales de las cotizaciones a la Seguridad Social, permitiendo a los empleados conservar la cobertura total⁵. Un ejemplo similar prevaleció en Portugal⁶, mientras en Bulgaria el apoyo se dividió en etapas, dependiendo del sector afectado⁷.

² EUROFOUND: *Subsidio por trabajo de corta duración*, medida SE-2013-48/2709 (medidas en Suecia), EU PolicyWatch, Dublín, 2022.

³ EUROFOUND: *Apoyo durante el trabajo con jornada reducida: fondo de seguro para financiar el apoyo*, medida SK-2021-19/2968 (medidas en Eslovaquia), EU PolicyWatch, Dublín, 2022.

⁴ EUROFOUND: *Compensación por insolvencia*, medida DE-1997-13/2627 (medidas en Alemania), EU PolicyWatch, Dublin, 2022.

⁵ Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes para la protección de los trabajadores autónomos, para la transición hacia los mecanismos estructurales de defensa del empleo, y para la recuperación económica y social de la isla de La Palma, y se prorrogan determinadas medidas para hacer frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica.

⁶ Decreto Ley 66A/2022 de 30 de septiembre.

⁷ EUROFOUND: *COVID - 19: Apoyo a los ingresos de los trabajadores*, medida BG-2020-11/2708 (medidas en Bulgaria), EU PolicyWatch, Dublín, 2022.

Para los responsables políticos europeos y nacionales, proteger los empleos y los ingresos representa una cara de la moneda para el bienestar económico de los trabajadores, y la otra radica en garantizar la continua competitividad y supervivencia de las empresas. Así, el Estado español procedió a decretar el estado de alarma con la publicación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo; situación sustituida por una regulación conocida como “nueva normalidad”, caracterizada por ser una etapa intermedia entre el confinamiento y la recuperación del *status quo* previo, al objeto de evitar que este periodo se desarrollara en un escenario de transmisión comunitaria sostenida generalizada⁸.

La crisis sanitaria y la guerra en Ucrania han presentado desafíos únicos en todo el mundo en términos de escasez de la cadena de suministro, cuellos de botella en la producción, crisis de los precios de la energía y deterioro de las previsiones económicas. Teniendo en cuenta estos problemas estructurales, así como el entorno macroeconómico volátil, no sorprende que la reorientación de las actividades empresariales sea la categoría más común de los instrumentos de apoyo a la reestructuración. Esta referencia incluye medidas destinadas a reducir las presiones en la cadena de suministro, proporcionar a las empresas plataformas para acceder a nuevas oportunidades y facilitar vías hacia la innovación de productos y el cambio en la estrategia organizacional. En concreto, el cambio de producción/innovación es la subcategoría más empleada, seguida del *matching*/conexión en red y la transferencia o redistribución de trabajadores. Las medidas de *matching/networking* facilitan una nueva plataforma para conectar empresas con oportunidades de fusión o adquisición (Austria, Francia, Luxemburgo), con clientes (Austria, Eslovenia) o inversores (Alemania, Irlanda, España) a fin de promover la innovación, las pymes y la internacionalización.

El objetivo de la transferencia o redistribución radica en aliviar la probabilidad de insolvencia y minorar los periodos de desempleo, aumentando las oportunidades para la reubicación preventiva de los trabajadores o reduciendo el riesgo de reestructuración a través de planes de movilidad voluntaria. Estas políticas reducen la pérdida de empleos y evitan los costes de despido al brindar al empleador y al trabajador flexibilidad en la anticipación de la reestructuración (Francia, Luxemburgo). La calidad de las transiciones determinará la calidad de la carrera profesional de un trabajador, resultando esencial para proporcionar a las personas los medios necesarios para mantener su empleabilidad y conseguir que las transiciones funcionen. Los servicios públicos de empleo desempeñan un papel importante en la gestión de la crisis al ofrecer servicios de educación, formación y colocación laboral, pues son el puente entre los demandantes de empleo y los empleadores. Si bien la estructura difiere de un país a otro, todos ellos contribuyen a adecuar la oferta y la demanda en el mercado de trabajo a través de servicios de información, colocación y apoyo activo a nivel local, nacional y europeo.

⁸ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “Implicaciones jurídico-laborales de la COVID-19: lecciones judiciales para garantizar un futuro más seguro”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 451, 2020, p. 25.

Es de gran importancia realizar una evaluación posterior y un seguimiento de los procesos de reestructuración para identificar las deficiencias y los solapamientos, a fin de permitir una posterior mejora de futuros procesos de reestructuración. Asimismo, el seguimiento de los trabajadores después de que hayan perdido su puesto de trabajo (evaluación a largo plazo de las carreras profesionales de los despedidos o bases de datos de estudios de series temporales sobre itinerarios profesionales gestionados), también contribuye a valorar los resultados obtenidos en términos de transiciones laborales con éxito. Este tipo de iniciativa encuadra la valoración de las medidas de reestructuración y la publicación de los resultados, así como la revisión de las estrategias de desarrollo a la luz de la experiencia de reestructuración y el impacto.

En los próximos años, muchas empresas y comunidades de toda la Unión se reestructurarán debido a la doble transición verde y digital. Por ejemplo, las empresas mineras de carbón y lignito serán eliminadas, mientras las industrias con uso intensivo de carbono se expandirán o contraerán, dependiendo de la empresa y del contexto regional y nacional. La economía ecológica y los sectores digital y de la salud presentan un rápido crecimiento, al calor de las profundas transformaciones estructurales experimentadas por la economía y la sociedad. Para ello, deben crearse marcos estratégicos donde las políticas del mercado de trabajo desempeñen un papel activo en el apoyo a la creación de empleo en estos sectores, anticipen los nuevos patrones de crecimiento y se ajusten a ellos, en particular respecto a las las empresas tecnológicas de nueva creación.

Lógicamente, las iniciativas destinadas a mantener a flote a trabajadores y empresas durante la crisis han sido la prioridad en los últimos años, pero resolver los desafíos estructurales está en la cima de la agenda política desde 2023. La escala sin precedentes de los instrumentos de apoyo para mitigar el impacto negativo de la reestructuración es un indicio de la voluntad de los gobiernos de intervenir directamente en las posibles crisis futuras. Más allá de las lecciones políticas a extraer de los años de la pandemia, la educación y formación seguirá desempeñando un papel esencial a la hora de dotar de forma proactiva a los trabajadores de las capacidades adecuadas para afrontar los desafíos que plantea la doble transición. La inversión en políticas de formación puede brindar oportunidades para generar resiliencia entre los trabajadores e impulsar la competitividad dentro y entre los mercados laborales de Europa⁹. La alfabetización digital destaca como una prioridad fundamental para asegurar una fuerza laboral con las habilidades y herramientas tecnológicas necesarias en el escenario global.

A corto plazo, y a medida que los fondos para la transición justa se despliegan en toda la Unión Europea y la implementación de partidas específicas para habilidades y capacitación está en marcha, se esperan nuevas medidas centradas en la recapacitación para la transición verde. Evitar los despidos masivos, así como el declive de regiones o bien la relocalización de sectores enteros, a menudo con un gran impacto transfronterizo,

⁹ BERTHEAU, A. *et al.*: *The unequal consequences of job loss across countries*, Cambridge (Oficina Nacional de Investigación Económica), 2022, p. 15.

constituye un objetivo clave que puede lograrse facilitando la transformación económica y las transiciones económicas con éxito.

1. El Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 de la OIT

El Convenio 1982 (núm. 158) y la Recomendación 1982 (núm. 166), sobre la terminación de la relación de trabajo, en sustitución de la primigenia Recomendación de 1963 (núm. 119), son las principales normas técnicas de la OIT en materia de despido por iniciativa del empleador. Poco después de su adopción, fueron destacadas por el Grupo de Trabajo sobre las Normas Internacionales del Trabajo (1987) —Grupo Ventejol—, que recomendó su promoción de manera prioritaria. Más tarde, el Grupo de Trabajo sobre la Política de Revisión de Normas —Grupo Cartier—, reunido entre 1997 y 2002, no llegó a conclusión alguna sobre ninguno de los dos instrumentos. En su 303.^a Reunión (noviembre de 2007), el Consejo de Administración adoptó la decisión de retomar la discusión sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166, logrando dar una visión global del Convenio en las consultas acaecidas en noviembre de 2008 a través de una nota, posteriormente actualizada para reflejar los resultados de la 79.^a reunión de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (noviembre-diciembre de 2008).

Si bien el Convenio, como tratado internacional jurídicamente vinculante, solo ha sido ratificador por 36 países debido a las reticencias por la parte empresarial, sus principios están presentes en la normativa interna de otros países¹⁰. Ahora bien, no alude expresamente al despido colectivo, aun cuando contiene disposiciones procedimentales directamente relacionadas con esta modalidad extintiva.

Los Estados que lo han ratificado gozan de cierto grado de flexibilidad en el cumplimiento de sus obligaciones a escala nacional. Con tal fin, deberá darse efecto a sus disposiciones por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas previsiones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica interna. Los métodos citados no resultan igualmente adecuados en todos los campos y para todas las personas. Por consiguiente, concede al Estado la posibilidad de elegir entre los distintos métodos de aplicación que resulten conformes con la práctica nacional, habida cuenta de las diferencias en la manera de regular las relaciones entre los empleadores y los trabajadores, dejando así una gran flexibilidad en las fórmulas de aplicación del instrumento. La Recomendación complementa al art. 1 del Convenio estipulando que sus disposiciones se podrán aplicar mediante la legislación nacional, contratos colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme con la práctica nacional apropiada según las condiciones nacionales.

¹⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”, en AA.VV. (SALCEDO BELTRÁN, C., Dir.): *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 152.

De este modo, cabe recurrir a diferentes fuentes del derecho para proporcionarle eficacia, dejando siempre a salvo la posibilidad de incorporar directamente la norma supranacional en la legislación interna. Muchas disposiciones, lejos de estar referidas tan solo al Derecho del Trabajo, abarcan además otros campos, como los derechos humanos, los procedimientos de apelación insertos en el sistema judicial, la Seguridad Social o el empleo.

En su ámbito de aplicación no entran la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del trabajador o mediante un acuerdo negociado libremente por ambas partes, ni tampoco la renuncia o la jubilación por voluntad propia. La definición dada a sus efectos no obliga a los países a modificar los términos utilizados, siempre y cuando las disposiciones de fondo contenidas en la norma nacional se apliquen a las personas amparadas. No obstante, la forma de definir la terminación de la relación de trabajo reviste singular importancia, pues no debería permitir al empleador eludir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la protección prevista.

No se pondrá término a la relación de trabajo sin una causa justificada relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Al adoptar este principio, a tenor del art. 4, el empleador pierde la facultad de finalizar unilateralmente una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización.

Aun cuando el concepto de “necesidades de funcionamiento” de la empresa no está definido de manera específica en el Convenio ni en la Recomendación, en la definición propuesta por la Oficina durante la primera discusión en la Conferencia se indicó que estos motivos eran en general de índole económica, tecnológica, estructural o similar. Como es sabido, las terminaciones por estas razones pueden ser individuales o colectivas e involucrar una reducción de personal o el cierre de la empresa. La causa relacionada con las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, podría definirse también de manera negativa como toda causa exigida por las necesidades económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, pero que no es inherente a la persona del trabajador y, por lo tanto, no está relacionada con su capacidad ni con su conducta.

Entre los motivos que no constituirán causa justificada figuran la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empresario, durante las horas de trabajo; ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad; presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; la no prestación de servicios durante la licencia de maternidad; en fin, la no asistencia temporal al empleo por motivo de enfermedad o lesión. La definición de cuanto constituye una ausencia temporal del trabajo, la eventual exigencia de un certificado médico y las

hipotéticas limitaciones pueden ser determinadas de conformidad con los métodos de aplicación nacionales, pero si la ausencia se define sobre la base de la duración, debería ser prevista de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del precepto, encaminado a proteger el empleo del trabajador en un momento en el cual resulta imposible cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor.

La Recomendación complementa esta lista no exhaustiva con otros dos motivos: de un lado, la edad, sin perjuicio de la legislación y la práctica nacionales con respecto a la jubilación; de otro, la ausencia del trabajo debido al servicio militar obligatorio o al cumplimiento de otras obligaciones cívicas.

El trabajador afectado por una terminación injustificada de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal común, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro. Si el despido ha sido autorizado por una autoridad competente, el recurso contra la finalización podrá variar en función de la legislación nacional, otorgando también cierto margen de maniobra a cada país para imponer o no un plazo después del despido al cabo del cual podrá considerarse que el empleado renuncia al derecho de recurrir contra su despido. Cabe prever un procedimiento de conciliación antes de interponer un recurso contra un despido o durante el mismo. La conciliación da a cada parte la facultad de examinar en presencia de una tercera persona la cuestión de la justificación de la terminación en atención a las normas jurídicas aplicables, y de evaluar las probabilidades de ganar o perder el caso ante el tribunal competente o de llegar a una solución por acuerdo mutuo.

Los organismos neutrales estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas, así como para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada. El trabajador no deberá asumir por sí solo la carga de la prueba de que el despido fue injustificado. Al respecto, en los casos de terminación, la aplicación de la regla general en el ordenamiento contractual, según la cual la carga de la prueba incumbe al demandante, podría hacer que fuera prácticamente imposible para el trabajador demostrar que el despido estaba injustificado, en consideración del hecho de que las pruebas de las causas reales son, por lo general, conservadas por el empleador.

Si estos organismos constatan el carácter injustificado del despido y, si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la competencia de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación apropiada.

Todo trabajador despedido ostenta el derecho a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones similares; a prestaciones del seguro de desempleo o a una asistencia a los desempleados o a otras prestaciones de Seguridad Social; o a una combinación de estas indemnizaciones y prestaciones. De no reunir las condiciones de calificación para tener derecho a las prestaciones de un seguro de desempleo o de asistencia a los desempleados en virtud de un sistema de carácter general, no será exigible el pago de las

indemnizaciones u otras prestaciones de despido, por el solo hecho de que el trabajador no reciba prestaciones de desempleo.

Nuevamente, destaca la flexibilidad de esta disposición, cuya finalidad radica en tomar en consideración los distintos programas o regímenes destinados a garantizar una cierta protección de los ingresos del trabajador despedido¹¹. Resulta aplicable en los numerosos países dotados de una legislación nacional con previsiones sobre indemnizaciones por fin de servicios, pero desprovistos de sistemas de Seguridad Social con prestaciones de desempleo; en algunos otros industrializados, donde existen regímenes de Seguridad Social de alcance general, pero dejan a la negociación colectiva las cuestiones relativas a las indemnizaciones por fin de servicios; y en aquellos que posean, a la vez, regímenes de Seguridad Social y de indemnización por fin de servicios dotados de alcance general. Las fórmulas de flexibilidad ofrecen a los países la posibilidad de desarrollar sistemas de protección adaptados a las condiciones específicas de su situación a este respecto. Los gobiernos, en cooperación con las empresas multinacionales y con las empresas nacionales, deberían asegurar alguna forma de protección de los ingresos de los trabajadores cuyo empleo haya terminado, en virtud de lo dispuesto en la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social.

La indemnización tasada incorporada por ciertos ordenamientos, calculada en función de unos criterios objetivos, como el salario o los años de prestación de servicios, que ha sido válida durante bastante tiempo, ha sido puesta en duda cada vez en mayor número de ocasiones en los últimos años. De esta manera, en determinados supuestos donde la cuantía resultante resulte exigua, están proliferando litigios en los cuales los Tribunales optan por incrementarla al considerarla inadecuada o insuficiente y, en consecuencia, contraria al art. 10 del Convenio¹², una interpretación que, probablemente, sumará más adhesiones tras las Decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales. En consecuencia, corresponde la indemnización adicional cuando el importe no tiene efecto disuasorio para la empresa, ni se compensa suficientemente a la persona trabajadora por la pérdida de ocupación, concurriendo, una clara y evidente ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión extintiva del contrato.

Nada impediría reconocer en el propio proceso de despido una indemnización superior a la legalmente prevista para el despido improcedente en caso de considerar que la misma pueda venir exigida por las normas internacionales, aun cuando estas no hayan sido expresamente invocadas por el trabajador afectado, habida cuenta del carácter no preceptivo del asesoramiento jurídico en el proceso social¹³. Sin embargo, esta posibilidad inusual ha de adecuarse a límites objetivos, pues en caso contrario incurriría

¹¹ MOLINA NAVARRETE, C.: “Actualidades y críticas del Convenio 158 OIT en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, núm. Extra 0, 2019, p. 175.

¹² SSTSJ Cataluña (Social) de 23 de abril de 2021 (Rec. 5233/2020) y de 14 de julio de 2021 (Rec. 6762/2021).

¹³ SJS Barcelona (Social) de 28 de julio de 2020 (Rec. 848/2019).

en subjetivismos que conllevarían desconcierto entre los operadores jurídicos e incertidumbre jurídica. Tampoco resulta descartable que la indemnización adecuada en las descritas y limitadas situaciones pueda integrar otros conceptos resarcitorios cuando la conducta extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante.

En todo caso, para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad sobre la posibilidad de ampliación de la indemnización legal o sobre la concreta fijación de su *quantum*, preservando así la igualdad de partes y toda posible situación de indefensión, será necesario que los conceptos resarcitorios o los daños causados sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto del juicio¹⁴.

Ello implica una poderosa llamada de atención a un defecto normativo capaz de generar desprotección en los trabajadores que acrediten escaso tiempo de prestación de servicios y claramente incide sobre el evidente desajuste de la normativa laboral de algunos Estados con el art. 10 del Convenio y el art. 24 de la Carta Social Europea¹⁵. Por tanto, el carácter compacto de una horquilla que limita la valoración de circunstancias individuales y personales, afecta al equilibrio de intereses, pues una indemnización adecuada debiera quedar cercana a la entidad del daño sufrido por el trabajador y coartar una actuación ilegal de la empresa que, sin temer represalias o el pago de altos costes por despido, adopta una decisión acausal¹⁶.

Cuando el empleador prevea despidos por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos proporcionará a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores afectados por ellas y el periodo durante el cual han de llevarse a cabo dichas medidas (*ex. art. 13 del Convenio*). Asimismo, les ofrecerá, lo antes posible, una oportunidad para entablar consultas sobre las medidas que deban adoptarse para evitar o limitar las terminaciones y las medidas para atenuar las consecuencias adversas de todos los despidos para los trabajadores afectados. De este modo, el procedimiento ha de realizarse con tanta anterioridad como sea posible, en aras de contemplar sin precipitación las posibles medidas para evitar, reducir o paliar la entidad de la extinción colectiva¹⁷. La celebración de consultas es de suma importancia tanto en la etapa de elaboración de los planes de reducción del personal como en su aplicación.

De la misma forma, el empleador notificará lo antes posible a la autoridad competente el proyecto de despido colectivo, comunicándole la información pertinente, incluida una

¹⁴ STSJ Cataluña (Social) de 4 de julio de 2022 (Rec. 3909/2022).

¹⁵ STSJ Cataluña (Social) de 30 de enero de 2023 (Rec. 6219/2022).

¹⁶ BALLESTER PASTOR, I.: “El reconocimiento del cobro de una indemnización por despido superior a 33 días en cumplimiento del Convenio nº 158 de la OIT y del art 24º de la Carta Social europea: ¿un cambio de paradigma?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2023, p. 8.

¹⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, p. 147.

constancia por escrito de las razones alegadas, el número y las categorías de los afectados y el periodo durante el cual habrían de llevarse a cabo las terminaciones, en virtud del art. 14 del Convenio. La legislación nacional podrá limitar la notificación a la autoridad competente a los casos en que el número de trabajadores cuya relación de trabajo se prevea dar por terminada sea por lo menos igual a un número o a un porcentaje determinados del personal. El instrumento deja a cada país entera libertad para decidir el curso de la notificación presentada. Los arts. 13 y 14 se consideran complementarios de las disposiciones del Convenio antes reseñadas y han de interpretarse conjuntamente con las partes I y II del mismo.

Por su parte, la Recomendación incorpora disposiciones adicionales, al prever que todas las partes interesadas han de tratar de evitar o limitar todo lo posible la extinción de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa y esforzarse por atenuar los efectos negativos para los trabajadores interesados. En este sentido, alude al papel de la autoridad competente en la prestación de ayuda a las partes en aras de buscar soluciones a los problemas planteados por las terminaciones previstas.

Tras reiterar el procedimiento previsto en caso de despidos colectivos, preconiza también la obligación de acometer el periodo de consultas antes de llegar a la fase en que los despidos parecen inevitables. Entre las medidas a considerar con miras a evitar o limitar al máximo las extinciones, podrían figurar la restricción de la contratación de personal, el recurso a la disminución natural del personal sin reponer las bajas durante cierto periodo, los traslados internos, la formación y readaptación de los trabajadores, el retiro anticipado voluntario con la adecuada protección de los ingresos, la disminución de las horas extraordinarias, o, en fin, la reducción de la duración normal del trabajo. En cuanto a la reducción temporal de la duración normal del trabajo, convendría tomar en consideración el otorgamiento de una compensación parcial por la pérdida de los salarios correspondientes a las horas normales no trabajadas.

En cualquier caso, la selección por el empleador de los trabajadores despedidos ha de efectuarse según criterios, en lo posible fijados de antemano, que tengan debidamente en cuenta tanto los intereses de la empresa, establecimiento o servicio como los de los trabajadores. Los afectados gozan de cierta prioridad para ser readmitidos si el empleador vuelve a contratar trabajadores con calificaciones comparables y hubieran indicado su deseo de ser readmitidos dentro de cierto plazo a partir de la terminación. El orden de prelación de los criterios de readmisión, las cuestiones relativas a la conservación de derechos, en particular de los derechos de antigüedad, y las disposiciones en materia de salario deberían determinarse de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el párrafo 1 de la Recomendación.

En caso de despido colectivo, ha de promoverse con medidas adecuadas a las circunstancias nacionales tomadas por la autoridad competente, en lo posible con la colaboración del empleador y de los representantes de los trabajadores, la colocación de los trabajadores perjudicados en otros empleos apropiados; impartiendo, en su caso, la

formación necesaria. A su vez, el empleador ayudará a los afectados a buscar otro empleo adecuado, por ejemplo, mediante contactos directos con otros empresarios. Con miras a atenuar las consecuencias del despido, se podrá proporcionar una protección de los ingresos durante cualquier curso de formación o de readaptación y el reembolso parcial o total de los gastos en que haya incurrido en la reconversión y en la búsqueda de un empleo, así como para la incorporación al mismo, cuando esta implique cambio de residencia. La autoridad competente estudiará si resulta pertinente otorgar recursos financieros para cubrir en todo o en parte el coste de dichas medidas.

2. El papel de los Acuerdos Marco Globales (AMG)

Durante los años setenta y principios de los ochenta los sindicatos adoptaron una posición defensiva en las relaciones con la parte empresarial, tomando decisiones en función de las contingencias locales o nacionales vinculadas a la protección de puestos de trabajo. El posterior contexto de recuperación económica, lastrado por la deslocalización y la reestructuración de empresas, propició que el movimiento sindical comprendiera el reto derivado de rebasar las fronteras. A partir de entonces, las Federaciones Sindicales Internacionales (FSI) empiezan a ejercer funciones de información y apoyo, con un rol proactivo en la coordinación y adopción de medidas y políticas estratégicas. Las empresas multinacionales, satisfechas con su autorregulación, asisten al reconocimiento oficial de una organización sindical internacional como agente negociador en 1985, la firma de un acuerdo con un interlocutor internacional en 1986 y la consagración del primer Acuerdo Marco Internacional (AMI) dos años después, en tanto la dimensión transnacional configura un imperativo moral y político, pero también una jugada comercial inteligente¹⁸.

Una de las características principales de la economía moderna, consistente en la creciente fragmentación de la producción, ha conducido a que las cadenas mundiales de suministro revistan cada vez mayor importancia, pues afectan a la estructural del empleo, a las condiciones de trabajo y a los derechos de los trabajadores. Existen múltiples iniciativas privadas diferentes, como los códigos de conducta impulsados por el personal directivo, la Iniciativa Mundial de Presentación de Informes, los Principios de Sullivan o los Principios de Negocios de Caux.

Los programas de responsabilidad social empresarial carecen de la amplia participación de los trabajadores y no están concebidos para establecer sistemas de relaciones laborales sostenibles. Por el contrario, los AMG concluidos entre las empresas multinacionales y las FSI se asientan en una nueva dimensión del mercado de trabajo. En los AMG, las empresas conviene respetar los derechos de la fuerza laboral y promover el trabajo decente tanto en sus filiales como en toda su cadena mundial de suministro. Para los sindicatos, la conclusión de estos acuerdos se basa en negociaciones y está

¹⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y GÓMEZ GARCÍA, F.X.: *Nuevas tecnologías en los Acuerdos Marco Globales*, Navarra (Aranzadi), 2021, pp. 15-16.

intrínsecamente relacionada con la creación de vínculos de solidaridad, la facilitación de la sindicación y conexiones entre las redes sindicales.

Además del crecimiento constante del número de acuerdos desde principios del siglo XXI, se constata una evolución cualitativa en el respeto a principios e instrumentos internacionales, como los convenios y la política social de la OIT o la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales. Con el fin de controlar su aplicación, suelen establecer reuniones de consulta continuas y alguna forma de examen global del acuerdo, incluidas las visitas sobre el terreno a las filiales y los proveedores.

Una comparación entre los acuerdos más antiguos y más recientes muestra la evolución del contenido y la aplicación en los últimos años, dada la revisión de las FSI de su estrategia y la solicitud de una segunda generación de AMI dotados de unos procedimientos más sólidos de aplicación, supervisión y resolución de conflictos, a fin de facilitar la sindicación, en lugar de limitarse a tolerarla¹⁹. La creciente complejidad técnica ha requerido fortalecer los procedimientos de mediación o arbitraje con la firme intención de ir más allá de compromisos voluntarios. En cualquier caso, deberán basarse en relaciones laborales transfronterizas y contar con la participación de los sindicatos locales. La OIT está llamada a tomar la iniciativa revisando la Declaración sobre las Empresas Multinacionales, con miras proporcionar orientación a los trabajadores y a las empleadoras sobre cómo potenciar al máximo los efectos positivos tanto económicos como sociales de los AMI.

Los factores fundamentales capaces de designar una fórmula colectiva de negociación colectiva transnacional en relación a los AMG, en la pugna por vencer la unilateralidad y la estricta voluntariedad de sus precedentes, consisten, entre otros: en la reorganización del movimiento laboral internacional, con capacidad suficiente para una acción global con proyección local, la integración económica regional, el cambio de una negociación multiempresarial a otra individualizada con una única multinacional, las variaciones en el proceder empresarial y sindical, y la transición de un modelo de presión ejercida por los *stakeholders* hacia otro donde las acciones particulares responden a una visión general²⁰. Cabe añadir la relevancia de los aspectos coercitivos derivados de las normas internacionales, la presión social en orden a garantizar un trabajo decente y la credibilidad en sus intenciones para asegurar una imagen corporativa positiva y afrontar situaciones de deslocalización o reestructuración.

Del proceso de elaboración de muchos AMG cabe deducir que a menudo resulta ser el contenido propio de un Acuerdo Marco Europeo (AME), signado por un notable avance

¹⁹ OIT: “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro”, Ginebra, 2012, disponible en: http://oit.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_468096.pdf

²⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y GÓMEZ GARCÍA, F.X.: *Nuevas tecnologías en los Acuerdos Marco Globales*, cit., p. 17.

en la sofisticación temática y procedimental en su resultado²¹. Los primeros AMG centraban su atención únicamente en los derechos fundamentales emanados de los estándares de protección mínima universalmente reconocidos de la OIT. En los últimos años, también aluden de manera expresa a las políticas de los grupos multinacionales y adoptan una forma de contractualización de las estrategias de gestión dando paso, de un lado, a una lógica “constitucional” al erigirse como texto de referencia a cumplimentar específicamente por las filiales y la cadena de valor; de otro, a una disposición “instrumental” al asumir la facultad de gobernar de acuerdo con los objetivos de eficacia y oportunidad en la dirección del negocio.

La metamorfosis, paralela al sistema europeo, hace emerger la referencia a reconversiones y reestructuraciones con tránsito (o sin el) de un AME a un AMG, cuya catalogación obedece a ejemplos de cuantos regulan los efectos sociales derivados del anuncio de un plan de reconversión²²; aquellos que contemplan normas y principios generales en supuestos de reestructuraciones²³; los que regulan la anticipación del cambio tecnológico u organizativo²⁴ y cuantos recogen estándares mínimos en caso de reestructuración²⁵.

Sirva de muestra, por paradigmática, la tendencia existente en el sector de la banca, considerando que el sistema financiero se ha consolidado en todo el mundo a través de los cambios provocados por los factores liberalizadores, las transformaciones en los mecanismos de regulación, la mayor competitividad y las nuevas formas de tecnología de la información y la comunicación. Todos estos aspectos demandan un nuevo modelo capaz de garantizar la competitividad y eficiencia de las empresas que operan en este sector, habida cuenta del enorme reto de este escenario para los trabajadores, los empleadores y la sociedad en su conjunto.

En efecto, el contexto general de grandes cambios se debe principalmente a la mayor presión regulatoria, las crecientes expectativas de los clientes, los procesos cada vez más digitalizados y un aumento más rápido en las ofertas digitales. Estos cambios suponen un importante cambio cualitativo dentro de los grupos mediante la mejora de los vínculos entre departamentos, la digitalización, la agilidad, la redefinición de las experiencias de los clientes, la gestión y protección de datos, la convergencia de las tecnologías de la información y conexiones con las empresas *fintech* o de tecnologías financieras. Los principales ejes de la estrategia de recursos humanos contribuyen a alcanzar esta ambición, teniendo un mejor conocimiento de los empleados y pudiendo ofrecerles

²¹ DA COSTA, I. y REHFELDT, U.: “Transnational Company Agreements on restructuring at EU level”, en AA.VV.: (LEONARDI, S., Dir.): *Transnational Company Agreements: A stepping stone towards a real internationalization of industrial relations*, Roma (Ediesse), 2012, pp. 85-104.

²² Acuerdo Marco Global de Daimler disponible en: <https://www.industriall-union.org/sites/default/files/uploads/documents/GFAs/Daimler/2021/english.pdf>

²³ Acuerdo Marco Internacional de EADS, disponible en: <https://www.industriall-union.org/sites/default/files/uploads/documents/GFAs/EADS/eads-gfa-spanish.pdf>

²⁴ Acuerdo Marco Global de ENI, disponible en: https://www.industriall-union.org/sites/default/files/uploads/documents/2016/global_framework_agreement_eni_es.pdf

²⁵ Acuerdo Marco Global de GDF Suez, disponible en: <https://www.industriall-union.org/sites/default/files/uploads/documents/GFAs/GDF-Suez/gdf-gfa-spanish.pdf>

sugerencias más personalizadas a través de la mejora de las bases de datos de competencias conductuales y técnicas y de los datos de los empleados, sin dejar de ser ejemplares en el ámbito de la protección de datos personales. Anticiparse al cambio y adaptarse constantemente al panorama económico, normativo y competitivo, a las nuevas tecnologías y a la satisfacción de los clientes es un factor clave en el rendimiento financiero y, como tal, es el mayor impulsor del desarrollo de los empleados y en la salvaguarda de sus puestos de trabajo.

Las innovaciones productivas han constituido un elemento cada vez más influyente al enriquecer la perspectiva con variantes parcialmente distintas a cuyo tenor destaca la necesidad de una constante mejora en la productividad para la supervivencia y desarrollo de la empresa, cuya consecución requiere el diseño de los productos, las materias primas, las compras, la instalación de máquinas y procesos más eficaces y la revisión de la organización del trabajo. Promover la innovación es una vía abierta a las empresas y las *start up*, creando las condiciones para establecer relaciones de asociación ganador-ganador (*win-win*) con el ecosistema que lo rodea²⁶. La razón de la prosperidad de una entidad viene dada por sólidos fundamentos de experiencia y capacidad tecnológica, calidad y fiabilidad²⁷. Las oportunidades de desarrollo del negocio inherentes a los rápidos cambios paulatinos de las tecnologías son capaces de sospedar el cambio progresivo de cómo se vive y se trabaja, bajo la influencia del desarrollo técnico-digital; considerando la reinención también mediante la adopción de nuevas herramientas tecnológicas y organizativas.

Deviene necesario acometer las transformaciones tecnológicas, organizativas y de producción para adaptar los grupos al entorno en un esfuerzo de anticipación y acompañamiento. En este marco, resulta esencial mantener un diálogo con los representantes del personal e informarles sobre cuestiones estratégicas, económicas y sociales, así como de las consecuencias derivadas de dichos cambios²⁸. En este sentido, procederá darles noticia sobre todas las modificaciones organizativas que llevan asociados efectos para el empleo, permitiéndoles participar al máximo nivel posible en las novaciones previstas, con la finalidad de facilitar la transición de los afectados. Los cambios financieros, económicos y tecnológicos son de tal calado que los grupos han de adaptarse para seguir siendo competitivos, innovadores y reactivos. El modelo de negocio que gira en torno a la descentralización ofrece un enfoque que permite un acomodamiento rápido a los cambios. La empresa debe poder continuar siendo competitiva en ambientes cada vez menos previsibles.

²⁶ Acuerdo Marco Global de EDF, disponible en: <https://www.industrialunion.org/edf>

²⁷ Acuerdo Marco Global de Siemens, disponible en: https://www.industrialunion.org/sites/default/files/uploads/documents/GFAs/Siemens/ilo_vereinbarung_englisch_11062012_fin_al_20140407.pdf

²⁸ Acuerdo Marco Global de Total, disponible en: https://www.industrialunion.org/sites/default/files/uploads/documents/GFAs/Total/es_ilo_corporate_social_responsibility_-_acuerdo_mundial_de_total_-_22_de_enero_de_2015_.pdf

Por su parte, el sector del automóvil está experimentando un proceso de transformación importante, en el cual la digitalización, la conectividad y los vehículos autónomos y eléctricos constituyen elementos centrales. Construir el mundo del trabajo bajo estas circunstancias es un reto colectivo, por cuanto estos importantes cambios afectan al diseño y la comercialización de vehículos y servicios relacionados. Algunos oficios podrían desaparecer, aparecer o reaparecer. Preciso será confirmar los compromisos de responsabilidad social y empresarial y, en particular, el de crear las condiciones para que los empleados puedan identificar y adquirir las competencias indispensables para el desarrollo del trabajo y la empleabilidad.

La gestión dinámica y anticipada de las competencias, si vinculada al diálogo sobre los próximos cambios, resulta ser uno de los principales retos en orden a garantizar que todo el mundo esté al tanto de su desarrollo profesional. Ello conlleva la voluntad de implicar a los sindicatos representativos y/o representantes de los trabajadores en las preparaciones de estas transformaciones. En concreto, cuantas afectan de manera significativa a los puestos de los empleados, los cuales podrán ser objeto de discusiones preliminares e incluso de procedimientos de información y consulta. Asimismo, en sistema de gestión colaborativo se ha de acompañar la transición ofreciendo a los empleados un mayor desarrollo dentro de la organización, apoyada sobre una gestión ágil y colaborativa, equipos para la formación, incremento de la autonomía y más oportunidades para aprovechar la iniciativa²⁹.

En paralelo a la perspectiva reseñada, encaminada a remarcar la íntima conexión entre las nuevas tecnologías y la posición en el mercado de las entidades como fundamento de la decisión de responsabilidad social consensuada, discurre una táctica, bajo la cual los grupos empresariales se han adaptado a la cultura de cada país para trabajar mano a mano con las poblaciones locales en el fortalecimiento de los lazos sociales y comunitarios, especialmente en las iniciativas de salud y educación en el extranjero. Es más, proporcionan recursos para construir y equipar infraestructuras educativas y sanitarias. Siempre y cuando sea oportuno, ofrecen herramientas digitales para acelerar el desarrollo social y económico. En sus relaciones con la sociedad, y con los Estados en particular, el sistema ha de contribuir definitivamente al desarrollo económico, tecnológico, medioambiental, social, político y cultural de los países en los que opera.

Una perspectiva incardinada a cuestiones sociales, pero que encubre el fenómeno denominado como “paradoja de la productividad” a resultas del crecimiento de las mejoras tecnológicas, mientras los salarios y las condiciones de vida dejan de hacerlo en igual proporción. En los años setenta la tecnología comenzó a beneficiar a la economía agregada haciendo quebrar la distribución de beneficios, en tanto los avances dejan de acompañar en la misma medida el incremento de la productividad a finales de los ochenta

²⁹ Acuerdo Marco Global de Renault, disponible en: <https://www.industriall-union.org/industriall-signs-gfa-with-the-renault-group>

y principios de los noventa. Tal incongruencia, desmentida entonces por la doctrina³⁰, reaparece en los últimos tiempos, ya sea por una incorrecta medición estadística de las aportaciones a la productividad provenientes del desarrollo tecnológico, ya por el lapso temporal transcurrido antes de que los actores económicos perciban todo el potencial de sus efectos transformadores o por un reparto indebido de la tecnología puntera entre un número suficiente de empresas³¹.

Ninguna duda cabe acerca de que, la divergencia entre los beneficios de las grandes empresas tecnológicas, frente a las de menor dimensión, explica la aparición de “superestrellas”, lo cual restringe la potencialidad de la tecnología. Los compromisos recogidos por los AMG tratan de revertir la acumulación de la innovación tecnológica en sedes concretas de las empresas multinacionales. Así, un ejemplo de tales intenciones viene dado por el grupo reconocido como productor tecnológico con un alto nivel de experiencia en materiales cuyo futuro depende en gran medida de la capacidad innovadora de su plantilla para mantener la competitividad a escala internacional y el éxito en una economía global. Para logra este propósito, es necesario consolidar o seguir ampliando posiciones estratégicamente importantes en la competencia internacional, más concretamente en las regiones del mundo en expansión³². Asegurar y desarrollar la capacidad de innovar y permanecer competitivo es, en definitiva, el requisito indispensable y decisivo a fin de garantizar la viabilidad a largo plazo del grupo y de sus trabajadores.

3. La Carta Social Europea revisada del Consejo de Europa

La Carta Social Europea 1961-1996 está incardinada en la tradición contemporánea del constitucionalismo de Derecho Social y situada en la sistémica dualista del garantismo vertical del Estado mediante los derechos sociales de desmercantilización relativa del trabajo y del constitucionalismo horizontal de Derecho Privado y Social, con una nítida proyección en las relaciones entre particulares³³. La atribución de poderes en el espacio de la autonomía privada requiere límites legislativos atentos a la posición asimétrica en las relaciones laborales. La subordinación determina una sujeción al círculo organizativo y disciplinario del empleador, situando a la persona trabajadora en una posición de especial vulnerabilidad. Esta desigualdad ha exigido el reconocimiento y garantía de la representación de los trabajadores a través de los sindicatos y otros órganos, buscando un equilibrio de poder en el sistema de relaciones laborales. Los sindicatos ostentan las prerrogativas para desempeñar su papel en la sociedad y un contrapoder en el seno mismo de las relaciones laborales, en tanto ningún poder privado puede configurarse como

³⁰ CRAFTS, N.: “The contribution of new technology to economic growth: Lessons from Economic History”, *Revista de Historia Económica*, Vol. 28, núm. 3, 2010, pp. 422-423.

³¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y GÓMEZ GARCÍA, F.X.: *Nuevas tecnologías en los Acuerdos Marco Globales*, cit., p. 26.

³² Acuerdo Marco Internacional de ThyssenKrupp, disponible en: https://www.industrialunion.org/sites/default/files/uploads/documents/GFAs/ThyssenKrupp/international_framework_agreement_es.pdf

³³ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid (Consejo Económico y Social de España), 1996, pp. 27, 45 y 159.

absoluto, ilimitado e incondicional. El Derecho del Trabajo ha tratado de limitar el poder de los empleadores, restringiendo la subordinación y disponiendo instrumentos de naturaleza colectiva y sindical, e introducir un principio de legitimación de los poderes jurídicamente definidos al delimitar y acotar su alcance. Con todo, las relaciones laborales no se configuran como jurídico-públicas, pues la intervención administrativa obedece a los valores constitucionales como reflejo de la coexistencia de elementos de “status” y contrato, de un lado, y el reconocimiento de la autonomía colectiva, la libertad sindical y el derecho de huelga, de otro³⁴.

Desde la creación del Consejo de Europa el 5 de mayo de 1949, los fines pretendidos consisten en favorecer el progreso económico y social, así como la salvaguarda de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La democracia constitucional se vincula con un modelo de construcción europea social enmarcada en la creación de las condiciones de un orden político y jurídico post-bobbesiano.

La incoherencia suscitada por el distinto tratamiento otorgado a los derechos fundamentales por el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (4 de noviembre de 1950, en Roma) y la promulgación del Tratado que constituye la primera versión de la Carta Social Europea (18 de octubre de 1961, Turín), se debía a una cierta inmadurez jurídica respecto al sentido intrínseco de la unidad entre las diferentes generaciones de derechos. Esa cohesión ya aparece en el texto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, positivizada a través de los Pactos de Derecho Civiles y Políticos y Derechos económicos, sociales y culturales, con rango de tratados, promulgados el 19 de diciembre de 1966. El nuevo orden se rige por los principios de indivisibilidad e interdependencia propios del sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales como principio cuya idea matriz radica en que los derechos forman un bloque unitario y no cabe situarlos en una estricta relación jerárquica, en tanto se necesitan mutuamente para garantizar su efectividad jurídica social.

La Carta Social Europea contiene la declaración de derechos sociales más completa en comparación a otros instrumentos supranacionales, como la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵. Está conformada por la Carta Social Europea, en su versión originaria, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, que entró en vigor el 26 de febrero de 1965; el Protocolo Adicional adoptado en Estrasburgo, de 5 de mayo de 1988; el Protocolo de Enmienda, de 21 de octubre de 1991 también suscrito en Turín; el Protocolo Adicional que establece un sistema de reclamaciones colectivas, signado el 9 de noviembre de 1995 en Estrasburgo; y la Carta Social Europea en su versión revisada, adoptada el 3 de mayo de 1996 en Estrasburgo. Configurado como un tratado

³⁴ MONEREO PÉREZ, J. L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid (Trotta), 1999, pp. 191 y ss.

³⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018, p. 43.

internacional, supone un complemento imprescindible del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en la protección de estos derechos, pues estos no se pueden compartimentar en derechos civiles y políticos, como primer bloque, y derechos sociales y económicos, en un segundo bloque.

El Tribunal Europeo de Derechos humanos da muestra de su interpretación conjunta al analizar aspectos relativos a la protección frente al despido, reconocida en el art. 24 de la Carta Social Europea revisada, desde el derecho del art. 6 CEDH a un proceso justo y sin dilaciones indebidas³⁶.

La ratificación de la Carta Social Europea en su versión revisada (en España el 11 de junio de 2021, con entrada en vigor el 1 de julio de 2021) requiere introducir en las legislaciones nacionales ocho derechos sociales no contemplados por la versión primigenia, incluida la tutela frente al despido sin causa suficiente y el derecho a la información y consulta en supuestos de despidos colectivos. Las reformas en materia de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Derecho de la Protección Social han de cumplir con los derechos y libertades de contenido social establecidos en este instrumento. En efecto, ello abre un escenario inédito para los derechos sociales³⁷, vigorizado con la labor del Comité Europeo de Derechos Sociales mediante el sistema de informes y las decisiones en los procedimientos de reclamaciones colectivas³⁸.

Frente a las medidas restrictivas provocadas por la crisis económica y financiera global de 2008, la doctrina del CEDS ha resultado más operativa que la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando sus pronunciamientos acaban en la inadmisibilidad, o la del Tribunal de Justicia al hacer lo propio con la declaración de incompetencia en ese ámbito. En la más reciente crisis causada por la pandemia de desde 2020, ha establecido criterios jurisprudenciales de proyección general para salvaguardar los derechos sociales en los ordenamientos internos de los Estados, frente a resoluciones de alcance más limitado del TEDH o posibles decisiones del TJUE que acometen indirectamente, con sesgo más económico aunque con repercusión social, la emergencia sanitaria³⁹.

Las garantías frente a los despidos injustos o arbitrarios se insertan en el sistema integrado de protección multinivel consagrado en la normativa internacional (*ex art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Convenio núm. 158 de la OIT*⁴⁰). El

³⁶ PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Albacete (Bomarzo), 2023, p. 107.

³⁷ SALCEDO BELTRÁN, C.: “La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 91, 2022, p. 1.

³⁸ SALCEDO BELTRÁN, C.: “La supervisión de la Carta Social Europea mediante el sistema de informes: su idoneidad para la determinación de un estándar común de protección de los derechos sociales”, en AA.VV. (HOLGADO GONZÁLEZ, M. y PÉREZ ALBERDI, M.R., Dirs.): *Descentralización, poder y derechos sociales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021, p. 246.

³⁹ JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 460, 2021, p. 67.

⁴⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado”, en AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. Dirs. y Coords.): *La Europa de los derechos*.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en su art. 6 el derecho al empleo, y en el art. 7 el derecho al desarrollo de la prestación de servicios según unas condiciones de trabajo equitativas, satisfactorias y saludables; si bien, no recoge ni siquiera en términos generales, la tutela frente al despido injustificado. En la misma línea, la Carta Social Europea en su primera versión tan solo hace referencia en su art. 4.4 al derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo, que deviene inaplicable cuando se trate de despido a causa de una infracción grave, así como la protección frente al despido de trabajadoras durante su baja por maternidad o cuando el periodo de preaviso expire durante esa ausencia, en virtud del art. 8⁴¹. Al margen de estos supuestos, nada dispone en relación a la protección frente al despido injustificado, ya sea respecto a la readmisión o una indemnización adecuada. Por el contrario, la Carta Social Europea revisada sí incluye la protección frente al despido injustificado a lo largo de su articulado, con base en el Convenio núm. 158 OIT.

La ponderación de intereses de los trabajadores (mantenimiento en el empleo) y la parte empresarial (optimizar el rendimiento) busca lograr el debido equilibrio entre los aspectos sociales y los económicos, en tanto las garantías deben estar alineadas con el estándar del trabajo decente. Específicamente, el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores en caso de despido requiere reconocer el derecho a no ser despedidos sin razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o fundadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; el derecho de los despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada (art. 24). A tal fin, el trabajador despedido sin una razón válida tiene derecho a recurrir ante un organismo imparcial. Esta técnica normativa configura la tutela en caso de despido como un derecho social fundamental, al imponer obligaciones jurídicas positivas de actuación a los Estados.

Las garantías divididas en tres ejes principales (causal, monetaria y procesal) permiten a los trabajadores despedidos injustificadamente recurrir por vía judicial o extrajudicial dada la plena exigibilidad jurídica. En este sentido, la Carta fija un contenido sustancial dotado de efectividad, sin perjuicio de la posibilidad conferida a los ordenamientos nacional de mejorarlo o complementarlo con otras referencias normativas. Así, el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, supone adoptar las medidas apropiadas para asegurar la protección contra el despido, en general, y garantizar que las responsabilidades familiares no puedan constituir, por sí mismas, una razón válida para la extinción.

En primer lugar, la referencia a una “razón válida” en el despido aparece ligada al principio de estabilidad en el empleo, traducido en un refuerzo a la conservación del puesto de trabajo, la preferencia por la contratación indefinida y la existencia de un

Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Granada (Comares), 2012, pp. 695 y ss.

⁴¹ MUROS POLO, A.: “El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable”, Tesis doctoral, Granada (Universidad de Granada), 2023, p. 78.

motivo de suficiente entidad para proceder a extinguir las relaciones laborales. El despido justificado en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio alude a razones económicas, siendo competentes los Tribunales para revisar los hechos subyacentes a la decisión empresarial de tal naturaleza y no solo sobre cuestiones de Derecho.

El Anexo, en clara consonancia con el Convenio núm. 158 de la OIT, no considera motivos válidos para el despido la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera del horario de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante el horario de trabajo; el hecho de presentarse como candidato a representante de los trabajadores, o de actuar o haber actuado en esa calidad; la presentación de una demanda o la participación en un procedimiento contra un empleador por supuesta infracción de las leyes o reglamentos, o la presentación de un recurso ante las autoridades administrativas competentes; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, la opinión política, la ascendencia nacional o el origen social; el permiso de maternidad o de paternidad; o, en fin, la ausencia temporal del trabajo debido a enfermedad o lesión.

La segunda garantía tampoco difiere sustancialmente de los conceptos jurídicos indeterminados empleados por el Convenio, cuando reconoce la “indemnización adecuada” o “reparación apropiada” ante un despido sin causa. Se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos internos, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales.

La obligación de determinar el importe mediante las fuentes jurídicas habituales en Derecho del Trabajo encuentra su fundamento en la seguridad jurídica y la prohibición de arbitrariedad empresarial. Otra cuestión es si la indemnización o reparación fijada por la normativa de los países miembro es adecuada o apropiada.

El límite superior de la indemnización puede dar lugar a situaciones en las cuales la cuantía concedida no es proporcional a la pérdida sufrida, especialmente cuando la norma no dispone de otras vías alternativas para proporcionar una reparación adecuada o no prevé la opción por la readmisión en el puesto de trabajo ante un despido injustificado. Una normativa donde prima la tutela resarcitoria frente a la tutela real sigue la estela emprendida por algunos Estados tras la crisis de 2008-2009 al minorar la protección ante el despido. En la práctica jurídica prevalece el modelo de readmisión intercambiable por dinero —la no readmisión del trabajador a cambio de asumir el coste económico de despedir; en la praxis, la denominada estabilidad obligacional— sobre el modelo de la readmisión obligatoria para todo despido sin causa y sin forma —la llamada estabilidad real—⁴². Ahora bien, no es posible afirmar la inseguridad jurídica en la gestión final de las relaciones laborales.

⁴² ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada (Comares), 2020, p. 5.

Hasta el año 2017, en Francia, el sistema de cuantificación de las indemnizaciones por despido injustificado lo determinaba el juez, según el art. L1235-3 del Código del Trabajo, limitado con un tope mínimo, sin que este país haya sufrido la inseguridad jurídica denunciada. Los compromisos derivados del Informe de la Secretaría de Estado de Justicia de 17 de diciembre de 2020, incluido en la ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas, vinieron a establecer el carácter jurídicamente vinculante de la Carta Social Europea y el obligado cumplimiento de las decisiones del Comité de Expertos.

En paralelo, la ratificación de la Carta en España implica la aceptación de una supervisión de las obligaciones contraídas en el tratado. Resultan desacertados cuantos análisis han determinado que la normativa española carece de un problema en su adecuación internacional. Una interpretación literal de las disposiciones omite de manera sesgada el examen realizado por los órganos de supervisión de los tratados internacionales.

El Comité de la OIT se ha pronunciado en el informe de 16 de febrero de 2022, reclamación Confédération Générale du Travail (CGT) y Confédération Générale du Travail -Force Ouvrière (CGT-FO) contra Francia, y en varias ocasiones, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha resultado reclamaciones colectivas en la decisión sobre la admisibilidad y el fondo de 8 de septiembre de 2016, Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, reclamación colectiva núm. 106/2014; decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2019; Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) contra Italia, reclamación colectiva núm. 158/2017; decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2022, Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) y Confédération Générale du Travail (CGT) contra Francia, reclamaciones colectivas núm. 160/2018 y núm. 171/2018 y la Decisión sobre el fondo de 5 de julio de 2022, Syndicat CFDT de la Métallurgie de la Meuse contra Francia, reclamación colectiva núm. 175/2019.

El primero entendió que la compatibilidad con el Convenio núm. 158 depende de si está garantizada una protección suficiente a las personas injustamente despedidas y el abono, en todos los casos, de una indemnización adecuada. Por su parte, el CEDS, al resolver las controversias suscitadas en los países referenciados, indicaba que las indemnizaciones en función de un baremo no resultan adecuadas, apropiadas ni disuasorias.

El CEDS en su labor interpretativa del art. 24 de la Carta Social Europea revisada entiende adecuada aquella indemnización que permite el reembolso de las pérdidas económicas sufridas desde la fecha del despido y la eventual decisión del Tribunal u órgano competente en relación con la legalidad del despido. Igualmente, cabe la posibilidad de articular el reingreso y/o una indemnización por cuantía suficiente para disuadir al empresario y reparar el daño al trabajador⁴³. Cualquier límite máximo a la indemnización que pueda impedir que ésta sea proporcional al perjuicio sufrido y suficientemente

⁴³ Conclusiones 2016, Macedonia, Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales contra Finlandia, decisión sobre el fondo de 8 de septiembre de 2016, disponible en: <https://hudoc.esc.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22escpublicationdate%20descending%22%5D,%22escdcidentifier%22:%5B%222016/def/MKD/24/EN%22%5D%7D>

disuasoria es, en principio, contraria a la Carta⁴⁴. Si existe un tope en la indemnización por daños patrimoniales, el perjudicado debe poder reclamar el resarcimiento por daños inmateriales a través de otras vías (por ejemplo, la legislación contra la discriminación), y los Tribunales competentes deben decidir en un plazo razonable si conceden otro importe por daños materiales e inmateriales⁴⁵.

Esta doctrina ha sido aplicada en respuesta a las reclamaciones colectivas presentadas frente al sistema indemnizatorio tasado en países como Finlandia, Italia o Francia, semejante al modelo español y, a sus resultados, declara contrarios al art. 24 de la Carta dicho límite⁴⁶. Ciertamente, el precepto no hace referencia expresa a la restitución, pero resulta ser un mecanismo apropiado para compensar o facilitar una reparación adecuada. Corresponde al CEDS, de forma exclusiva, la responsabilidad de evaluar la conformidad o no, así como la posible vulneración de las disposiciones de la Carta.

En cuanto al procedimiento de despido colectivo hace, ante la ausencia de referencias en la Carta primigenia, el Protocolo Adicional de Estrasburgo de 1988 introdujo un derecho a la información y consulta. En particular, reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho a ser consultados a su debido tiempo acerca de las decisiones previstas que puedan afectar sustancialmente a los intereses de los trabajadores y, en particular, acerca de las que puedan tener consecuencias importantes sobre la situación del empleo en la empresa. La versión revisada recoge el guante al estipular el compromiso de las Partes de garantizar que los empleadores informen y consulten oportunamente a los representantes, antes de los despidos colectivos, sobre las posibilidades de evitar las extinciones o de limitar su número y mitigar sus consecuencias; por ejemplo, recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados.

El Anexo define a los representantes de los trabajadores como personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacional, de conformidad con el Convenio núm. 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores de 1971. Cuando los empresarios apliquen procedimientos de información y consulta previos a los despidos colectivos, los trabajadores deben estar representados por personas que actúen en nombre de todos los empleados en el lugar de trabajo. Estos pueden ser organismos que operen en la empresa (por ejemplo, sindicatos o comités de empresa) o representantes *ad hoc* designados para participar en el proceso⁴⁷.

⁴⁴ Conclusiones 2012, Eslovenia; disponible en [https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22escpublicationdate%20descending%22\],\[%22escdidentifier%22:\[%222012/def/SVN/24/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22escpublicationdate%20descending%22],[%22escdidentifier%22:[%222012/def/SVN/24/EN%22]})

⁴⁵ CONSEJO DE EUROPA: Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, junio de 2022, disponible en: <https://rm.coe.int/digest-ecsr-prems-106522-web-en/1680a95dbd>

⁴⁶ PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pp. 69 y 70.

⁴⁷ Conclusiones 2014, declaración de interpretación del art. 29, disponible en [https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22escpublicationdate%20descending%22\],\[%22escdidentifier%22:\[%222014_163_01/Ob/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22escpublicationdate%20descending%22],[%22escdidentifier%22:[%222014_163_01/Ob/EN%22]})

El procedimiento de consulta debe tener lugar con tiempo suficiente antes de efectuar el despido, de tal modo que los empleadores están obligados a proporcionar la información sobre las terminaciones previstas con suficiente antelación para que los representantes de los trabajadores se puedan familiarizar con los aspectos clave. Los representantes han de recibir toda la información pertinente para presentar propuestas adecuadas en aras de respetar los principios de integridad y eficacia del inherentes al proceso de consultas. Esta información debe incluir, en particular, los motivos de los despidos propuestos, los criterios para determinar qué trabajadores serán despedidos, el orden y el calendario a seguir, la cuantía de las prestaciones en metálico u otras formas de compensación, así como el alcance y contenido de las medidas sociales previstas para paliar las consecuencias del proceso.

El art. 29 está orientado, por un lado, a garantizar que los trabajadores sean conscientes de las razones y la magnitud de los despidos proyectados y, por otro, a asegurar que la situación de los empleados se tenga en cuenta cuando en la planificación del despido colectivo. No establece una mera obligación de informar unilateralmente, sino que implica la puesta en marcha un proceso, esto es, la existencia de un diálogo suficiente entre el empresario y los representantes de los trabajadores, aun cuando no es necesario llegar a un acuerdo⁴⁸. El incumplimiento por parte del empleador de los deberes de información y consulta equivale a una violación del precepto, sin que una simple notificación de los despidos a los trabajadores o a sus representantes pueda entenderse como bastante. Como parte de este proceso, los empresarios han de cooperar con las autoridades administrativas o los organismos públicos responsables de la política de lucha contra el desempleo, notificándoles los despidos colectivos y/o facilitando el reciclaje de los trabajadores afectados⁴⁹. Los ordenamientos deben otorgar la posibilidad de recurrir a procedimientos administrativos o judiciales antes de la materialización de los despidos cuando se incumplen los derechos de información y consultas. El derecho de los trabajadores a impugnar la legalidad de su despido conecta con el art. 24 de la Carta.

4. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: sistema de garantías multinivel

En virtud del art. 3 del Tratado de la Unión Europea, la Unión obrará en favor del desarrollo sostenible de Europa asentado sobre un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social y, para cerrar el círculo, siempre con atención a un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. El TFUE en su art. 145 demanda de los Estado miembros y la Unión el esfuerzo por desarrollar una estrategia

⁴⁸ Conclusiones 2003, Suecia; declaración de interpretación del art. 29, disponible en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22escpublicationdate%20descending%22\],\[%22escdcididentifier%22:\[%222003/def/SWE/29//EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22escpublicationdate%20descending%22],[%22escdcididentifier%22:[%222003/def/SWE/29//EN%22]})

⁴⁹ Conclusiones 2014, Georgia, disponible en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:\[%22escpublicationdate%20descending%22\],\[%22escdcididentifier%22:\[%222014/def/GEO/29/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng#{%22sort%22:[%22escpublicationdate%20descending%22],[%22escdcididentifier%22:[%222014/def/GEO/29/EN%22]})

coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico. Es más, teniendo presentes los derechos sociales fundamentales indicados en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, tendrán como objetivo el fomento del empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo.

La Unión apoyará y completará la acción de los países en el ámbito de la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión. La Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta a los interlocutores sociales y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado. El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si estos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) consagra una serie de valores comunes dentro del debido respeto a las diversas culturas y tradiciones de los Estados miembros. Pasó a ser jurídicamente vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, aun cuando carece de eficacia normativa directa y el criterio subyacente de admitir una tutela diferenciada entre los diversos derechos fundamentales debilita la protección en favor de los derechos sociales.

En el sistema de Tratados se aprecia un tratamiento jurídico diferenciado entre los derechos relativos a las libertades económicas, reforzados en sus garantías, y los derechos sociales, lastrados por las limitadas garantía comunitarias y sujetos al método abierto de coordinación que requiere la colaboración interestatal a fin de promover políticas comunes en materia sociolaboral⁵⁰. El método más flexible busca una aproximación por objetivos, rechazando el método de armonización europea más rígido.

Los países más avanzados disponen de textos constitucionales presididos por un garantismo fuerte en contraposición a la tutela débil conferida en el sistema de los Tratados. La primacía de los derechos y libertades económicas comunitarias respecto a las constituciones sociales en los ordenamientos internos pone de relieve la consideración instrumental de estos últimos al sistema económico comunitario.

El carácter subordinado de la constitución democrático-social en la construcción del proyecto europeo permite comprender las dificultades de judicializar la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La disociación entre los ámbitos de competencias económicas y los propios de las sociales llevan a cuestionar severamente el principio de indivisibilidad e interpenetración de todos los derechos fundamentales, pues ninguno puede ser plenamente tutelado si los demás no lo están.

⁵⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45, 2017, apartado 1.2, versión online.

La Carta establece una garantía de respeto al estándar internacional y europeo de tutela multinivel de los derechos fundamental, al disponer que ninguna de sus disposiciones podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros y en concreto el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones a escala nacional. Este sistema jurídico integrado por una pluralidad de subsistemas diferenciado, pero interrelacionados, confiere varios niveles de protección de los derechos fundamentales. Ello comporta tanto el pluralismo de los textos normativos como la tutela multinivel de organismos de control institucionales y jurisdiccionales, traducido en la praxis en una colaboración mutua. En efecto, el diálogo entre las entidades, y especialmente entre los órganos judiciales (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia y jueces y tribunales nacionales) sirve al objeto de velar por la efectividad de los derechos fundamentales. Dicho diálogo constituye una exigencia ineludible para asegurar unos niveles razonables de contención y, en su caso, composición de los potenciales conflictos que pueden darse en los ámbitos subjetivos y materiales de la tutela, en el espacio europeo, de los derechos fundamentales laborales, en particular, y el de los derechos fundamentales sociales, en general⁵¹.

El tránsito de las meras declaraciones a las garantías de los derechos en Europa se configura a través de textos normativos cardinales acompañados de la efectiva tutela multinivel mediante órganos judiciales y cuasi-jurisdiccionales orientados a proporcionar valoraciones coherentes sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales. La expresión “tutela multinivel” hace referencia al complejo entramado de mecanismos e instituciones de protección de los derechos y libertades fundamentales y a las interrelaciones entre organismos nacionales, europeos e internacionales dedicados a su control, garantía y efectividad⁵². De esta manera, articula distintas esferas de protección más allá de la frontera de un Estado, sin desconocer la diversa eficacia jurídica y especificidad de las medidas de garantía propias de cada nivel.

En el ámbito de despido colectivo, todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales. El art. 30 configura, en la línea marcada por la Carta Social Europea revisada, la tutela ante el despido arbitrario o ilegítimo a escala europea, en íntima conexión con el derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. La libertad profesional, consagrada en el apartado 1 del art. 15, se encuentra reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵³, y está inspirada asimismo en el

⁵¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete (Bomarzo), 2016, p. 92.

⁵² MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, cit., apartado 1.2, versión online.

⁵³ SSTJUE de 14 de mayo de 1974, *Nold*, asunto C-4/73; de 13 de diciembre de 1979, *Hauer*, asunto C-44/79; de 8 de octubre de 1986, *Keller*, asunto C-234/85.

apartado 2 del art. 1 de la Carta Social Europea, así como en el punto 4 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores.

En cualquier caso, deberá garantizarse a los trabajadores o a sus representantes, en los niveles adecuados —centro de trabajo, empresa o grupo de empresas—, la información y consulta con suficiente antelación, en los casos y condiciones previstos en el Derecho Comunitario y en las legislaciones y prácticas nacionales. El acervo de la Unión en este ámbito es importante: arts. 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Directivas 2002/14/CE (marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores), 98/59/CE (despidos colectivos), 2001/23/CE (traspasos de empresas) y 94/45/CE (comités de empresa europeos).

Cuando el empleador efectúe un despido injustificado, el trabajador tiene derecho a la tutela judicial efectiva. El párrafo primero del art. 47, relativo al derecho a un juez imparcial, trae causa en el art. 13 del CEDH, el cual dispone que toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. Ahora bien, en el Derecho de la Unión la protección es más amplia, pues garantiza un derecho a un recurso efectivo ante un juez. El Tribunal de Justicia aquilató este derecho como un principio general del Derecho de la Unión aplicable a los Estados miembros⁵⁴. La inclusión de esta jurisprudencia en la Carta no tenía por objeto modificar el sistema de control jurisdiccional establecido en los Tratados ni, en particular, las normas relativas a la admisibilidad de los recursos interpuestos directamente ante el TJUE. La Convención Europea ha examinado el modelo de control jurisdiccional de la Unión, incluidas las normas relativas a la admisibilidad y ha confirmado dicho sistema, si bien se han modificado determinados aspectos, como establecen los arts. 251 a 281 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y, en particular, el párrafo cuarto del art. 263. Por consiguiente, el art. 47 se aplica respecto de las instituciones de la Unión y de los Estados para todos los derechos salvaguardados por el Derecho Comunitario.

5. La Directiva 98/59/CE como norma por excelencia

La mención a una directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referida a los despidos colectivos aparece, por primera vez, en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974, relativa a un programa de acción social, en respuesta a las crisis del petróleo. En ella hace expresa alusión a las graves amenazas que pudieran pesar sobre el empleo en razón de la situación existente en el momento, si bien afirmaba que, con independencia de tal dato, interesaba el pronunciamiento de la entonces Comunidad sobre los objetivos y las prioridades que debían darse a su acción en el ámbito social durante los siguientes años. Surge, de este modo, la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, sobre la aproximación de las legislaciones de los

⁵⁴ SSTJUE de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, asunto C-222/84; de 15 de octubre de 1987, *Heylens*, asunto C-222/86; de 3 de diciembre de 1992, *Borelli*, asunto C-97/91.

Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, derogada por la vigente Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

La Directiva 75/129/CEE, con mención a la Resolución del Consejo, afirmaba el interés de reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado. La razón radicaba en que a pesar de una evolución convergente, subsistían diferencias entre las disposiciones en vigor en los Estados de la Comunidad, en lo atinente a las modalidades y al procedimiento de los despidos colectivos, así como a las medidas capaces de atenuar las consecuencias de estos despidos para los trabajadores; no en vano, las divergencias podían tener una incidencia directa en el funcionamiento del mercado común. De ahí, la necesidad de promover la aproximación por la vía del progreso, en el sentido del art. 117 del Tratado, más allá de la libertad de circulación de trabajadores y los primeros textos en materia de discriminación por razón de sexo⁵⁵. La protección de los empleados en supuestos de despido colectivo estaba enfocada a atenuar los efectos adversos derivados de tener diferentes legislaciones en términos competitivos, más que para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores y su equiparación⁵⁶.

La Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, modificó la Directiva 75/129/CEE, haciendo mención a determinados párrafos de los puntos 7,17 y 18 de la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores. Así, la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea. Esta mejora lleva consigo igualmente el desarrollo, cuando sea necesario, de ciertos aspectos de la reglamentación laboral, como, por ejemplo, los procedimientos de despido colectivo o los relativos a las quiebras. La información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados. Esta información, consulta y participación deben llevarse a cabo en tiempo hábil y, en particular, con motivo de los procedimientos de despido colectivo.

Esta segunda versión de la norma prosigue considerando como conveniente introducir una serie de modificaciones en la Directiva 75/129/CEE. Con el fin de calcular el número de despidos previsto en la definición de despidos colectivos, procede asimilar a los despidos otras formas de extinción del contrato de trabajo efectuadas por iniciativa del empresario, siempre y cuando los despidos sean como mínimo cinco. La adición del último párrafo al art. 1.1 de la Directiva se mantiene intacto en la Directiva 98/59/CE (al igual que los demás cambios). Asimismo, la norma internacional es de aplicación, en principio, a los despidos colectivos resultantes del cese de actividades del establecimiento

⁵⁵ CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 44, 1997, pp. 28-29.

⁵⁶ MUROS POLO, A.: “El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable”, cit., p. 95.

declarado por una decisión judicial, fielmente traducido en la supresión de la letra d) del apartado 2 de la Directiva 75/129/CEE.

La Directiva 92/56/CEE reformula el art. 2.2, al conceder a los Estados la facultad de disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos debido a la complejidad técnica de los asuntos objeto del periodo de consultas, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales. La finalidad de precisar y completar las disposiciones relativas a las obligaciones del empresario en materia de información y de consulta a los representantes de los trabajadores llevó a una nueva redacción del art. 2 de la Directiva 75/129/CEE. Se introducen en el precepto las expresiones de “tiempo hábil”; “mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos”; “durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil”; “toda la información pertinente”; “proyecto” de despido; “categorías” de trabajadores; “criterios tenidos en cuenta para designar los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones y/o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido”; “el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas de las derivadas de las legislaciones y/o prácticas nacionales”; y, en último término, la concreción del contenido de la comunicación escrita dirigida a la autoridad pública⁵⁷.

El nuevo art. 4 obedece a la necesidad de garantizar que las obligaciones de los empresarios en materia de información, de consulta y de notificación se apliquen con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él. La Directiva 92/56/CEE introduce en el art. 5 bis de la Directiva 75/129/CEE (actualmente art. 6 de la Directiva 98/59/CE) la obligación de los Estados de velar para que los representantes de los trabajadores y/o los propios trabajadores dispongan de procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales en aras de asegurar el cumplimiento de las cautelas frente al despido colectivo.

No obstante, los Estados podrán establecer que, en el caso de un proyecto de despido colectivo producido por el cese de las actividades del establecimiento en virtud de decisión judicial, el empresario solo deba notificarlo por escrito a la autoridad pública competente a petición de esta (nuevo párrafo segundo del art. 3.1 de la Directiva 75/129/CEE). Los ordenamientos nacionales no estarán obligados a aplicar el art. 4 a los despidos colectivos producidos por el cese de las actividades del establecimiento cuando este resulte de una decisión judicial (nuevo apartado 4 del citado precepto). En fin, el art. 5 añade la expresión “o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores”.

La vigente Directiva 98/59/CE conjuga la función social de protección a los trabajadores, con la finalidad económica de evitar las divergencias en la legislación de cara a evitar

⁵⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el derecho español”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, 2018, p. 171.

perjuicios en el funcionamiento del mercado interior. Esta norma no solo pretende reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, sino también, por un lado, garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados y, por otro lado, equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Unión⁵⁸. De este modo, el objetivo principal, alineado con la racionalidad económica, radica en impedir estrategias de *dumping* social consistentes en que las empresas eludan los procedimientos articulados en materia de reajustes de plantilla por ser más exigentes y tuitivos para instalar su proceso productivo en otros países con menor protección.

El legislador europeo intentando alcanzar una igualación de costes/cargas entre los Estados, ha optado por un modelo abierto desde la perspectiva de un mínimo común en el procedimiento empresarial de despidos colectivos mediante el deber de información y el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores y la notificación a la autoridad pública competente, dotada de ciertas competencias de intervención. Esta flexibilidad permite abarcar las distintas políticas legislativas de los países en el desarrollo del instrumento supranacional, siempre desde una perspectiva negociada⁵⁹. Es más, evitar la concurrencia económica en el mercado común requiere fortalecer la lógica participativa y garantista de los derechos de los trabajadores en la regulación de la reestructuración, sobre la base de negociar medidas alternativas o complementarias al despido⁶⁰. La norma no afecta a la facultad de los Estados de aplicar o introducir disposiciones más favorables para los trabajadores.

5.1. El concepto de despido colectivo

Los despidos colectivos contemplados por la Directiva 98/59/CE son los “efectuados por un empresario”, así como las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empleador. En todo caso, el concepto de Derecho de la Unión del art. 1.1. párrafo primero a) de la norma no puede ser definido mediante remisión a las legislaciones de los Estados miembros e incluye cualquier extinción del contrato no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento⁶¹.

La regulación de las causas exigidas para efectuar un despido colectivo es competencia de los Estados miembros, de ahí la naturaleza procedimental (acausal) de la Directiva al limitarse a establecer los deberes/derechos de información y consulta cuando los despidos efectuados por el empresario o por su iniciativa superan unos determinados umbrales en un concreto periodo de tiempo. Distinta es la referencia de la Directiva que entiende por despidos colectivos “los efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no

⁵⁸ STJUE de 13 de mayo de 2015, *Little y otros*, asunto C-182/13.

⁵⁹ LÓPEZ INSUA, B.M.: “El despido colectivo de los trabajadores de edad avanzada”, en AA.VV.: (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. Dirs.): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada (Comares), 2019, pp. 411 y 412.

⁶⁰ NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, en AA.VV.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social), 2021, p. 256.

⁶¹ STJUE de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, asunto C-422/14.

inherentes a la persona de los trabajadores”, en tanto no cabe limitar el concepto a los despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A la hora de determinar el número de despidos producidos, la norma supranacional permite elegir a los Estados entre: a) “Para un periodo de 30 días”, que el número de despidos producidos sea al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente a más de 20 y menos de 100 trabajadores; al menos igual al 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores; o al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo. b) O bien, para un periodo de 90 días, que el número de despidos producidos sea al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados.

En aplicación del precepto, el Tribunal de Justicia declaró el incumplimiento de la Directiva 98/59/CE por Portugal, al limitar el concepto de despido colectivo a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológico o coyuntural, y no haber ampliado la definición a todos los despidos por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores⁶². La Directiva no define expresamente el concepto de “despido”; sin embargo, el citado concepto debe ser objeto de una interpretación uniforme a los fines de la norma. De las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho Comunitario y del principio de igualdad se desprende que el tenor literal de una disposición como la recogida en la Directiva que no contenga remisión expresa alguna al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme, en toda la Comunidad, teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa.

Respecto del concepto de despido colectivo en España, surge la cuestión de si la Directiva impide o se opone a que la norma de traslación nacional en el art. 51.1 del Estatuto de los Trabajadores restrinja el ámbito a determinado tipo de extinciones, correspondientes a causas económicas, técnicas, organizativas o productivas. Parecería que esta reserva constriñe el alcance abierto del concepto de “despido”; más aún, la disposición “comodín” establecida en el quinto párrafo del mismo precepto comprende, asimismo, cualesquiera otras extinciones de contrato producidas por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador afectado, distintos de la finalización de los contratos de trabajo celebrados por un periodo de tiempo limitado o para la realización de una tarea determinada (contratos de duración determinada), siempre y cuando su número sea, al menos, de cinco. El párrafo quinto se asemeja bastante al segundo párrafo del art. 1, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE y parece transponerlo. Esta última disposición regula los “despidos por equiparación” asimilados a los “despidos propiamente dichos”, siendo característico de estos últimos la falta de consentimiento del trabajador. Siempre que el número de despidos por equiparación sea al menos de cinco, estos serán pertinentes a efectos de la Directiva para el cálculo de los umbrales.

⁶² STJUE de 12 de octubre de 2004, *Comisión/Portugal*, asunto C-55/02.

Ahora bien, en lo que atañe a los despidos propiamente dichos, la Directiva no exige un mínimo de cinco de tales despidos antes de considerarlos pertinentes. Según entiende el Abogado General, parece que, al requerir al menos cinco despidos por motivos distintos de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el art. 51 ET, limita indebidamente el alcance del concepto de despido⁶³.

El pronunciamiento del Tribunal de Justicia en la materia difiere de tal apreciación, al matizar que la condición según la cual es preciso que los despidos sean al menos 5 alude, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto⁶⁴. Pero, así como el último párrafo del art. 1.1 de la Directiva se refiere a que los despidos sean al menos 5, el párrafo quinto del art. 51.1 ET parece disponer que sean al menos 5 las extinciones producidas por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador.

Los despidos disciplinarios reconocidos como improcedentes en transacciones judiciales o extrajudiciales, así como despidos objetivos en los cuales se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional, siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas a iniciativa del empresario y se producen además por motivos no inherentes a la persona del trabajador⁶⁵. No deriva de la persona del trabajador un despido fundado en una causa objetiva vinculada al interés empresarial, ni puede imputarse a la conducta personal del empleado un despido disciplinario calificado como improcedente. La transacción no altera la naturaleza del acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial⁶⁶.

5.1.1. Extinciones asimiladas a despidos

El párrafo segundo del art. 1.1 de la Directiva distingue los despidos de las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario a partir de uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores⁶⁷.

Dicha norma no se aplicará a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos tuvieran lugar antes del cumplimiento de su término. Si bien es cierto que la exclusión prevista *ex art. 1.2* se refiere únicamente a los despidos colectivos, esto es, aquellos cuyo número alcanza un determinado umbral, no es posible deducir, *a contrario sensu*, que las extinciones individuales de los contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas no queden excluidas del ámbito de aplicación. No obstante, esta exclusión de las extinciones individuales de los contratos celebrados por una duración o para una tarea determinadas resulta claramente del tenor y del sistema de la Directiva.

⁶³ Conclusiones del Abogado General de 5 de febrero de 2015, *Rabal Cañas*, asunto C-392/13.

⁶⁴ STJUE de 13 de mayo de 2015, *Rabal Cañas*, asunto C-392/13.

⁶⁵ STS (Social) de 4 de abril de 2019 (Rec. 165/2018).

⁶⁶ STS (Social) de 18 de noviembre de 2014 (Rec. 65/2014).

⁶⁷ SSTJUE 21 de septiembre de 2017, *Ciupa*, asunto C-429/16; y 21 de septiembre de 2017, *Socha*, asunto C-149/16.

Así pues, tales contratos no se extinguen a iniciativa del empresario, sino en virtud de las cláusulas que contienen o de la normativa aplicable, cuando llegan a término o se realiza la tarea para la que fueron celebrados. En consecuencia, carecería de sentido llevar a cabo los procedimientos establecidos en los arts. 2 a 4. El objetivo consistente en evitar los despidos o reducir su número y en buscar alternativas para atenuar sus consecuencias no puede alcanzarse en modo alguno en lo que respecta a los despidos resultantes de la extinción de los contratos.

La interpretación consistente en que al utilizar la expresión “despidos colectivos” en el art. 1, apartado 2, letra a), el legislador de la Unión dejó abierta la posibilidad de incluir las extinciones individuales de contrato en el concepto de despidos colectivos que figura en el art. 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), llevaría a un resultado paradójico en virtud del cual los despidos resultantes de la extinción de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, y que acaecieran por la finalización o el cumplimiento de esos contratos, quedarían fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, mientras que, consideradas individualmente, tales extinciones no se verían excluidas.

La inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva 98/59/CE de las extinciones individuales de los contratos celebrados por una duración o para una tarea resultaría útil para llevar a cabo un control de su justificación; pero si bien el objeto de la norma no es tal control, existen, a tal fin, textos específicos que establecen un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores, como el Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

Con todo, la exclusión del cómputo de las extinciones solo se produce cuando las contrataciones temporales no sean fraudulentas o la obra o el servicio determinados hayan terminado realmente. Los contratos de obra vinculados a la duración de una contrata son contratos indefinidos y, por lo tanto, su extinción alegando el término es injustificada y debe computar a los efectos del despido colectivo⁶⁸.

Por lo demás, la Directiva 98/59/CE debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea determinadas han de considerarse incluidos entre los habitualmente empleados en el centro de trabajo. El Derecho de la Unión ha considerado que las personas con contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas y cuyos contratos finalizan regularmente por la llegada del término resolutorio o por la conclusión de la tarea encargada no necesitan ser protegidas de la misma manera que los trabajadores por tiempo indefinido. El primer grupo de personas puede, no obstante, disfrutar de la misma protección concedida a los trabajadores contratados por tiempo indefinido si se encuentran en una situación análoga, esto es, si se pone fin a la relación laboral antes del término fijado en el contrato o de que haya concluido la tarea para la que fueron contratados.

⁶⁸ STS (Social) de 29 de diciembre de 2020 (Rec. 240/2018); y SJS Bilbao (Social), núm. 3, de 4 de enero de 2021 (Demanda 489/2020).

5.1.2. Extinciones derivadas de la movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo o del incumplimiento grave del empresario

El hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de despido utilizado en el art. 1.1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva. De ello resulta que el hecho de que un empresario lleve a cabo, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, una modificación no sustancial de un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador, o una modificación sustancial de un elemento no esencial de dicho contrato por motivos no inherentes a la persona de ese trabajador, no puede calificarse como despido.

En cualquier caso, aun suponiendo que el Tribunal considere que la novación modificativa no queda comprendida en el concepto de despido, la rescisión del contrato de trabajo a consecuencia de la negativa del trabajador a aceptar una modificación de naturaleza retributiva debe tener la consideración de extinción del contrato de trabajo, producida por iniciativa del empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, de tal modo que debe incluirse en el cómputo para obtener el número total de despidos producidos. El empresario debe prever lógicamente que cierto número de trabajadores no aceptará la modificación de sus condiciones de trabajo y, en consecuencia, su contrato quedará rescindido. Esta afirmación plantea la dificultad de abrir un periodo de consultas con base en una previsión del número de trabajadores que pueden decidir extinguir su contrato de trabajo. Si la modificación sustancial es colectiva, habrá de realizar con carácter previo el periodo de consultas (art. 41.4 ET en España), en cumplimiento de los deber de información y consulta, si bien en relación con la modificación y no con las extinciones derivadas de la no aceptación por el trabajador, lógicamente posterior a la finalización del periodo de consultas⁶⁹.

Por consiguiente, la modificación unilateral en perjuicio de los trabajadores, por iniciativa del empresario, de las condiciones de retribución que, en caso de negativa del trabajador a aceptarla, determina la extinción del contrato de trabajo, puede ser calificada como despido y el art. 2 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el empresario está obligado a tramitar las consultas previstas cuando planea llevar a cabo ese tipo de modificación unilateral, siempre que concurran los requisitos establecidos en el art. 1 de dicha Directiva. La jurisprudencia española aplica esta doctrina en supuestos de extinción decididos por el trabajador para evitar la movilidad geográfica⁷⁰.

El Tribunal de Justicia parece considerar, en primer lugar, que la modificación sustancial unilateral en perjuicio del trabajador queda comprendida en el concepto de despido; segundo, si esa modificación no es sustancial, no podrá calificarse de despido en el sentido de la Directiva; en fin, si el órgano judicial del Estado miembro considera que la

⁶⁹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el derecho español”, cit., p. 181.

⁷⁰ STS (Social) de 18 de mayo de 2016 (Rec. 2919/2014).

modificación no está comprendida en el concepto de despido del párrafo primero del art. 1.1 a) de la Directiva 98/59/CE, la rescisión del contrato de trabajo derivada de la negativa del trabajador a aceptar la modificación ha de tener la consideración de extinción del contrato de trabajo producida por iniciativa del empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores. Una modificación del contrato calificada como no sustancial no puede computarse a los efectos de la ratio de afectados, a pesar de que haya sido impugnada y se desconozca su calificación definitiva⁷¹.

5.1.3. El fallecimiento del empresario

El Tribunal de Justicia ha entrado a valorar si la debida interpretación del art. 1, apartado 1, de la Directiva 98/59/CE se opone a una normativa nacional según la cual no se considera despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo de varios trabajadores empleados por una persona física como consecuencia de la muerte de esta⁷². Del tenor literal de la citada Directiva no resulta que tal situación se encuentre comprendida en su ámbito de aplicación, pues todos los términos que figuran en sus disposiciones, concretamente las expresiones “tener la intención de efectuar despidos”, “consultar”, “proporcionar toda la información”, “comunicar por escrito los datos”, “notificar por escrito cualquier proyecto de despido” y “transmitir una copia”, ponen de relieve la necesidad de que exista un empresario.

A mayor abundamiento, del giro “despidos efectuados por un empresario” se desprende que el concepto de despidos colectivos supone, en principio, que el empresario efectúa o, en todo caso, tiene intención de efectuar esos despidos, mientras la expresión “por iniciativa del empresario”, implica una manifestación directa de la voluntad del consistente en una toma de decisión. La situación derivada del fallecimiento del empresario no solo se caracteriza por la falta de intención de llevar a cabo despidos colectivos, sino también por la inexistencia de quien está llamado a cumplir las obligaciones de información y consulta.

El objetivo principal de la Directiva 98/59/CE—lograr que los despidos colectivos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores y de la información a la autoridad pública competente— no se puede conseguir de calificar como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla de una empresa explotada por una persona física debido al cese de sus actividades como consecuencia de la muerte del empresario, por cuanto las consultas no podrían tener lugar y no sería posible evitar o reducir las extinciones de los contratos de trabajo ni atenuar sus consecuencias.

El único destinatario de las obligaciones en materia de información, consulta y notificación es el empresario⁷³, y nacen con anterioridad a su decisión de extinguir los contratos de trabajo⁷⁴. Sin embargo, cuando coinciden la muerte del empresario y la

⁷¹ STS (Social) de 30 de enero de 2023 (Rec. 30/2021).

⁷² STJUE de 10 de diciembre de 2009, *Rodríguez Mayor*, asunto C- 323/08.

⁷³ STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Akavan*, asunto C-44/08.

⁷⁴ STJUE de 27 de enero de 2005, *Junk*, asunto C-188/03.

extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores es materialmente imposible cumplir tales deberes.

La Directiva no armoniza las modalidades del cese definitivo de las actividades de una empresa, sino el procedimiento a seguir para llevar a cabo los despidos colectivos; ni tampoco se propone establecer un mecanismo de compensación económica general a nivel comunitario en caso de pérdida de empleo. En este contexto, es perfectamente válida una normativa nacional que establece indemnizaciones diferentes dependiendo de que los trabajadores hayan perdido su empleo como consecuencia de la muerte del empresario o de un despido colectivo.

5.2. Base jurídica de la información, consulta y participación de los trabajadores

Un grupo de Directivas recoge el derecho de los trabajadores a ser informados de las condiciones aplicables al contrato o a la relación laboral y el derecho a ser informados y consultados sobre despidos colectivos o traspasos de empresas: Directiva 98/59/CE, Directiva 2001/23/CE del Consejo relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, Directiva 2002/14/CE por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea y Directiva (UE) 2019/1152 relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea⁷⁵).

La Comisión llevó a cabo un control de adecuación en 2013, el cual concluyó que las Directivas cumplen globalmente su propósito y sus beneficios son superiores a los costes, aun cuando perduren algunas carencias, sobre todo en cuanto a su aplicación a los trabajadores del sector público, a la gente de mar y a las pymes. Por cuanto hace al sector público, ninguna de las Directivas relativas al derecho de los trabajadores a ser informados y consultados se aplica a las administraciones públicas⁷⁶. El control de aptitud también destacó algunos factores que, en circunstancias específicas, pueden haber contribuido a la reducción de la efectividad de las normas, incluidas la baja incidencia de los órganos representativos, la calidad de su implicación (cómo son consultados, lo cual, en muchos casos, se hace de manera limitada o formal), su influencia estratégica; una

⁷⁵ Un segundo grupo de Directivas abarca los derechos de los trabajadores a ser informados y consultados en situaciones con un componente transnacional (Directiva 94/45/CE del Consejo, modificada por la Directiva 2009/38/CE, sobre la constitución de un comité de empresa europeo; Directiva 2004/25/CE, relativa a las ofertas públicas de adquisición; Directiva (UE) 2017/1132, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades, modificada por la Directiva (UE) 2019/2121). Un tercer grupo aspira a establecer normas confiere derechos parciales de participación en la toma de decisiones (Directiva 2001/86/CE del Consejo por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea; Directiva 2003/72/CE del Consejo por la que se completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea; Directiva (UE) 2019/2121 por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que atañe a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas). El cuarto grupo lo conforman dos acuerdos intersectoriales de los interlocutores sociales, aplicados por la Directiva 97/81/CE del Consejo sobre el trabajo a tiempo parcial y la Directiva 1999/70/CE del Consejo sobre el trabajo de duración determinada, la Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, el Acuerdo Marco sobre la digitalización de 2020, y varias Directivas en materia de salud y seguridad, todas ellas con disposiciones implícitas en materia de información y consulta.

⁷⁶ SSTJUE de 18 de octubre de 2012, *Nolan*, asunto C-583/10; de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10.

sensibilización insuficiente acerca de sus derechos y obligaciones y el cumplimiento y la ejecución de la legislación. A sus resultas, parecen no haberse alcanzado plenamente algunos de los objetivos, en particular, una reducción del número de despidos colectivos, la mejora de la gestión y la anticipación del cambio y la mejora de la adaptabilidad y la empleabilidad de los trabajadores.

Ahora bien, en diciembre de 2015, el Comité de Diálogo Social Sectorial para las Administraciones Centrales firmó un acuerdo sectorial relativo a normas mínimas comunes sobre derechos de información y consulta para los trabajadores de dichas administraciones y solicitó su aplicación mediante una Directiva. El 5 de marzo de 2018, la Comisión informaba a los interlocutores sociales de que no iba a proponer este acuerdo al Consejo para su aplicación. A raíz de una acción judicial incoada por la Federación Sindical Europea de Servicios Públicos, el 24 de octubre de 2019, el Tribunal de Justicia dictaminó que el derecho de iniciativa de la Comisión la facultaba para decidir si los acuerdos de los interlocutores sociales eran o no jurídicamente vinculantes en todos los Estados miembros.

Las empresas y los representantes de los trabajadores han empezado a celebrar convenios colectivos transnacionales, sobre el trasfondo de la creciente dimensión internacional de la organización empresarial y el énfasis cada vez mayor en la responsabilidad social, que incluyen nuevos planteamientos con respecto al diálogo entre la dirección y los trabajadores. Los convenios adoptan diferentes formas y se elaboran conjuntamente para su aplicación en más de un Estado miembro por parte de los representantes de una empresa o un grupo de empresas, por un lado, y una o más organizaciones de trabajadores, por otro. Sin embargo, este tipo de práctica puede suscitar interrogantes jurídicos y políticos en relación con los nexos existentes entre los distintos niveles verticales del diálogo social (internacional, europeo y nacional) y sus ámbitos de aplicación horizontales (intersectorial, sectorial y empresarial). A su vez, pueden surgir discrepancias entre el ámbito transnacional de los convenios acordados y las normas y referencias nacionales, en especial de tomar en consideración los pocos mecanismos de resolución de litigios.

El pilar europeo de derechos sociales establece la prerrogativa de todos los trabajadores de cualquier sector a ser informados o consultados, directamente o a través de sus representantes, sobre asuntos de interés para ellos, en particular sobre la transferencia, reestructuración y fusión de empresas y sobre despidos colectivos. Este pilar va más allá del actual acervo de la Unión, pues resulta aplicable con independencia del número de trabajadores afectados, su ámbito de aplicación material abarca tanto la reestructuración como la fusión de empresas y prevé el derecho de los empleados no solo de recibir información, sino también de ser consultados sobre este tipo de operaciones empresariales, lo cual implica un intercambio de puntos de vista y el establecimiento de un diálogo constante con el empleador. Más allá del derecho de información y consulta, los trabajadores también han de tener derecho a participar en la toma de decisiones de su

empresa relativas a cuestiones como la introducción de nueva tecnología, la modificación de la organización del trabajo, la producción y la planificación económica.

El 13 de diciembre de 2013, la Comisión adoptó un Marco de Calidad de la Unión Europea para la Anticipación del Cambio y la Reestructuración (MCR), que exige definir, aplicar y supervisar determinados principios y buenas prácticas relativas a la anticipación y gestión de las reestructuraciones en las empresas y por parte de las autoridades públicas⁷⁷. En particular, estas últimas deberían facilitar la inversión en capital humano y conducir a la reasignación de recursos humanos hacia actividades con un gran potencial y a empleos de calidad. Una perspectiva más amplia sobre los cambios estructurales no solamente incluye la dimensión del impacto laboral, sino también los efectos industriales y sociales más amplios en las localidades y las regiones en donde se produce.

En varios sectores industriales especialmente afectados por reestructuraciones, como los del automóvil, el acero, la defensa, la industria química, las industrias gráficas y los productos textiles, se ha desarrollado en los últimos años una intensa cooperación entre la Comisión, las autoridades nacionales y regionales y los principales representantes de la industria y de los sindicatos, o en el contexto del diálogo social europeo. Esta cooperación ha dado lugar a unas directrices específicas para los actores pertinentes sobre la mejor manera de abordar el cambio y las reestructuraciones. Cabe destacar que muchas empresas y sectores industriales ya aplican un gran número de buenas prácticas.

En su Resolución de 22 de octubre de 2014, el Parlamento reiteró un llamamiento en favor de un acto jurídico que garantice una adaptación social y económicamente responsable de la industria de la Unión a los cambios, para salvaguardar los derechos de los trabajadores sin hacer recaer una carga reglamentaria excesiva en las empresas, particularmente las pymes. En 2017, la Comisión presentó un informe sobre la aplicación del MCR que tenía en cuenta las conclusiones de un estudio independiente, la experiencia de reestructuraciones y los resultados de la consulta pública sobre el pilar europeo de derechos sociales, que finalizó el 31 de diciembre de 2016, al objeto de evaluar si eran necesarias medidas más contundentes.

El Parlamento, en su Resolución, de 19 de enero de 2017, sobre un pilar europeo de derechos sociales recordó las ventajas de implicar a los trabajadores en la toma de decisiones y la gestión de las empresas para hacer buen uso de las nuevas formas de organización del trabajo y anticipar los cambios económicos, y citó las empresas de economía social, con el ejemplo señero de las cooperativas, como un buen ejemplo de cómo crear empleo de calidad, apoyar la inclusión social y promover una economía participativa.

El 17 de diciembre de 2020, el Parlamento pidió a la Comisión la introducción de una nueva Directiva marco sobre la información, la consulta y la participación de los trabajadores en las formas europeas de sociedad, incluidas las cadenas de subcontratación

⁷⁷ COMISIÓN EUROPEA: Marco de Calidad de la UE para la Anticipación del Cambio y la Reestructuración, Bruselas, 13.12.2013 COM(2013) 882 final.

y las franquicias⁷⁸. En relación a la gobernanza empresarial sostenible, subrayó la necesidad de una mayor participación de los trabajadores en los procesos de toma de decisiones de las empresas, a fin de integrar mejor los objetivos y repercusiones a largo plazo⁷⁹; mientras en 2021, pidió que las Directivas sobre información y consulta se utilizaran para garantizar los derechos de los sindicatos y los representantes de los trabajadores a participar en el establecimiento y la aplicación de estrategias de diligencia debida en sus empresas⁸⁰. En la misma línea, destacó la importancia que reviste la participación de los trabajadores e insistió en que, antes de tomar decisiones de gestión, los representantes de los trabajadores deben tener acceso a la suficiente información, a fin de evaluar las implicaciones de dichas decisiones⁸¹.

Más recientemente, el 2 de febrero de 2023, reiteró su petición de revisión de la Directiva sobre los comités de empresa europeos, al objeto de aclarar los objetivos, definiciones y procedimientos, así como reforzar el derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores, particularmente durante los procesos de reestructuración⁸². El 1 de junio de 2023 pidió analizar todas las reformas laborales y, en particular, las relacionadas con las condiciones de trabajo y con la información y consulta de los trabajadores en los planes nacionales de recuperación y resiliencia de los Estados miembros⁸³. Además, requirió a la Comisión que colaborara con las autoridades nacionales para ayudar a subsanar las posibles deficiencias relacionadas con estas cuestiones. También instó a la Comisión, en el contexto de la evaluación de la Directiva (UE) 2019/2121, a tener en cuenta las buenas prácticas existentes y los resultados de los estudios y evaluaciones relativas a las consecuencias positivas de carácter socioeconómico derivado de la representación de los trabajadores en los órganos corporativos. Tanto la Comisión como los Estados han de adoptar medidas urgentes y decisivas para garantizar que las empresas de la Unión respeten los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores. Habida cuenta del aumento de la digitalización de los entornos de trabajo, destaca la necesidad de contar con información oportuna y significativa, y de consultar a los representantes de los trabajadores, incluidos los sindicatos.

⁷⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre una Europa social fuerte para unas transiciones justas (2020/2084(INI)) (2021/C 445/11).

⁷⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre la gobernanza empresarial sostenible (2020/2137(INI)) (2021/C 445/12).

⁸⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)) (2021/C 474/02).

⁸¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2021, sobre la democracia en el trabajo: un marco europeo para los derechos de participación de los trabajadores y revisión de la Directiva sobre el comité de empresa europeo (2021/2005(INI)) (2022/C 251/10).

⁸² Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2023, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la revisión de la Directiva sobre los comités de empresa europeos (2019/2183(INL)) (2023/C 267/01).

⁸³ Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre el refuerzo del diálogo social (2023/2536(RSP)).

5.3. La interacción de la Directiva con la CDFUE

La Directiva 98/59/CE es anterior en el tiempo a las vigentes versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea, el Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Cabe situar en el art. 30 del CDFUE la protección en caso de despido injustificado y en el art. 16 el reconocimiento a la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de realizar interesantes matizaciones sobre dichos preceptos, la Directiva de referencia y la libertad de establecimiento proclamada en el art. 49 del TFUE⁸⁴.

La Directiva vigente no regula la libertad del empresario de proceder a despidos colectivos (o la falta de ella). Corresponde al Derecho nacional establecer los requisitos materiales en virtud de los cuales puede ponerse fin a las relaciones laborales de forma colectiva⁸⁵.

Ni la Directiva 98/59/CE ni, anteriormente, la Directiva 75/129/CEE afectan a la libertad del empresario de proceder o no a despidos colectivos⁸⁶. Las citadas normas no precisan, en particular, las circunstancias bajo las cuales el empresario debe plantearse realizar despidos colectivos y no afectan de ningún modo a su libertad de decidir si ha de elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento⁸⁷. No obstante, la conclusión sería distinta si la aplicación práctica de un ordenamiento nacional acaba privando de efecto útil a dicha Directiva, lo que ocurriría si quedara excluida toda posibilidad efectiva de que el empresario realizase tales despidos colectivos, en tanto deben, por lo menos, seguir siendo posibles, aunque solo sea a condición de cumplir determinadas exigencias objetivas fijadas, en su caso, por la normativa nacional aplicable.

Por consiguiente, la Directiva no se opone, en principio, a una normativa nacional en virtud de la cual, a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores sobre un proyecto de despido colectivo, un empresario únicamente pueda efectuar dicho despido si la autoridad pública nacional competente a la que debe notificar el proyecto no adopta (en el plazo previsto por dicha normativa y después de examinar el expediente y valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional), una resolución motivada por la que deniegue la autorización para realizar la totalidad o una parte de los despidos programados. Sin embargo, no sucede lo mismo si, atendiendo a los tres criterios de evaluación indicados y al modo concreto en que los aplica, esa autoridad pública bajo el control de los tribunales competentes, tal normativa tiene como consecuencia privar de efecto útil a lo dispuesto en el instrumento supranacional, extremo que corresponde comprobar, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente.

⁸⁴ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *AGET Iraklis*, asunto C-201/15.

⁸⁵ Conclusiones del Abogado General de 9 de junio de 2016, *AGET Iraklis*, asunto C-201/15.

⁸⁶ STJUE de 12 de febrero de 1985, *Dansk Metalarbejderforbund y Specialarbejderforbundet i Danmark*, asunto C-284/83.

⁸⁷ STJUE de 7 de septiembre de 2006, *Agorastoudis y otros*, asuntos acumulados C-187/05 a C-190/05.

Sobre la aplicabilidad del art. 49 TFUE, la libertad de establecimiento entraña la competencia para determinar la naturaleza y el alcance de la actividad económica a realizar en el Estado miembro de acogida, y en especial el tamaño de las instalaciones permanentes y el número de trabajadores necesario para tal fin; reducir posteriormente el volumen de esa actividad e incluso, en su caso, de renunciar a ella y a dicho establecimiento; así como la facultad para decidir si deben elaborarse un proyecto de despido colectivo y en qué momento, en función de factores como el cese o la reducción de la actividad de una empresa, la disminución de la demanda del producto que fabrican o incluso a raíz de una reorganización de la empresa, independientemente de su nivel de actividades. Así, una normativa que puede hacer menos atractivo el acceso al mercado y constituye un obstáculo grave para el ejercicio de la libertad de establecimiento, supone una limitación al ejercicio de la libertad de empresa reconocida en el art. 16 CDFUE, por lo que será preciso examinar la eventual justificación con fundamento en razones imperiosas de interés general y si además es adecuada a la realización del objetivo perseguido y no va más allá de lo necesario⁸⁸.

Los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión y han de ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación de ese ordenamiento supranacional⁸⁹. Pueden introducirse limitaciones al ejercicio de derechos consagrados por ella, siempre y cuando tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás⁹⁰.

En este sentido, los motivos de carácter meramente económico, como el fomento de la economía nacional o su buen funcionamiento, no pueden servir de justificación para obstáculos prohibidos por el Tratado⁹¹. En cambio, entre las razones imperiosas de interés general que el Tribunal de Justicia reconoce, figura la protección de los trabajadores⁹² y el fomento del empleo y de la contratación que, con el objetivo de disminuir el paro, constituye un objetivo legítimo de política social⁹³.

Por tanto, dado que la Unión no solo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la

⁸⁸ SSTJUE de 29 de noviembre de 2011, *National Grid Indus*, asunto C-371/10; y de 23 de febrero de 2016, *Comisión/Hungría*, asunto C-179/14.

⁸⁹ STJUE de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, asunto C-617/10.

⁹⁰ STJUE de 31 de enero de 2013, *McDonagh*, asunto C-12/11.

⁹¹ SSTJUE de 5 de junio de 1997, *SETTG*, asunto C-398/95; de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, asunto C-35/98; y de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal*, asunto C-367/98.

⁹² SSTJUE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96; de 13 de diciembre de 2005, *SEVIC Systems*, asunto C-411/03; y de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union*, asunto C-438/05.

⁹³ SSTJUE de 11 de enero de 2007, *ITC*, asunto C-208/05; de 18 de enero de 2007, *Confédération Générale du Travail y otros*, asunto C-385/05; y de 13 de diciembre de 2012, *Caves Krier Frères*, asunto C-379/11.

libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los cuales figuran el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo (a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso), una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones⁹⁴.

La libertad de empresa no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe ser tomada en consideración en relación con su función en la sociedad, se diferencia de las demás libertades fundamentales consagradas en el Título II de la propia Carta y se asemeja al de determinadas disposiciones del Título IV de la misma y puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general⁹⁵. Con todo, cuando las facultades de intervención de un Estado miembro o de una autoridad pública no quedan sujetas a ninguna condición, a excepción de una referencia a los criterios de “situación de la empresa” y “condiciones del mercado de trabajo” formuladas de manera general, sin precisar las circunstancias específicas y objetivas bajo las cuales ejercerán esas facultades, se produce una vulneración grave de la libertad afectada, que puede conducir a la exclusión de dicha libertad si se trata de decisiones de carácter fundamental en la vida de una empresa, como son los despidos colectivos⁹⁶.

Aun cuando una ley nacional disponga que la facultad de no autorizar el despido colectivo de la que goza la autoridad pública debe ejercerse previo análisis del expediente, teniendo en cuenta la situación de la empresa y las condiciones del mercado de trabajo, y dar lugar a una resolución motivada, ha de considerarse que, a falta de precisiones sobre las circunstancias concretas en las que puede ejercerse esta facultad, los empresarios afectados no saben bajo qué situación concreta y objetiva puede aplicarse, ya que las variantes que permiten ejercerla son potencialmente numerosas, indeterminadas e indeterminables, y dejan a la autoridad en cuestión un amplio margen de apreciación difícilmente controlable. Tales criterios, imprecisos y fundados en condiciones subjetivas y difíciles de domeñar, van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos y no pueden, por ende, satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad. Si bien el ejercicio de dicha facultad de oposición puede someterse al control del juez nacional, esta circunstancia no basta por sí misma para solucionar la incompatibilidad de las normas con los criterios de apreciación mencionados. La posible existencia, en un Estado miembro, de un contexto caracterizado por una crisis económica grave y una tasa de desempleo particularmente elevada no desvirtúa las conclusiones anteriores⁹⁷.

⁹⁴ STJUE de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union*, asunto C-438/05.

⁹⁵ STJUE de 22 de enero de 2013, *Sky Österreich*, asunto C-283/11.

⁹⁶ SSTJUE de 4 de junio de 2002, *Comisión/Francia*, asunto C-483/99; y 26 de marzo de 2009, *Comisión/Italia*, asunto C-326/07.

⁹⁷ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *AGET Iraklis*, asunto C-201/15.

II. La eficacia de la regulación internacional en el Derecho español

El art. 35 CE carece de una referencia directa a la tutela ante el despido injustificado; si bien, de conformidad con la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; antes bien, supone incluir el derecho a un puesto de trabajo y, como tal, presenta un doble aspecto individual y colectivo⁹⁸. El aspecto individual se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación, y en el correlativo a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva implica, además, un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo su negación para otra parte de la misma.

De este modo, la extinción del contrato laboral a voluntad del empleador exige la concurrencia de un motivo justificado, pues la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho y vaciaría al ordenamiento que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho, cuya finalidad no es otra que compensar la desigualdad de las situaciones reales de empresario y trabajador a la hora de establecer las condiciones o el contenido de esa relación sinalagmática⁹⁹. De las facultades conferidas al empresario para gestionar la empresa no puede deducirse ni una absoluta libertad contractual, ni tampoco un principio de libertad *ad nutum* de despido, dada la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE¹⁰⁰.

La tutela contra el despido arbitrario repercute tanto en la regulación de las causas justificativas del despido —arts. 51.1, 52 y 54 ET—, como en el procedimiento necesario para poner en conocimiento del trabajador afectado las circunstancias de la medida adoptada —arts. 51, 53 y 55 ET— en aras de asegurar la tutela judicial efectiva. Ahora bien, el ámbito de las relaciones de trabajo expresadas en el art. 35 CE constituye una esfera cuya configuración se defiende al legislador, llamado a determinar las justas causas de extinción y fijar sus efectos, con la consecuencia de que dentro de dicha articulación legal queda incluida la determinación de las técnicas y alcance de la reacción frente a la extinción del contrato de trabajo¹⁰¹. Tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales, hacen que rija el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma. Uno de los aspectos básicos del derecho al trabajo es la reacción frente a la decisión unilateral del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador, abstracción hecha del procedimiento para ello como factor formal de garantía y de las consecuencias que acarree legalmente, y en especial las económicas. Un sector autorizado de la doctrina venía

⁹⁸ STC 22/1981, de 2 de julio de 1981.

⁹⁹ STC 20/1994, de 27 de enero de 1994.

¹⁰⁰ STC 192/2003, de 27 de octubre de 2003.

¹⁰¹ ATC 43/2014, de 12 de febrero de 2014.

afirmando que el sistema de indemnización legal tasada en los despidos, ahora cuestionado por el Comité de la Carta Social Europea, ofrece previsibilidad, certidumbre y seguridad jurídica con ventajas para los trabajadores, las empresas y el propio sistema judicial y económico, frente a notables desventajas de la indemnización abierta¹⁰².

Por su parte, la doctrina reciente del Tribunal Supremo indica que los Tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que tal efectividad queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes¹⁰³. Antes de proceder a desplazar una ley interna, es preciso determinar si la norma internacional presenta un contenido suficiente para conducir a aquel efecto. El ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que el referente supranacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica¹⁰⁴. En efecto, la jurisprudencia procede a aplicar la Carta Social Europea revisada con una explícita llamada a la contención¹⁰⁵, argumentando que su contenido es muy heterogéneo y no es seguro que posea en su totalidad la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. En cambio, algunos Tribunales han intentado conceder indemnizaciones superiores a la legal en casos de despidos improcedentes a razón de su carácter poco disuasorio¹⁰⁶. La controversia judicial centra su atención en el control de convencionalidad del sistema indemnizatorio del art. 56 ET frente al sistema del art. 24 de la Carta Social Europea revisada.

La complejidad es todavía mayor si se pretende trasladar la polémica indicada al caso de un despido por razones objetivas y determinar si la indemnización tasada marcada por la legislación española cumple o no con los parámetros internacionales reseñados y si la cuantía marcada de veinte días es suficiente y adecuada a fin de reparar los daños causados por la extinción contractual al trabajador, pues en este supuesto la decisión empresarial se encuentra amparada por la concurrencia de un motivo legalmente ordenado a tal fin. En este sentido, ese “factor multiplicador” que sobre el salario y el tiempo de servicios establece la norma española para aumentar la indemnización vinculada a las extinciones injustificadas frente a aquellas otras fundamentadas en causa lícita ha sido considerada recientemente por alguna sentencia como una previsión

¹⁰² LAHERA FORTEZA J.: “Adecuación jurídica internacional y defensa de la indemnización tasada en el despido improcedente”, *Briefs de la AEDTSS*, 5 de junio de 2023, disponible en: <https://www.aedtss.com/adecuacion-juridica-internacional-y-defensa-de-la-indemnizacion-tasada-en-el-despido-improcedente/>

¹⁰³ STS (Social) de 28 de marzo de 2022 (Rec. 471/2020).

¹⁰⁴ STS (Social) de 29 de marzo de 2022 (Rec. 2142/2020).

¹⁰⁵ GOERLICH PESET, J.M.: “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”, *Blog El Foro de Labos*, 11 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de-2022/#:~:text=En%20palabras%20de%20la%20otra,%2C%20evitando%20la%20inseguridad%20jur%C3%ADDica%E2%80%9D>

¹⁰⁶ SJS, núm. 26, Barcelona (Social) de 28 de julio 2020 (Proc. 848/2019).

razonable “en atención a la culpabilidad del empresario” en la decisión de poner fin a la relación laboral¹⁰⁷.

Sin embargo, cuando la decisión se haya adoptado sin concurrir causa, aun cuando se haya alcanzado acuerdo al respecto durante el periodo de consultas realizado durante el procedimiento colectivo, cabría plantearse si el trabajador tendría derecho a recibir una indemnización mayor a la actualmente vigente capaz de atender como conviene su lucro cesante y el daño emergente que tal decisión le causa.

Pues bien, el debate jurídico en torno a la regulación de la indemnización por despido improcedente ha sido avivado recientemente a resultas de la decisión de fondo del CEDS, que resuelve la reclamación colectiva presentada por UGT (núm. 207/2022) contra España, donde denuncia la infracción del precepto supranacional, en tanto el tope contemplado por el ordenamiento no resulta suficiente para cubrir el perjuicio real sufrido ni disuasorio.

El fallo de disconformidad se inserta en el contexto de las Conclusiones correspondientes al año 2023, publicadas el 20 de marzo de 2024, en torno a los artículos de la Carta Social Europea referentes a los niños, la familia y los inmigrantes, habida cuenta de la relación directa con una indemnización inadecuada contra el despido sin causa justificada, en observancia de la doctrina judicial europea (Diego Porrás) que aplica el resarcimiento tasado del despido improcedente al despido nulo de las trabajadoras embarazadas cuando resulta imposible la readmisión. De este modo, dos conclusiones de no conformidad se han emitido en el análisis efectuado del cumplimiento de los arts. 8.2 (derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad) y 27.3 de la CSEr (derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato) que prevén la protección contra el despido. Por consiguiente, para el CEDS, en general, aun cuando se pronuncie sobre el ámbito del art. 8.2, los baremos tasados no permiten incrementar la indemnización a un trabajador en función de las circunstancias concurrentes¹⁰⁸.

Una semana más tarde ve la luz la decisión que resuelve la demanda colectiva (a la espera de conocer exactamente el contenido definitivo), siendo prudente matizar que las resoluciones del CEDS constituyen expresión directa de la CSEr y deben respetarse porque los Estados así lo han asumido libre y soberanamente. Su carácter vinculante es indiscutible en atención a cuanto impone la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 —arts. 26 y 31— y la Constitución Española—arts. 9.1, 10.2 y 96—¹⁰⁹. La decisión, en trámite de ejecución en el Comité de Ministros, ha de ser cumplida por los poderes públicos gubernamental y legislativo a través de la modificación normativa oportuna, así

¹⁰⁷ SSTSJ Madrid 26 mayo 2022 (Rec. 264/2022) y 19 octubre 2023 (Rec. 454/2023).

¹⁰⁸ SALCEDO BELTRÁN, C.: “Conclusiones 2023 del Comité Europeo de Derecho Sociales: los incumplimientos de la Carta Social Europea por parte de España”, *Lex Social*, Vol. 14, núm. 1, 2024, p. 3.

¹⁰⁹ JIMENA QUESADA, L.: “La primera decisión de fondo contra España del comité europeo de derechos sociales: evidentemente vinculante”, *Lex Social*, Vol. 14, núm. 1, 2024, p. 3.

como por el poder judicial¹¹⁰. La Carta alude a obligaciones, nunca a recomendaciones, con independencia de la denominación que reciban las resoluciones del Consejo de Ministros respecto de las decisiones del CEDS, los mandatos de la CSEr o la interpretación adoptada por el Comité¹¹¹. Deviene de todo punto deseable una reforma en aras de superar una regulación con notables deficiencias en la garantía del principio constitucional de causalidad del despido, no en vano la extinción improcedente, lejos de percibirse como un ilícito contractual, se ha normalizado en la gestión de los excesos de plantilla¹¹².

Algunos autores, con precaución, han destacado que los precedentes en Finlandia, Italia y Francia, por cuanto no han modificado su normativa de despido para adecuarla al art. 24 CSEr, no auguran un panorama alentador en España¹¹³. Según este sector de la doctrina, si la mayoría parlamentaria decidiera no acometer esta reforma de despido, la ausencia de sanciones internacionales —como sucede en cuantos Estados han mantenido inalterado su modelo tras las Decisiones del CEDS—, conllevaría la falta de consecuencias para el Estado español¹¹⁴. Alterar la indemnización por despido, recuperar los salarios de tramitación y establecer indemnizaciones adicionales de carácter restaurativo y disuasorio, son temas espinosos y controvertidos en el ordenamiento jurídico interno y no sería descartable que el legislador claudicara en cualquier intento de reforma.

Pese a las dificultades y oposiciones que el hacedor de la norma puede encontrarse en el camino, se comparte la opinión de quien considera que no ha de erigirse como modélico el incumplimiento de las resoluciones del CEDS a la hora de respetar las obligaciones

¹¹⁰ SALCEDO BELTRÁN, C. y JIMENA QUESADA, L.: “El extraño caso de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido improcedente (Dr. Jekyll) y algunas fabulaciones negacionistas que han suscitado (Mr. Hyde)”, *Briefs de la AEDTSS*, 16 de abril de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/el-extrano-caso-de-las-decisiones-del-comite-europeo-de-derechos-sociales-sobre-el-despido-improcedente-dr-jekyll-y-algunas-fabulaciones-negacionistas-que-han-suscitado-mr-hyde/>

¹¹¹ MOLINA NAVARRETE, C.: “¿Y ahora qué?: los salarios de tramitación, condición necesaria, no suficiente, para cumplir con el mandato vinculante del CEDS)”, *Briefs de la AEDTSS*, 17 de abril de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/y-ahora-que-los-salarios-de-tramitacion-condicion-necesaria-no-suficiente-para-cumplir-con-el-mandato-vinculante-del-ceds/>

¹¹² ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Una propuesta para la regulación de la indemnización por despido improcedente”, *Briefs de la AEDTSS*, 8 de abril de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/una-propuesta-para-la-regulacion-de-la-indemnizacion-por-despido-improcedente/>

¹¹³ LAHERA FORTEZA, J.: “Consecuencias jurídicas de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales en la indemnización de despido improcedente”, *Briefs de la AEDTSS*, 11 de abril de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/consecuencias-juridicas-de-la-decision-del-comite-europeo-de-derechos-sociales-en-la-indemnizacion-de-despido-improcedente/> y VIVERO SERRANO, J.B.: “El despido improcedente y el Comité Europeo de Derechos Sociales: las experiencias de Finlandia, Italia y Francia”, *Briefs de la AEDTSS*, 15 de abril de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/el-despido-improcedente-y-el-comite-europeo-de-derechos-sociales-las-experiencias-de-finlandia-italia-y-francia/>

¹¹⁴ LAHERA FORTEZA, J.: “La metodología de análisis jurídico en el debate sobre las decisiones del comité europeo de derechos sociales”, *Briefs de la AEDTSS*, 22 de abril de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/la-metodologia-de-analisis-juridico-en-el-debate-sobre-las-decisiones-del-comite-europeo-de-derechos-sociales/>

jurídicas internacionales sobre derechos humanos, sin olvidar a cuantos Estados sí están alineados con los fallos que han recibido¹¹⁵.

En todo caso, no cabe desconocer que los derechos laborales fundamentales insertos en los Tratados internacionales firmados y ratificados por un Estado resultan de obligado cumplimiento para el mismo, sin posibilidad de justificar su incumplimiento con base en el Derecho interno, según reconoce el art. 27 de la Convención de Viena de 1969. Una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional *ex art. 96 CE*.

Esta superioridad jerárquica también puede extraerse con facilidad del art. 10.2 CE, cuando dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Precepto destinado a configurar un canon hermenéutico de obligada observancia para la interpretación del contenido, alcance y efectividad de los derechos fundamentales reconocidos en los textos internacionales¹¹⁶.

Así, las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

El bautizado como “control de convencionalidad difuso” otorga a los órganos judiciales la competencia de velar por la adecuación de las leyes a los Tratados y Convenios Internacionales¹¹⁷. El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de Derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma pacífica la jurisprudencia, la determinación de la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad le corresponde resolver a los Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE. En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales, así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una

¹¹⁵ SALCEDO BELTRÁN, C. y JIMENA QUESADA, L.: “El extraño caso de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido improcedente (Dr. Jekyll) y algunas fabulaciones negacionistas que han suscitado (Mr. Hyde)”, *Briefs de la AEDTSS*, 16 de abril de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/el-extrano-caso-de-las-decisiones-del-comite-europeo-de-derechos-sociales-sobre-el-despido-improcedente-dr-jekyll-y-algunas-fabulaciones-negacionistas-que-han-suscitado-mr-hyde/>

¹¹⁶ MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2017, p. 205

¹¹⁷ MUROS POLO, A.: “El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable”, cit., p. 128.

disposición internacional. En atención a la prescripción contenida en el art. 96 CE, cualquier juez puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un Tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto.

El análisis de convencionalidad no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional, el cual podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE¹¹⁸.

En suma, controlar el ajuste de la norma interna al Tratado o convenio en virtud del art. 9.3 CE, el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales y el art. 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, no implica un juicio de validez de la misma. La labor de los Tribunales debe atender, a su vez, a la forma en la que los Tratados son interpretados por sus órganos aplicativos, como el CEDS, en las decisiones sobre el fondo o las conclusiones de condena a un Estado¹¹⁹.

1. El principio de interpretación conforme con el Derecho de la Unión

Las deficiencias en la técnica de transposición de la Directiva 98/59/CE en España han llevado a los Tribunales a plantear diversas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia a fin de facilitar la convergencia entre el ordenamiento interno y el comunitario.

El encaje del Derecho de la Unión en el Derecho nacional, tras las discusiones suscitadas en la materia, adquiere una posición infraconstitucional pero suprallegal, dotando de especial relevancia a la normativa con eficacia directa. En consonancia con cuanto dispone el art. 93 CE, mediante Ley Orgánica cabrá autorizar la celebración de Tratados atribuyendo a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía de su cumplimiento y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión. Así, la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de Autorización para la Adhesión de España a las Comunidades Europeas, permite la entrada en la Unión Europea. Mayores controversias presenta el Derecho derivado, como es el caso de la Directiva 98/59/CE, en relación a la garantía del cumplimiento del Derecho de la Unión frente al interno, habida cuenta de que las Directivas no tienen reconocida eficacia directa horizontal entre particulares.

¹¹⁸ STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018.

¹¹⁹ GARCÍA BLASCO, J. y ÁLVAREZ GIMENO, R.: “Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales (artículo C y protocolo de 1991, y artículo C y protocolo de 1995)”, en AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L., Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Albacete (Comares), 2017, p. 982.

La reconstrucción judicial del despido colectivo obedece a la vinculación del efecto útil de las normas europeas y la interpretación conforme, cuya vulneración podría afectar al derecho a la tutela judicial efectiva. Esta exigencia conlleva que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos, hagan todo cuanto sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva y alcanzar una solución adecuada al objetivo perseguido¹²⁰. Este requisito incluye la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de modificar, en caso necesario, su jurisprudencia reiterada si trae causa en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de una Directiva. Por lo tanto, el tribunal nacional no se encuentra imposibilitado para interpretar la norma nacional de conformidad con el Derecho de la Unión por el mero hecho de que, de forma reiterada, haya interpretado esa norma en un sentido que no es compatible con aquel¹²¹. Esta obligación es inherente al régimen del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la medida en la cual permite a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen.

Ciertamente, este principio de interpretación del Derecho nacional tiene determinados límites. Así, el deber del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una Directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional está limitada por los principios generales del Derecho y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional¹²². De no ser posible la interpretación conforme, ni tampoco la aplicación directa de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (si una disposición nacional de transposición es incompatible con el Derecho de la Unión, el art. 27 de la Carta no puede ser invocado en un litigio entre particulares para excluir la aplicación de esa disposición nacional¹²³), la persona afectada podrá solicitar la responsabilidad del Estado por los defectos en la transposición de la norma comunitaria¹²⁴.

Los principios de primacía e interpretación conforme aparecen materializados en el art. 4 bis LOPJ, cuando faculta a los Jueces y Tribunales a aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y velar por su acomodación mediante la técnica de la cuestión prejudicial. Precisamente, acudiendo a la técnica de reenvío prejudicial, los Tribunales, rebelándose contra la jurisprudencia nacional, reclaman un doble cambio del *status quo*: de un lado, en torno a los valores jurídicos dominantes, enfrentando a los imperativos de mercado los imperativos de carácter social; de otro, a través de la llamada de atención sobre la primacía del Derecho Comunitario, reivindicando para la “jurisprudencia menor” (niveles inferiores al Tribunal Supremo en un sistema multinivel transnacional) una posición protagonista frente a la

¹²⁰ STJUE de 5 de octubre de 2004, *Bernhard Pfeiffer y otros*, asunto C-397/01.

¹²¹ STJUE de 6 de noviembre de 2018, *Max-Planck*, asunto C-684/169.

¹²² STJUE de 24 de enero de 2012, *Domínguez*, asunto C-282/10.

¹²³ STJUE de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, asunto C-176/12).

¹²⁴ STJUE de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y Bonifaci*, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90.

“jurisprudencia mayor” (Tribunal Supremo)¹²⁵. Dicha práctica, si bien ha dado lugar en ocasiones a la acomodación del Derecho interno a una interpretación en defensa del efecto útil de la Directiva y la protección de los trabajadores, también ha generado valoraciones del Tribunal de Justicia con técnicas de difícil asimilación, provocando una situación de inseguridad jurídica en el ámbito del despido colectivo, con el consiguiente perjuicio a los derechos de los empleados.

2. Desarrollo histórico del despido colectivo en España

El concepto actual de despido colectivo procede esencialmente de la Directiva 98/59/CE, precedida por la Directiva 75/129/CEE y su modificación por la Directiva 92/56/CEE, entretejida con las correspondientes reformas a nivel interno. La evolución parte de una hipótesis dogmática en la configuración de una institución clásica y trascendental, resultado del juego del elemento causal (causas económicas o causas empresariales) y el numérico-temporal (la vertiente colectiva como suma de extinciones individuales en un periodo concreto)¹²⁶. Aspectos ambos, combinados de manera distinta en cada etapa y dotados de diversa intensidad, hasta el punto de que la pluralidad constitutiva del despido resulta en determinados momentos un elemento jurídicamente irrelevante, aun cuando normalmente no lo sea en la práctica, pues las causas alegadas suelen tener una proyección personal amplia.

El devenir histórico de la ordenación interna comienza con la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, publicada en el núm. 326 de la Gaceta de Madrid un 22 de noviembre, que recoge las causas justificativas de la terminación del contrato de trabajo. Es pronto aún para encontrar referencias a las causas económicas, pero en su art. 89 alude a extinciones por motivos consignadas válidamente en el contrato, dimisión del trabajador, mutuo acuerdo de las partes, muerte o incapacidad del patrono, o extinción de la personalidad contratante, muerte del trabajador, fuerza mayor que imposibilite el trabajo por incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumultos o sediciones y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o que, previsto, no se haya podido evitar y el despido justificado del trabajador por el patrono. Especial interés presenta la fuerza mayor, en tanto algunos autores consideran amparada en esta causa el despido por crisis económica imprevisible o inevitable¹²⁷.

La Ley de Jurados Mixtos (núm. 332 de la Gaceta de Madrid) extiende de forma abierta la fuerza mayor propia del art. 89 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 a la fuerza mayor impropia, identificada con la crisis de empresa y, en general, con los ceses en “interés de empresa”. En su art. 46 determina que el despido de un obrero podrá estar

¹²⁵ MOLINA NAVARRETE, C.: “La cuestión prejudicial y ¿El fin de los tribunales de ‘última palabra’?: Experiencias de tutela del contratante débil”, *La Ley*, núm. 9008, 2017, p. 1.

¹²⁶ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, en AA.VV. (GODINO REYES, M., Dir.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 8.

¹²⁷ GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de producción”, en AA.VV. (GODINO REYES, M., Dir.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, p. 95.

justificado por causas imputables al mismo o por motivos independientes de su voluntad. En el segundo caso (crisis de trabajo, cesación de la industria o profesión, naturaleza eventual o limitada del trabajo etc.), podrá exigir los salarios correspondientes al plazo de preaviso normal establecido por la costumbre o por las bases de trabajo adoptadas por el Jurado respectivo, al cual corresponderá en todo caso, la determinación de las circunstancias en presencia y el fallo que con arreglo a ellas deba dictarse. Ante un despido injustificado, la cuantía de la indemnización —variable entre el importe de quince días y seis meses de jornal— se fija en la propia resolución que ponga término al asunto, para el caso de que el patrono prefiera su abono a la readmisión, teniendo en cuenta para señalarla la naturaleza del empleo, el tiempo que el obrero haya prestado sus servicios, las cargas familiares, la mayor o menor posibilidad para colocarle nuevamente y todas las demás circunstancias del perjuicio ocasionado (art. 53).

Habida cuenta de la profunda crisis económica y el aumento del desempleo, se publica el 26 de junio de 1935, en el núm. 177 de la Gaceta de Madrid la Ley de la previsión contra el paro con medidas económicas (Caja Nacional contra el paro forzoso), orgánicas (Junta Nacional contra el paro), y procedimentales (primigenias tramitaciones de regulación de empleo)¹²⁸. A los efectos que aquí interesan, el art. 12 aquilata una primera versión de intervención administrativa en las terminaciones por causas económicas en cuantas industrias justifiquen la necesidad del despido parcial de obreros por falta de trabajo, y también en las obras que estén incluidas en la Ley de Paro, se autoriza al Ministro del ramo para, oído el parecer del Jurado Mixto, establecer turnos de trabajo o reducir el número de días semanales de labor, quedando facultadas las empresas para elegir entre ambas medidas. El 29 de noviembre del mismo año se publica el Decreto sobre despido parcial de obreros por falta de trabajo, al objeto de desarrollar reglamentariamente el art. 12 de la Ley de previsión contra el paro, dados los reiterados incumplimientos en materia procedimental. Así, cuando una empresa se vea precisada a despedir obreros por falta de trabajo lo pondrá en conocimiento del Jurado Mixto competente, justificando plenamente las causas que motiven su decisión. Recibida dicha comunicación, este podrá practicar las diligencias oportunas para investigar la posibilidad de evitar los despidos emitiendo el informe correspondiente. En el caso que de este informe se derive la imposibilidad de tales medidas, la empresa podrá proceder al despido proyectado. Si en el informe del Jurado Mixto se declarase la posibilidad de establecer turnos de trabajo o la reducción de días de labor se dará vista de la misma al interesado y será elevada inmediatamente por dicho organismo al Ministerio de Trabajo para que decida en el plazo máximo de quince días, sobre la autorización. Si transcurrido dicho plazo el Ministerio no hubiese resuelto sobre el particular, la empresa podrá realizar los despidos, sin perjuicio de los derechos de los obreros despedidos.

Bajo el régimen franquista, la Ley de Contrato de Trabajo aprobada el 26 de enero de 1944 veda el recurso al despido por crisis empresarial por la vía de la fuerza mayor,

¹²⁸ MUROS POLO, A.: “El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable”, cit., p. 141.

circunscribiendo la cláusula abierta de la Ley de 22 de noviembre de 1931 a situaciones “semejantes”. No obstante, la norma introduce una nueva causa para el despido en su art. 76, relativa a la cesación de la industria, comercio, profesión o servicio fundada en crisis laboral —esbozo de la causa técnica¹²⁹— o económica, siempre y cuando haya sido debidamente autorizada conforme a las disposiciones legales en vigor. Este reconocimiento expreso a la causa económica unido al precedente de despido colectivo por cierre de empresa, previa autorización de los organismos competentes del Ministerio de Trabajo, amplía el control administrativo a todos los ceses fundados en fuerza mayor propia, recogiendo pareceres doctrinales y prácticas administrativas anteriores, o impropia, en un régimen signado por el criterio causal¹³⁰.

La promulgación del Real Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo, y la Orden de 18 de diciembre de 1972 precisan el procedimiento de suspensión o extinción del contrato, manteniendo la autorización del Ministerio, incorporando el informe del Jurado de Empresa a la solicitud y reconociendo las reestructuraciones de grupos o sectores de actividades productivas por razones técnicas o económicas. Posteriormente, en la etapa de la Transición, la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, sin variación significativa, alude al despido por causas tecnológicas o económicas con la preceptiva autorización administrativa.

Sí se advierte un cambio de dirección en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, traducido en una tímida incorporación del criterio cuantitativo. De este modo, admite el despido objetivo por la necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas, en tanto el despido individual por causas económicas se añade al despido colectivo que afecta a un conjunto de trabajadores. El Capítulo III, Título V, dedicado al “despido por circunstancias objetivas derivadas de la capacidad del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa”, no delimita las causas empresariales, pues solo concreta las modificaciones tecnológicas en relación a la falta de adaptación; mientras el título VI, sobre “reestructuraciones de plantillas”, aglutina las causas económicas y tecnológicas. En el proceso de autorización, modificado por el art. 45, el informe preceptivo pasa a ser el de los representantes de los trabajadores, resulta posible regular la reestructuración por convenio y se admite la extinción de la relación laboral mediante pacto entre el empresario y los trabajadores afectados, a poner en conocimiento de la autoridad laboral para que pueda, sin más trámites, autorizar la suspensión o reducción pretendida o estimar procedente seguir el procedimiento reglamentario establecido¹³¹.

Consagrado por la Constitución Española de 1978 el sistema democrático de relaciones laborales, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, regula nuevamente la finalización del contrato por cesación de la industria, comercio o servicio

¹²⁹ ALTÉS TÁRREGA, J.A.; BLASCO PELLICER, Á. y NORES TORRES, L.E.: *El despido objetivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, p. 155.

¹³⁰ ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), Madrid, 1957, p. 61.

¹³¹ ABRIL LARRAÍN ZAR, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Navarra (Aranzadi), 2016, pp. 36 y 37.

de forma definitiva, fundada en causas tecnológicas o económicas, siempre y cuando aquella haya sido debidamente autorizada; manteniendo, en lo esencial, el esquema de la Ley de 1944. De un lado, regula la extinción por causas tecnológicas económicas y fuerza mayor”, aun cuando no proporciona su definición; de otro, *ex art. 52*, el despido individual objetivo por causas económicas retrocede, al limitar su utilización a las empresas con menos de cincuenta trabajadores. El art. 51 del primigenio Estatuto de los Trabajadores, desarrollado por el Real Decreto 696/1980, ya prevé las consultas en caso de despido colectivo, pero de forma generalizada, sin exigir superar un determinado umbral para aplicar el procedimiento. De lograr un acuerdo entre el empleador y los representantes, la autoridad laboral procede, sin más trámite, a su homologación, salvo si concurre dolo, coacción o abuso de derecho; en caso contrario, el empresario debe conseguir la autorización administrativa. El requerimiento de un periodo de discusión con los representantes de los trabajadores con anterioridad al inicio del expediente administrativo y la obtención de autorización constituyen el antecedente al actual sistema de negociación.

El predominio del elemento causal continúa hasta recepción plena del elemento numérico, muy similar al actual, en la Ley 11/1994, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de los Trabajadores, dentro de un marco permanente de intervención administrativa fuerte. El cambio significativo en la orientación del sistema se produce a resultas de las exigencias de flexibilización, bajo la transposición de la Directiva 75/129/CEE, tras la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea, con alguna desviación significativa. La incorporación formal de la figura del despido colectivo otorga al elemento cuantitativo una posición central en la distinción frente al despido individual o plural. Con todo, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en un periodo de 90 días, siguen operando de forma residual para establecer ciertas limitaciones. Así, el despido colectivo se convierte en un concepto problemático, tanto en la delimitación del ámbito de aplicación del despido colectivo como en el establecimiento de las consecuencias de su calificación.

Una primera novedad viene dada por la definición de las causas a través de la técnica de remisión al despido objetivo plural con fundamento en la interpretación teleológica. En este sentido, las causas económicas concurren si contribuyen a superar la situación económica negativa de la empresa, a diferencia de las causas técnicas, organizativas o de producción, que concurren si garantizan la viabilidad futura de la empresa y del empleo mediante una más adecuada organización de los recursos disponibles. La técnica empleada permite configurar al despido por causas empresariales como una institución única a partir de la identidad causal entre el despido objetivo y el colectivo¹³².

El despido objetivo requiere de un requisito añadido, siendo insuficiente acreditar la causa, pues debe quedar acreditado que los puestos de trabajo de los afectados y sus tareas y responsabilidades desaparecen del organigrama. No obstante, se admite que estas

¹³² CASAS BAAMONDE, M.E.: “Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1996, p. 1.

funciones puedan ser desarrolladas o repartidas entre el resto de los trabajadores, llevadas a cabo por el propio empresario o a través de externalizaciones; en todo caso, sin proceder a contratar a nuevo empleado, pues ello supondría la amortización del trabajador y no del puesto. La “necesidad objetivamente acreditada” no es equivalente a la mera conveniencia del empresario, por lo que la medida ha de ser razonable y proporciona a fin de superar la situación económica negativa o garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo según la causa alegada¹³³.

Por otro lado, se excluye el procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores de los supuestos de despidos plurales, pues el art. 51 ET restringe su ámbito de aplicación al despido colectivo. El sistema de autorización administrativa permanece, aun cuando se incorpora la coincidencia temporal entre la comunicación de apertura de consultas y la solicitud de autorización. Con lo cual se instaura un sistema dividido en una fase consultiva y negociada privada y otra de carácter público a desarrollar ante el organismo público competente de forma simultánea. Si las negociaciones finalizan con acuerdo, se concede la autorización administrativa —salvo impugnación de oficio por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho—; de no alcanzar un acuerdo, la autoridad laboral resuelve en función de la efectiva concurrencia de las causas, valorando la adecuación y proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios propuestos.

En línea con la Directiva, el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores de 1995, desarrollado por el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, inserta una alusión expresa al contenido del periodo de consultas en caso de despido colectivo que ha de versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. El enfoque de buena fe del art. 51.4 ET aparece en detalle bajo la ordenación reglamentaria, al introducir un deber de información respecto a la memoria explicativa de las causas (diferenciando entre causa económica y causa técnica, organizativa o productiva), el número y categorías de los trabajadores empleados habitualmente durante el último año, así como de los afectados, los criterios tenidos en cuenta para designar a cuantos vayan a ser afectados y el periodo a lo largo del cual está previsto efectuar las extinciones de los contratos de trabajo. Ambas normas prevén la obligación de aportar el plan de acompañamiento social a la documentación a facilitar por la empresa cuando inicia el expediente en empresas de cincuenta o más trabajadores.

El legislador ha querido distinguir cuatro esferas de afectación en las que puede incidir la causa desencadenante de los problemas de rentabilidad o eficiencia que están en el origen del despido por motivos económicos: el ámbito de los medios o instrumentos de producción (causas técnicas), el de los sistemas y métodos de trabajo del personal (causas organizativas), el de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado (causas productivas) y el de los resultados de explotación (causas económicas,

¹³³ MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona (Aranzadi Thomson Reuters), 1997, p. 211.

en sentido restringido). Un segundo elemento del supuesto de despido por motivos económicos descrito en los arts. 51.1 y 52.c) ET es la amortización de uno o varios puestos de trabajo. El tercer elemento del supuesto de despido por motivos económicos en la nueva redacción del Estatuto hace referencia a la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la extinción o extinciones de contratos de trabajo decididas por la empresa y la superación de la situación desfavorable acreditada en la misma de falta de rentabilidad de la explotación o de falta de eficiencia de los factores productivos.

En el supuesto de cierre de la explotación, la conexión entre la supresión total de la plantilla de la empresa y la situación negativa de la empresa consiste en que aquella amortigua o acota el alcance de esta. La empresa se considera inviable y, para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación, se toma la decisión de despedir a los trabajadores abonándoles las indemnizaciones correspondientes. En el supuesto en que la amortización pretenda solo la reducción de la plantilla, la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados ha de consistir en la adecuación o proporcionalidad de estos para conseguir la superación de aquella, en el contexto del plan de recuperación del equilibrio empresarial. Tal conexión funcional de adecuación ha de apreciarse en concreto, respecto del despido o de los despidos de trabajadores determinados acordados por la empresa. Siendo así, la valoración de adecuación o proporcionalidad se proyecta sobre hechos pasados y también sobre la situación actual y previsiones futuras de la empresa. El objeto de valoración es, a diferencia de lo que sucede en la comprobación de la situación de ineficiencia o falta de rentabilidad de la empresa, no un juicio sobre hechos probados, sino uno de acomodo del empresario a una conducta razonable, con arreglo a los criterios técnicos de actuación atendidos o atendibles en la gestión económica de las empresas¹³⁴.

La modificación del art. 52.c) ET por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida supone una quiebra de la identidad causal entre despido colectivo y objetivo, para configurar las causas empresariales de los despidos individuales o plurales cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 y en número inferior al establecido en el mismo. Al margen del objetivo común de regular los despidos por necesidades de funcionamiento de la empresa, la clara distinción entre las figuras extintivas se refleja en la introducción de cambios en las causas organizativas, flexibilizando el recurso al despido objetivo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda —en íntima conexión con las causas productivas— dejando de lado la necesidad de garantizar la viabilidad futura de la empresa.

La división por niveles de gravedad de la situación empresarial, con una virtualidad limitada (pues el control externo de las causas ejercido para el despido objetivo o

¹³⁴ STS (Social) de 14 de junio de 1996 (Rec. 3099/1995).

colectivo era muy similar¹³⁵), permanece hasta la promulgación del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y la posterior Ley 35/2010 de 17 de septiembre. La crisis financiera y económica de origen internacional desarrollada desde principios de 2008 interrumpe la senda de crecimiento económico y del empleo con la consecuencia de una intensa destrucción de puestos de trabajo.

Las modificaciones pasan por la reaparición de la técnica de remisión al art. 51 ET en relación con la identidad causal, la supresión de la referencia a la amortización del puesto de trabajo (de escasa importancia práctica, pues es claro que el despido económico presupone la efectiva reducción de puestos de trabajo¹³⁶), una reconfiguración del elemento teleológico y la definición de las razones empresariales. Las causas económicas concurren cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo; las causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal; en fin, las productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

El apartado 1 del art. 41 ET indica que la dirección de la empresa, cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, podrá acordar modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. La interpretación literal del precepto inclina a pensar que no es la crisis empresarial, sino la mejora de la situación de la empresa, la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en las cuales se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa de condiciones de trabajo.

La regulación de la finalidad de las decisiones extintivas impone objetivos más exigentes dedicados, bien a superar una situación económica negativa de la empresa (art. 51, para las causas económicas de los despidos colectivos), bien a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma (art. 51, para las causas técnicas, organizativas y de producción); ora a la superación de situaciones económicas negativas (art. 52 para las causas económicas de los despidos objetivos por necesidades de la empresa), ora a afrontar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa (art. 52 para las causas técnicas, organizativas y de producción). La razón sustantiva de un tratamiento legal diferente de las decisiones modificativas y extintivas radica en que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo (flexibilidad externa o adaptación de la plantilla) que cuando significa un mero cambio

¹³⁵ BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, p. 49.

¹³⁶ GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010, p. 280.

en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo (flexibilidad interna o adaptación de condiciones de trabajo). La distinta ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, manifestación de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad reconocidas en el art. 38 CE, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa¹³⁷.

Además de la modificación de las causas, la Ley 35/2010 también introduce la posibilidad de constituir comisiones *ad hoc* en ausencia de representación para la negociación del despido colectivo, reduce la duración del periodo de consultas a un máximo de treinta días naturales o quince días en empresas de menos de cincuenta trabajadores, ejemplifica las medidas sociales de acompañamiento, ciñe el plazo para resolver en caso de que las consultas finalicen sin acuerdo a siete días naturales y permite la sustitución del periodo de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje¹³⁸. El Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, precisa algunos aspectos relativos a la documentación inicial y, de forma no poco controvertida, abre la vía a parcelar las negociaciones por centros de trabajo afectados, actualmente proscrita. El recrudecimiento de la crisis impulsó al Gobierno a acometer nuevas reformas estructurales para paliar sus efectos.

El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y la Ley 3/2012, de 6 de julio, rompen de forma algo traumática con el modelo de autorización administrativa que desaparece, como instrumento de flexibilización, para en la praxis potenciar el periodo de consultas y un trasvase al control judicial de alta intensidad, pese a las previsiones legislativas, generando un alto porcentaje de nulidades¹³⁹. Esta supresión no implica la configuración del despido colectivo como un acto voluntario y unilateral del empresario, pues la procedimentalización de la decisión requiere de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. La justificación de este cambio atiende a que la caracterización de la extinción colectiva, con un expediente administrativo y posibles impugnaciones administrativas y judiciales, se ha revelado contraria a una celeridad especialmente necesaria cuando se trata de acometer reestructuraciones empresariales. De ahí, seguramente, la tendencia a alcanzar acuerdos con los representantes de los trabajadores durante el periodo de consulta como modo de asegurar la autorización por parte de la autoridad laboral. Sin embargo, ello se ha hecho frecuentemente a costa de satisfacer indemnizaciones a los trabajadores despedidos por encima de la legalmente prevista para este despido, empobreciendo así el contenido de las negociaciones.

¹³⁷ STS (Social) de 17 de mayo de 2005 (Rec. 2363/2004).

¹³⁸ MUROS POLO, A.: “El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable”, cit., p. 150.

¹³⁹ ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada (Comares), 2017, p. 45; o DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, en AA.VV. (GODINO REYES, M., Dir.): *Tratado de despido colectivo*, cit., p. 11.

El sistema de protección laboral queda subordinado a los intereses económicos tras elevar el poder de gestión empresarial, en detrimento del papel desempeñado por los interlocutores sociales. Tanto la Ley como el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, flexibilizan las causas, con la supresión de cualquier resquicio del elemento teleológico relativo a la viabilidad o posición competitiva empresarial¹⁴⁰; e, igualmente, proceden a la sustitución del plan de acompañamiento social por un plan de recolocación externa para despidos que afecten a más de cincuenta empleados. La reforma laboral de 2012 supone la culminación de un proceso que tiende a normalizar jurídicamente el recurso al despido colectivo en la gestión del personal para poder asegurar beneficios empresariales. Las sucesivas reformas legales operadas por el Real Decreto-ley 11/2013 y la Ley 1/2014 no introdujeron variaciones en la fórmula, que pasa con el mismo tenor al texto al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En este momento, pueden apreciarse diferencias formales entre los pasajes que el legislador dedica al despido y a las otras dos grandes medidas de reestructuración (movilidad geográfica y modificación sustancial de condiciones de trabajo)¹⁴¹. Hay práctica coincidencia en las causas justificativas de la adopción del despido y de estas otras medidas de reorganización empresarial, pero no la hay en su explicación.

El Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, en un intento por volver a constituir el despido colectivo como un mecanismo extraordinario, potencia las medidas de flexibilidad interna. La recuperación de los derechos laborales y su garantía, junto con el impulso a las medidas alternativas más eficientes y de menor coste social que las reducciones de plantilla, son sus principales aportaciones. No obstante, deja intacta la regulación del despido en su vertiente colectiva, a salvo de la derogación de la Disposición Adicional 16ª ET, relativa a las reglas especiales en el sector público. En fin, el apartado dos de la Disposición Final 8ª de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo proporciona nueva redacción al art. 51.2 ET, para establecer que el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, además de comprobar los extremos de la comunicación y el desarrollo del periodo de consultas, se pronunciará sobre la concurrencia de las causas especificadas por la empresa en la comunicación inicial y constatará si la documentación presentada por esta se ajusta a la exigida en función de la causa concreta alegada para despedir. Lo más relevante es “el plus de judicialización que experimentará esta cuestión, porque la Inspección se desenvolverá en una dimensión garantista que servirá como ariete impugnatorio, sindical e individual”¹⁴². En realidad, la modificación actúa como una técnica de presión a las

¹⁴⁰ SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, p. 21.

¹⁴¹ GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de producción”, en AA.VV. (GODINO REYES, M., Dir.): *Tratado de despido colectivo*, cit., p. 104.

¹⁴² MOLINA NAVARRETE, C.: “¿El (in)cumplimiento laboral se pone serio?: entre disuasión y criminalización”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 473, 2023, p. 15.

empresas para que alcancen acuerdos de despido colectivo, si estos son realmente una *última ratio* y, en otro caso, que opten por la técnica alternativa del expediente de regulación temporal de empleo.

3. Despido colectivo “de hecho”

La normativa española el despido colectivo supone la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario con fundamento en causas de carácter empresarial (económicas, técnicas, organizativas o productivas) no inherentes a la persona del trabajador. En cumplimiento de la Directiva 98/59/CE, el legislador articula un procedimiento de información y consulta con los representantes de los trabajadores dedicado al propósito de lograr un acuerdo capaz de evitar, reducir o mitigar el despido. Adquieren especial protagonismo las medidas sociales de acompañamiento, la intervención administrativa sin autorización y el control judicial posterior, sin haber alcanzado todavía un nivel adecuado de fortalecimiento en la flexibilidad interna. Asimismo, como resultado de adoptar una fórmula mixta de entre las alternativas ofrecidas por la norma europea, la extinción ha de afectar en un periodo de noventa días al menos a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Por contraposición a esta definición, el despido colectivo “de hecho” como creación jurisprudencial viene a ser entendido como aquel que, siendo colectivo, se formula eludiendo las reglas procedimentales establecidas¹⁴³. Efectuar despidos disciplinarios y objetivos en número superior al correspondiente ha llevado a su reconocimiento como improcedentes a través de las transacciones acordadas en los trámites de impugnación. La parte empresarial ha tratado de emplear este subterfugio para alegar que no cabe anular un despido colectivo que nunca existió.

Con una contundencia digna de reseñar, el Tribunal Supremo aclara que una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometiéndose al procedimiento legalmente previsto en el art. 51 ET y en sus normas de desarrollo reglamentario, pero también puede producirse al margen de este procedimiento —prescindiendo del periodo de consultas—, incluso ocultando su carácter colectivo¹⁴⁴. En el primer caso, se estaría ante un despido colectivo irregular, mientras en el segundo se trataría de un despido colectivo de hecho, también calificado en determinadas condiciones como un despido fraudulento o encubierto. La decisión extintiva colectiva podría manifestarse, al igual que sucede con la individual, como un despido tácito —el mero cierre de la empresa— que, por lo demás, no deja de ser una manifestación de la figura ahora analizada.

¹⁴³ STS (Social) de 18 de noviembre de 2014 (Rec. 65/13).

¹⁴⁴ STS (Social) de 25 de noviembre de 2013 (Rec. 52/13).

Así, los despidos disciplinarios y objetivos no son tales, ni las conciliaciones posteriores pueden constituir extinciones por mutuo acuerdo o dimisiones, al margen de la intervención del empleador, cuando siguen siendo extinciones a iniciativa del empresario y se producen por motivos no inherentes a la persona del trabajador que, al superar los umbrales, computan como ceses que conforman el despido colectivo. Si un despido disciplinario se declara improcedente y, pese a ello, el contrato se extingue, el cese no podrá ser excluido del cómputo a efectos del despido colectivo, como tampoco podrá serlo la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal. Por tanto, los despidos disciplinarios calificados como improcedentes son computables a efectos de los umbrales del art. 51.1 ET, y lo mismo ocurre con las extinciones por causas objetivas para las cuales también se admita su improcedencia. El despido colectivo como institución del orden público laboral no es disponible para el empresario, de forma que este no puede optar por aceptar las consecuencias de la improcedencia para evitar el procedimiento colectivo.

El elemento cuantitativo resulta determinante, pues el elemento causal ha de abrirse a todos los despidos por motivos no inherentes a la persona del trabajador¹⁴⁵. Por consiguiente, para determinar el umbral numérico a efectos del despido colectivo procederá atender tanto a las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción propias del tipo extintivo, como a las que obedezcan a la iniciativa empresarial en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, a excepción de cuantas respondan al tiempo válidamente transcurrido o a la realización completa de la obra o servicio determinado¹⁴⁶. En cambio, no computarán las extinciones de contratos temporales una vez llegado su término¹⁴⁷; eso sí el convenio colectivo no puede regular la extinción de los contratos por obra o servicio determinado por causa de disminución o reducción del volumen de la contrata, al margen de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, ni regular ninguna causa nueva de extinción, sino que tal situación tiene encaje en lo dispuesto en los arts. 51 o 52 c) del ET, lo que implica que las extinciones efectuadas en atención a este tipo de disposiciones deben ser computables a efectos del despido colectivo, a riesgo de constituir una extinción de hecho si quedan al margen¹⁴⁸.

También se produce un despido colectivo *de facto* cuando, en una reversión de una contrata, la administración no asume a la plantilla de la contratista saliente¹⁴⁹, con un plazo de caducidad de veinte días a contar en estos supuestos desde la última extinción computable¹⁵⁰. En supuestos de traspaso y no asunción de la plantilla por la contratista, que las empresas no hayan invocado causa expresa alguna tampoco hace desaparecer la existencia de un despido o extinción computable¹⁵¹. Asimismo, el cómputo de todas las

¹⁴⁵ STS (Social) de 30 de septiembre de 2008 (Rec. 4050/06).

¹⁴⁶ STS (Social) de 23 de septiembre de 2021 (Rec. 92/2021)

¹⁴⁷ STS (Social) de 16 de julio de 2020 (Rec. 4468/2017).

¹⁴⁸ STS (Social) de 4 de abril de 2019 (Rec. 165/2018).

¹⁴⁹ STSJ Madrid (Social) de 23 de julio de 2020 (Rec. 1440/2019).

¹⁵⁰ STS (Social) de 24 de enero de 2020 (Rec. 148/2019).

¹⁵¹ STS 22 de septiembre de 2021 (Rec. 106/202).

extinciones por causas no inherentes a la persona del trabajador incluye la falta de llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos en el momento habitual¹⁵².

En cualquier caso, la nulidad puede operar, primero, si la decisión empresarial conduce a despidos individuales o plurales al margen del procedimiento de despido colectivo por voluntad consciente de eludir las obligaciones de información y consulta y segundo, si la ausencia del cauce apropiado no va ligada a intencionalidad alguna del empresario, en el supuesto, a título de ejemplo, de extinciones por goteo a resultas de las cuales se haya superado por error del umbral numérico o la confusión a la hora de situar la unidad de referencia¹⁵³.

Ante extinciones fraudulentas de contratos de duración determinada, si la demanda se construye sobre unas afirmaciones no meramente fácticas —referentes a la existencia de la comunicación empresarial de cese de un determinado número de trabajadores—, sino sobre una calificación jurídica —el fraude de ley en la contratación y la inexistencia de justificación de la terminación de los contratos—, procederá necesariamente individualizar la situación de los trabajadores, haciendo precisos unos pronunciamientos previos que no pueden ser incluidos en el objeto del proceso regulado en el art. 124 LRJS. En semejante contexto, son los propios trabajadores individualmente afectados los que podrán impugnar su cese ante el Juzgado de lo Social a través del cauce de los arts. 103 a 113 y 120 a 123 LRJS, porque en estas circunstancias no cabe la acción de despido colectivo del art. 124 LRJS, cuando es necesario descender a las particulares y singulares circunstancias de cada uno de los contratos temporales rescindidos por la empresa para establecer si son contrarios a derecho y debieren en consecuencia considerarse como extinciones computables a los efectos del art. 51 ET¹⁵⁴. Cuando no cabe la acción del art. 124 LRJS, no se da tampoco la competencia que el art. 7.a) párrafo segundo LRJS atribuye a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer en única instancia de los procesos de despido colectivo.

En la misma línea, y en caso de finalización de prácticas académicas extracurriculares, se hace esencial un examen de las concretas circunstancias de cada una de esas prácticas a fin de determinar si escondían una relación laboral irregular y fraudulenta. Análisis que no puede ser realizado en un proceso de despido colectivo, sino que debe atribuirse a los juzgados de lo social. En efecto, la determinación de si las prácticas académicas extracurriculares son fraudulentas y encubren lo que materialmente son relaciones laborales, constituye una cuestión particular y de contornos propiamente individuales que obliga a analizar y determinar, con carácter previo, la verdadera naturaleza de la relación, y las singulares circunstancias de cada una de ellas, lo que no es propio de la modalidad procesal de despido colectivo del art. 124 LRJS¹⁵⁵.

¹⁵² STS (Social) de 10 de marzo de 2020 (Rec. 2760/2017).

¹⁵³ DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, Navarra (Thomson Reuters-Aranzadi), 2018, p. 21.

¹⁵⁴ SSTS (Social) de 22 de diciembre de 2016 (Rec. 10/2016) y 22 de diciembre de 2018 (Rec. 67/2018)

¹⁵⁵ STS (Social) de 30 de noviembre de 2022 (Rec. 132/2020).

El Tribunal Supremo reitera su doctrina, pero señala que la cuestión será distinta de no tratarse de contratos temporales que pudieran ser considerados fraudulentos o que hubieran finalizado al margen de las previsiones normativas sobre este tipo de contratos, frente a cuyas calificaciones las partes sostuvieran posturas diferentes, sino de la extinción de contratos en aplicación de lo dispuesto por un convenio colectivo¹⁵⁶. En ese sentido, se estaría en presencia de un despido colectivo que ha de calificarse como nulo con las consecuencias previstas en el art. 124.11 *in fine* LRJS.

Si bien la jurisprudencia ha entendido que el proceso de despido colectivo no comprende como cuestión de fondo la validez o no de los contratos para obra o servicio determinado extintos¹⁵⁷, voces autorizadas apuntan que el Tribunal de Justicia abre la puerta a cuestionar que el contrato de obra y servicio vinculado a una contrata sea efectivamente un contrato temporal¹⁵⁸.

En definitiva, la sanción correspondiente a un despido de hecho es la nulidad, que puede hacerse valer por las vías de impugnación del art. 124 LRJS, pero también por las de los arts. 103 a 113 y 120 a 123 de la propia norma¹⁵⁹.

Conclusiones

La conexión entre la responsabilidad social y las reestructuraciones empresariales no es solo necesaria, sino igualmente rentable, al aportar ventajas competitivas, de carácter inmediato y a largo plazo, cuando se establecen relaciones de calidad con los trabajadores y con la representación social, pero también con los proveedores o con otros grupos de interés, como Administraciones, inversores, clientes, comunidades locales o la sociedad en su conjunto.

En el ámbito del despido colectivo, el sistema conformado por el Convenio núm. 158 OIT, la Recomendación núm. 166 OIT, la Carta Social Europea revisada, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Directiva 98/59/CE conforman un sistema supranacional de garantías multinivel orientado a prever un procedimiento específico asentado sobre los pilares de la información y las consultas con los representantes de los trabajadores. Las medidas sociales adquieren renovada importancia a efectos de evitar o reducir la entidad del despido colectivo o, al menos, mitigar los efectos adversos sobre los afectados.

¹⁵⁶ STS (Social) de 24 de enero de 2020 (Rec. 148/2019).

¹⁵⁷ STS (Social) de 29 de septiembre de 2021 (Rec. 80/2021).

¹⁵⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Contrato de obra y servicio vinculado a una contrata: ¿el TJUE abre la puerta a su calificación como indefinido? (casos C-29/18, C-30/18 y C-44/18, Cobra Servicios Auxiliares)”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 24 de abril de 2019, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2019/04/24/contrato-de-obra-y-servicio-vinculado-a-una-contrata-el-tjue-abre-la-puerta-a-su-calificacion-como-indefinido-casos-c%20%80%9129-18-c%20%80%9130-18-y-c%20%80%9144-18-cobra-servicios-auxilia/>

¹⁵⁹ DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, en AA.VV. (GODINO REYES, M., Dir.): *Tratado de despido colectivo*, cit., p. 47.

Tradicionalmente, el ajuste estructural ha impulsado un proceso continuo de reestructuración en las empresas, aun cuando ello a menudo afecta negativamente al rendimiento de la organización y da lugar a repetidos recortes de plantilla, erosionando la moral y la confianza, a la par que reduciendo la productividad de cuantos trabajadores permanecen en sus puestos de trabajo. De este modo, deviene lógico tomar en consideración los costes sociales, más allá del propósito habitual de maximizar los beneficios económicos, con el firme propósito de cumplir las exigencias de la normativa internacional y evitar acciones poco eficientes consistentes en facilitar el recurso al despido frente a la adopción de medidas de flexibilidad interna.

En un contexto signado por la globalización, los cambios tecnológicos y en la propiedad de las empresas (fusiones y adquisiciones, *management buy-outs*, programas de privatización, etc.), la sustitución de la sociedad industrial por la sociedad de la información o, por no seguir, los cambios demográficos y el crecimiento de la inversión extranjera directa, resulta necesario un enfoque a largo plazo de la planificación de los recursos humanos, habida cuenta de la relevancia de crear y mantener una mano de obra multifuncional, así como fomentar la formación y el desarrollo continuos. No obstante, en la práctica no siempre se aplica un enfoque socialmente responsable, dada la tendencia a reducir la plantilla como primera medida que adopta el empleador cuando la situación económica se deteriora; los recortes durante fusiones y adquisiciones o la escasa consideración al diálogo social y a las necesidades específicas de los trabajadores despedidos.

En particular, la automatización, robotización y digitalización de los procesos productivos refuerzan el problema de deslocalización y exigen un espacio propio en la negociación colectiva transnacional para alcanzar una gobernanza en los procesos de innovación mediante el control de los flujos de tecnología desde las sedes de las multinacionales, pasando por los lugares donde están asentadas las filiales, hasta la misma cadena de valor. Los Acuerdos Marco Globales permiten introducir elementos como la preocupación por la transición verde hacia modelos más sostenibles, la formación en competencias digitales de los trabajadores, las transformaciones organizativas, la protección de los derechos laborales o la nueva dimensión en la representación de los trabajadores.

El máximo rendimiento empresarial viene de converger el desarrollo tecnológico y económico con el trabajo decente y el sistema de flexiseguridad garantista impulsado por la regulación internacional y el Derecho de la Unión. Si bien las reestructuraciones pueden ser necesarias, también suelen conllevar consecuencias negativas que demandan la intervención de los agentes implicados para negociar soluciones preventivas. Lejos ya de la gestión reactiva, en aras de adaptar la empresa al mercado competitivo y articular un diálogo permanente y activo. Por el contrario, si el empleador está facultado para optar preferentemente por las medidas de flexibilidad externa, el sostenimiento del empleo pasa a un segundo plano.

No cabrá desconocer que la Directiva 98/59/CE no solo reserva a las medidas sociales de acompañamiento un rol esencial en la negociación. Además, eleva el protagonismo a la autoridad pública competente en la búsqueda de soluciones al conflicto.

Por su parte, el Derecho interno en España respeta el sistema de garantías multinivel, pues el empresario y los representantes negocian medidas alternativas o complementarias al despido y la Administración laboral interviene como mediadora. Ahora bien, el modelo de despido colectivo, fruto de un proceso de flexibilización apenas revertido en la última reforma laboral, ha favorecido la expulsión sistemática de los trabajadores del mercado laboral en caso de crisis y reorganización empresarial. Ante el desequilibrio derivado de relegar el contenido de las consultas, no cabe afirmar que la regulación española vulnere la normativa internacional, pero sí es posible entender limitado el cumplimiento de mínimos. En efecto, la extinción colectiva, lejos aún de alcanzar una configuración socialmente responsable, dispone formalmente la necesidad de negociar medidas sociales de acompañamiento en el contenido mínimo de las consultas, pero no obliga al empresario a entregar una propuesta de medidas alternativas o complementarias al despido en la documentación inicial. Presentar una propuesta en tal sentido permitiría un mayor control por la autoridad laboral y la Inspección al quedar comprendido en la comunicación inicial.

La notable flexibilización de las causas al acoger las extinciones por pérdidas previstas o por disminuciones de ingresos o ventas, ha lastrado el poder negociador de los representantes, desincentivando en la praxis la adopción de acuerdos fundados en verdaderas fórmulas de flexibilidad consensuada. Asimismo, el plan de recolocación externa para despidos de más de cincuenta trabajadores, en sustitución del antiguo plan de acompañamiento social en empresas con menos de cincuenta trabajadores, caracterizado por su carácter ambiguo, carece de mecanismos de control y garantías suficientes para impedir un cumplimiento meramente formal. Es más, su introducción parece olvidar que el tejido productivo español está caracterizado por la presencia dominante de pequeñas y medianas empresas, ajenas a su ámbito de aplicación. En fin, la desaparición de la autorización administrativa, la escasa importancia práctica de las competencias de la autoridad laboral en materia de advertencia, recomendación, asistencia y mediación en las consultas y la remisión del informe de la Inspección de Trabajo una vez finaliza el procedimiento, sin que pueda sancionar administrativamente cuando el empresario no negocia efectivamente ninguna medida social de acompañamiento, han contribuido a minar la protección conferida en el despido colectivo, descompensando la balanza, una vez más, en favor del interés económico empresarial.

Por consiguiente, parece preciso acometer una serie de cambios legislativos para cumplir íntegramente con la normativa internacional e incorporar elementos de reestructuración socialmente responsables. En lugar de limitarse a reaccionar cuando la situación empeora, el empresario ha de tender puentes para ajustar los sistemas de gestión a la eventual desaceleración económica o cualquier otro reto externo. La flexibilidad funcional en un modelo proactivo, fundado en el enfoque a largo plazo, supone una mejora continua de las capacidades y conocimientos de los trabajadores. Equilibrar los intereses en conflicto

implica dotar de preferencia a las medidas de flexibilidad interna en situaciones coyunturales e impedir el recurso al despido, reservado a problemas estructurales, por cuanto la reforma de 2021 no ha modificado el régimen general de despido colectivo. El condicionante de pérdidas previstas o disminución persistente del nivel de ingresos o ventas en las causas económicas debe reconducirse a otras medidas tales como la movilidad funcional, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo o expedientes de regulación temporal de empleo; por su parte, las causas técnicas, organizativas o productivas requieren una justificación basada en la situación estructural, pues en la actualidad continúa siendo posible proceder al despido por un ahorro de costes, sin la concurrencia de ningún problema de competitividad dado el desarrollo tecnológico actual. Sin embargo, promover la viabilidad empresarial y la adopción de innovaciones en automatización o digitalización capaces de asegurar la empleabilidad a largo plazo — unido a la difícil apología de frenar el avance tecnológico— conforman argumentos de peso para suavizar la eventual adopción de esta medida.

Tras la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales en relación con la reclamación colectiva presentada contra España, el sistema indemnizatorio por despido improcedente, al igual que ha sucedido en otros Estados miembros, ha sido declarado incompatible con la Carta Social Europea revisada. En cualquier caso, habrá que esperar a la evolución normativa, así como a las próximas resoluciones judiciales en España en relación con la indemnización por despido improcedente, para ver si también la discusión se extiende a cualquiera de las indemnizaciones tasadas del ordenamiento jurídico español, incluida la que afecta al despido colectivo.

Bibliografía

AA.VV. (LEONARDI, S., Dir.): *Transnational Company Agreements: A stepping stone towards a real internationalization of industrial relations*, Roma (Ediesse), 2012.

AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L., Dirs. y Coords.): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada (Comares), 2012.

AA.VV. (GODINO REYES, M., Dir.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.

AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L., Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Albacete (Comares), 2017.

AA.VV.: (MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., Dirs.): *Envejecimiento activo y vida laboral*, Granada (Comares), 2019.

AA.VV. (HOLGADO GONZÁLEZ, M. y PÉREZ ALBERDI, M.R., Dirs.): *Descentralización, poder y derechos sociales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021.

AA.VV. (SALCEDO BELTRÁN, C., Dir.): *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021.

AA.VV.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social), 2021.

ABRIL LARRAÍNZA, M.P.: *Información, consulta y negociación en el despido colectivo*, Navarra (Aranzadi), 2016.

ALONSO OLEA, M.: *El despido*, Madrid (Instituto de Estudios Políticos), 1957.

ALTÉS TÁRREGA, J.A.; BLASCO PELLICER, Á. y NORES TORRES, L.E.: *El despido objetivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: “Una propuesta para la regulación de la indemnización por despido improcedente”, *Briefs de la AEDTSS*, 8 de abril de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/una-propuesta-para-la-regulacion-de-la-indemnizacion-por-despido-improcedente/>

BALLESTER PASTOR, I.: “El reconocimiento del cobro de una indemnización por despido superior a 33 días en cumplimiento del Convenio nº 158 de la OIT y del art 24º de la Carta Social europea: ¿un cambio de paradigma?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2023.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Contrato de obra y servicio vinculado a una contrata: ¿el TJUE abre la puerta a su calificación como indefinido? (casos C-29/18, C-30/18 y C-44/18, Cobra Servicios Auxiliares)”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 24 de abril de 2019, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2019/04/24/contrato-de-obra-y-servicio-vinculado-a-una-contrata-el-tjue-abre-la-puerta-a-su-calificacion-como-indefinido-casos-c%E2%80%9129-18-c%E2%80%9130-18-y-c%E2%80%9144-18-cobra-servicios-auxilia/>

BERTHEAU, A. et al.: *The unequal consequences of job loss across countries*, Cambridge (Oficina Nacional de Investigación Económica), 2022.

BLASCO PELLICER, A.: *Los expedientes de regulación de empleo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009.

CASAS BAAMONDE, M.E.: “Causalidad del despido colectivo, autorización administrativa y negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1996.

CRAFTS, N.: “The contribution of new technology to economic growth: Lessons from Economic History”, *Revista de Historia Económica*, Vol. 28, núm. 3, 2010.

CRUZ VILLALÓN, J.: “La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 44, 1997.

DA COSTA, I. y REHFELDT, U.: “Transnational Company Agreements on restructuring at EU level”, en AA.VV. (LEONARDI, S., Dir.): *Transnational Company Agreements: A stepping stone towards a real internationalization of industrial relations*, Roma (Ediesse), 2012.

DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del art. 51.1 ET*, Navarra (Thomson Reuters-Aranzadi), 2018.

DESDENTADO BONETE, A.: “La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho”, en AA.VV. (GODINO REYES, M., Dir.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y GÓMEZ GARCÍA, F.X.: *Nuevas tecnologías en los Acuerdos Marco Globales*, Navarra (Aranzadi), 2021.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “Implicaciones jurídico-laborales de la COVID-19: lecciones judiciales para garantizar un futuro más seguro”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 451, 2020.

GARCÍA BLASCO, J. y ÁLVAREZ GIMENO, R.: “Supervisión y reclamaciones: especial referencia al Comité Europeo de Derechos Sociales (artículo C y protocolo de 1991, y artículo C y protocolo de 1995)”, en AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L., Coords.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Albacete (Comares), 2017.

GARCÍA GONZÁLEZ, G.: “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 137, 2018.

GARCÍA MURCIA, J.: “Las causas de despido colectivo: causas técnicas, organizativas y de producción”, en AA.VV. (GODINO REYES, M., Dir.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el derecho español”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, 2018.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.

GOERLICH PESET, J.M.: “La reforma de la extinción del contrato de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 107, 2010.

GOERLICH PESET, J.M.: “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”, *Blog El Foro de Labos*, 11 de mayo de 2022, disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/el-control-de-convencionalidad-ante-el-tribunal-supremo-sentencias-de-28-y-29-de-marzo-de->

MOLINA NAVARRETE, C.: “¿Y ahora qué?: los salarios de tramitación, condición necesaria, no suficiente, para cumplir con el mandato vinculante del CEDS”, *Briefs de la AEDTSS*, 17 de abril de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/y-ahora-que-los-salarios-de-tramitacion-condicion-necesaria-no-suficiente-para-cumplir-con-el-mandato-vinculante-del-ceds/>

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid (Consejo Económico y Social de España), 1996.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *Fundamentos doctrinales del Derecho Social en España*, Madrid (Trotta), 1999.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Artículo 30. Protección en caso de despido injustificado”, en AA.VV. (MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. Dirs. y Coords.): *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada (Comares), 2012.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45, 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2017.

MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *El despido colectivo en el Derecho Español: Estudio de su Régimen Jurídico*, Pamplona (Aranzadi Thomson Reuters), 1997.

MUROS POLO, A.: “El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable”, Tesis doctoral, Granada (Universidad de Granada), 2023.

NAVARRO NIETO, F.: “Medidas sociales de acompañamiento y mantenimiento del empleo”, en AA.VV.: *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Economía Social), 2021.

ORTEGA LOZANO, P.G.: *Poderes empresariales y resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador. España e Italia*, Granada (Comares), 2020.

PRECIADO DOMÈNECH, C.H.: *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Albacete (Bomarzo), 2023.

ROMERO SÁNCHEZ, I.: *El despido colectivo. Evolución normativa y régimen jurídico*, Granada (Comares), 2017.

SÁEZ LARA, C.: *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015.

SALCEDO BELTRÁN, C.: “La supervisión de la Carta Social Europea mediante el sistema de informes: su idoneidad para la determinación de un estándar común de

protección de los derechos sociales”, en AA.VV. (HOLGADO GONZÁLEZ, M. y PÉREZ ALBERDI, M.R., Dirs.): *Descentralización, poder y derechos sociales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2021.

SALCEDO BELTRÁN, C.: “La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral”, *Trabajo y Derecho*, núm. 91, 2022.

SALCEDO BELTRÁN, C.: “Conclusiones 2023 del Comité Europeo de Derecho Sociales: los incumplimientos de la Carta Social Europea por parte de España”, *Lex Social*, Vol. 14, núm. 1, 2024.

SALCEDO BELTRÁN, C. y JIMENA QUESADA, L.: “El extraño caso de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el despido improcedente (Dr. Jekyll) y algunas fabulaciones negacionistas que han suscitado (Mr. Hyde)”, *Briefs de la AEDTSS*, 16 de abril de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/el-extrano-caso-de-las-decisiones-del-comite-europeo-de-derechos-sociales-sobre-el-despido-improcedente-dr-jekyll-y-algunas-fabulaciones-negacionistas-que-han-suscitado-mr-hyde/>

SCHÖMANN, I.: *Labour Law reforms in Europe: adjusting employment protection legislation for the worse?*, Bruselas (ETUI), 2014.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete (Bomarzo), 2016.

VIVERO SERRANO, J.B.: “El despido improcedente y el Comité Europeo de Derechos Sociales: las experiencias de Finlandia, Italia y Francia”, *Briefs de la AEDTSS*, 15 de abril de 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/el-despido-improcedente-y-el-comite-europeo-de-derechos-sociales-las-experiencias-de-finlandia-italia-y-francia/>