

LA INELUDIBLE REFORMA DEL DESPIDO COLECTIVO EN SU ÁMBITO DE REFERENCIA*

María Luisa Molero Marañón**

Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. La repercusión del derecho comunitario europeo en la noción nacional del despido colectivo. –2. La relevancia adquirida por el ámbito de cómputo: ¿empresa versus centro de trabajo? 2.1. La articulación de la primacía del Derecho de la Unión Europea ante la trasposición incorrecta por el Estado español de la Directiva 98/59 en la relación entre particulares. 2.2. La aplicación del principio de interpretación conforme del artículo 51 ET a la luz de la Directiva 98/59. –3. La propuesta de reforma normativa para la integración del centro de trabajo como posible ámbito de cómputo y sus posibles consecuencias. –4. La necesaria integración del grupo de empresas como ámbito de referencia en el despido colectivo.

RESUMEN

La reforma de 2012 sobre el despido colectivo y la relevancia que ha adquirido la interpretación judicial sobre su propio concepto es el objeto de este estudio. De modo particular, la jurisprudencia europea sobre su ámbito de cómputo, integrando la noción de centro de trabajo frente al recogido legalmente limitado a la empresa, por una parte, y las consecuencias de la integración de la empresa en un grupo de empresas, cuando procede a adoptar la decisión extintiva, por otra, son los dos núcleos esenciales de análisis de este artículo, que llegan a una conclusión clara. A estas alturas del siglo XXI no puede concebirse una institución de la complejidad que reviste el despido colectivo en torno a un único eje referenciado en el marco de la empresa, sin atender dentro de su reglamentación marcos tan relevantes, como el centro de trabajo en el que se apoya la Directiva 98/59, o el grupo de empresas en el que se inserta con tanta frecuencia la organización productiva, produciendo irremediablemente consecuencias en la secuencia extintiva que pueden llegar a afectar a su régimen jurídico por entero.

ABSTRACT

The 2012 reform on collective dismissal and the relevance of judicial interpretation on its own concept is the object of study. In particular, the interest is the European jurisprudence on its area of computation, integrating the notion of work center versus the collection legally limited to the

*Recibido el 7 de mayo. Aceptado el 20 de junio.

** Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

company. On the other hand, this article studies the consequences of the integration of the company into a business group, when it adopts the decision to terminate work contracts. Finally, the conclusion is clear. At this stage of the twenty-first century, an institution of complexity like the collective dismissal can not be conceived only around the company. It's necessary regard the workcenter wich is supported by Directive 98/59 and the group of companies in wich the production organization is frequently inserted. Inevitably, it has consequences in the extinctive sequence that may affect its entire legal regime.

Palabras clave: Despido colectivo, Directiva, centro de trabajo, empresa, grupo de empresas, unidad de cómputo, consultas, información.

Key words: Collective dismissal, Directive, work center, company, business group, computing unit, consult, information.

1. LA REPERCUSIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO EN LA NOCIÓN NACIONAL DEL DESPIDO COLECTIVO

Indudablemente, la Directiva 98/59/CE, del Consejo de 20 de julio de 1988, sobre despido colectivo ha tenido históricamente una influencia decisiva dentro del marco de las reestructuraciones europeas; pero si cabe, ahora más que nunca, la interpretación del TJUE sobre la Directiva se ha realizado, a raíz de la grave crisis económica y de los cientos de procesos de reestructuración empresarial que se han llevado a cabo en los países europeos, y en Derecho español de modo particular, a raíz de la transformación que se ha operado en el despido colectivo por la reforma 2012. Dos datos especialmente relevantes han provocado que el despido colectivo tenga a día de hoy una fisonomía distinta en nuestra legislación: la desaparición de la autorización administrativa y la relevancia que ha adquirido la jurisdicción social en la interpretación del artículo 51 ET, que ha conducido a una revalorización sustancial del período de consultas.

La trascendencia que ha adquirido la interpretación judicial de los tribunales nacionales se conecta directamente con el Derecho Europeo, puesto que desde sus primeras decisiones sobre la interpretación del nuevo art. 51 ET le ha servido de referencia nuclear la interpretación de la Directiva 98/59 por el TJUE, dado que la disciplina vigente, sin perjuicio de sus diferencias, se ha aproximado en mayor medida al despido colectivo reglamentado por el Derecho comunitario (por ejemplo, en el caso del contenido de la comunicación inicial). Por citar dos exponentes significativos, la jurisprudencia española ha seguido con claridad la estela de los pronunciamientos europeos en cuestiones tan esenciales, como el valor negociador del período de consultas, “que impone una verdadera obligación de negociar” [STJUE 27 enero 2005, Asunto Junk, art. 2.1 Directiva 98/59]¹, o en el propio alcance de la obligación de información y documentación, identificada no sólo con la documentación reglada, sino con toda la “pertinente” para que la consulta cumpla sus fines [STJUE 16 julio 2009, C-12/2008], “entendiéndose por tal la que permite que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, de forma que estén en condiciones de formular propuestas constructivas en tiempo hábil” [STJUE 10 septiembre 2009, C 44/2008, art. 2.3 Directiva 98/59]².

No obstante, últimamente sus decisiones han tenido un alcance muy notable en el propio *concepto de despido colectivo* diseñado por la legislación española, a raíz de varios pronunciamientos dictados en 2015 a instancias de tribunales españoles, en las conocidas sentencias del TJUE Rabal Cañas y Pujante Rivera. En particular, nos vamos a referir a la sentencia de 13

¹ SSAN 25 julio 2012 y 12 junio 2014, Rec 79/14 y STS 27 mayo 2013, Rec 78/12.

² Referenciadas en la SSAN 13 noviembre 2015, Proc 257/15 y 18 enero 2016, Proc 311/15.

de mayo de 2015, asunto C-392/13 Rabal Cañas, puesto que es la que interesa en el tema que nos ocupa, sin perjuicio de advertir de la relevancia de la de 11 de noviembre 2015, C-422/14, Pujante Rivera, sobre extinciones contractuales computables. Como se sabe, dicho pronunciamiento ha conducido a que en la legislación española se cuestione el ámbito de referencia del despido colectivo normativamente soportado en el marco de la empresa, abriéndose el debate a la incorporación de la noción de centro de trabajo.

Igualmente, se ha de llamar la atención de como el concepto de despido colectivo desde la reforma 2012 se ha visto continuamente interconectado con el grupo de empresas, o dicho de otra forma la proyección del despido colectivo ha estado persistentemente mediatizada por dicha realidad grupal, que puede llegar a alterar la propia apreciación del despido, impregnando toda su disciplina³. En este caso, como se verá, los pronunciamientos europeos se han ceñido tradicionalmente al ámbito de empresa para configurar el despido colectivo: el sujeto empresarial ha resultado ser el destinatario de sus mandatos.

Todo ello ha provocado que el ámbito de actuación del despido colectivo se haya convertido en una cuestión de primer orden para su propia conceptualización, con consecuencias que van más allá de la noción al tener que integrar unidades de referencia distintas, que sin duda pueden afectar a su régimen jurídico por entero. A estas alturas del siglo XXI no puede concebirse una institución de la complejidad que reviste el despido colectivo en torno a un único eje referenciado en el marco de la empresa, sin atender dentro de su reglamentación marcos tan relevantes, como el centro de trabajo en el que se apoya la Directiva 98/59, o el grupo de empresas en el que se inserta con tanta frecuencia la organización productiva, produciendo irremediamente consecuencias en la secuencia extintiva⁴. A ambas cuestiones vamos a dedicar las páginas que siguen.

2. LA RELEVANCIA ADQUIRIDA POR EL ÁMBITO DE CÓMPUTO: ¿EMPRESA VERSUS CENTRO DE TRABAJO?

2.1. La articulación de la primacía del Derecho de la Unión Europea ante la trasposición incorrecta por el Estado español de la Directiva 98/59 en la relación entre particulares

Tradicionalmente, ha resultado un lugar común que la noción española de despido colectivo mejoraba la definición comunitaria, puesto que su carácter colectivo se facilitaba, al alcanzarse en un lapso temporal más amplio, al pasar de un período de 30 días a uno más dilatado de 90 días, reducirse en algunos casos el número de afectados, seleccionar el ámbito de empresa en lugar del centro de trabajo como marco de referencia, y finalmente, se configuraba una causa más exigente que la comunitaria, e incluso la propia autorización administrativa se valoraba como una garantía articulada a favor de los trabajadores⁵.

Con relación al criterio de cómputo diseñado en torno al ámbito de la empresa resultaba claro que beneficiaba la calificación de colectivo de modo particular en nuestro tejido productivo,

³Vid. DESDENTADO BONETE, A., y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, Valladolid (Lex Nova), 2014 y GONZALEZ-POSADA, E., y DESDENTADO BONETE, A., “Despido colectivo en grupo de empresas”, *A Debate, Derecho de Relaciones Laborales* (2015), n° 4, pp. 412 y ss.

⁴A este respecto, se ha de llamar la atención como en el Grupo FIDE en sus conclusiones sobre Despido colectivo (Conclusión V, apartado 39) hacen referencia a la necesidad de reformar la regulación legal del despido colectivo para acomodar la nuevas unidades de cálculo (centros de trabajo y empresas), así como a la necesidad de considerar a la empresa o al grupo como el ámbito propio de la negociación de los despidos colectivos [“Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones del grupo FIDE sobre una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”, *Derecho Relaciones Laborales* (2016), n° 11, p. 1074].

⁵Vid. al respecto NAVARRO NIETO, F., *Los despidos colectivos*, Madrid (Civitas), 1996, pp. 99 a 102 y MONEREO PEREZ, J.A., y FERNANDEZ AVILES, J.A., *El despido colectivo en el Derecho español*, Pamplona (Aranzadi), 1997, pp. 85 y 86.

en el que por regla general las empresas se organizan de forma descentralizada a través de una pluralidad de centros de trabajo de un número reducido de empleados, siendo el cómputo global de los centros, y no de forma individualizada, el modo más adecuado de alcanzar la cualidad colectiva de la medida que permitía abrir los períodos de consultas. Por tanto, la aparente contradicción entre la norma nacional y la comunitaria quedaba plenamente salvada, puesto que la legislación española favorecía los objetivos de la Directiva sobre despido colectivo dirigidos “reforzar la protección de los trabajadores, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad” (Considerando 2), que implica la procedimentalización de las decisiones empresariales a través de la garantía efectiva que supone el ejercicio de los derechos de información y consulta, “dejando fuera de su ámbito de cobertura al menor número de despidos por causas empresariales”⁶. En suma, la norma comunitaria ha de concebirse como un mínimo indisponible a respetar en todo caso, que no impide la toma en cuenta del número global de despidos en el conjunto de la empresa⁷.

Dicha tesis interpretativa se defendió con claridad por el Tribunal Supremo, al considerar que la opción por la empresa en lugar del centro de trabajo, mejora en términos globales la protección de los derechos de los trabajadores concedida por la Directiva. En términos generales, “la normativa española establece una regulación procedimental más beneficiosa que la comunitaria para los trabajadores, aunque pudiera darse alguna excepción en la calificación de colectiva” “desde la perspectiva de protección reforzada que otorga a los trabajadores dicha Directiva, al garantizar un procedimiento de información y consulta, *finalidad principal y prioritaria de la Directiva*” concibiéndose dicha disposición como una norma mínima mejorable por las legislaciones y normas nacionales a favor de los trabajadores [art. 5 Directiva 98/59]⁸. En conclusión, durante años hubo un consenso generalizado en la doctrina y jurisprudencia de que la ordenación española había favorecido la calificación colectiva del despido, tal y como permitía la propia Directiva que se autodefine como una ordenación de mínimos (art. 5).

Pues bien, dicha valoración se va a ver seriamente quebrada con respecto a la unidad de referencia, al entender por la conocida sentencia de 13 de mayo de 2015, asunto C-392/13, Rabal Cañas que “la sustitución en el Derecho interno del término “centro de trabajo”, por el de “empresa” sólo puede considerarse favorable a los trabajadores, si dicho elemento *supone un añadidura y no implica el abandono o reducción de la protección conferida a los trabajadores*, en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido por el artículo 1.1 a), párrafo primero de la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de despido colectivo”. Por tanto, una normativa nacional sólo puede considerarse conforme a la Directiva, “si impone la aplicación de las obligaciones de información y consulta al menos, en caso de despido de 10 trabajadores en centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 trabajadores y menos de 100”. En consecuencia, “infringe el artículo 1, apartado 1 de la Directiva 98/59 una normativa nacional que introduce como única unidad de referencia la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta establecido por la Directiva, siendo así que si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo, a la luz de la definición de la Directiva”. Como se sabe, dicha doctrina va a resultar determinante para la interpretación de la legislación española en el tema que ahora interesa.

Dicho pronunciamiento convalida la regla española utilizando el criterio referencial de la empresa, y no el del centro de trabajo, con la única e importante salvedad, de que *no puede ser*

⁶ Consideraciones que se encuentran en las STJCE 7 diciembre 1995, asunto C-449/93, Rockfon y STJUE 15 febrero 2007, asunto C-270/05, Athinaiki Charpoia.

⁷ RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el art. 51.1 ET”, *Derecho de las Relaciones Laborales* (2015), nº 2, p. 110.

⁸ Fundamentación que se encuentra en la STS 18 marzo 2009, Rec 1878/2008, cuya doctrina se reitera en la STS 18 julio 2012, Rec 2341/2011.

utilizado en exclusiva, marginando al centro de trabajo en el cómputo⁹. Por tanto, a partir de la sentencia europea se deberá adoptar el *criterio del doble cómputo*, utilizando de modo acumulado el criterio referencial de empresa, en primera instancia, y el del centro de trabajo, como *criterio complementario* al anterior, tomándolo como unidad de referencia, cuando ello resulte más favorable para el ejercicio de los derechos de información y consulta garantizados por la Directiva¹⁰. La superación del umbral se producirá, tanto si el mismo se alcanza tomando como referencia a la empresa, como al centro de trabajo, debiendo someterse al procedimiento del despido colectivo.

No obstante, los problemas que siguen a este pronunciamiento no son baladíes, ante la ausencia de una reforma normativa del artículo 51 ET, en un crucial interrogante como es el de dimitir, cuando un despido es meramente objetivo o reviste la calificación de colectivo, resolución en la que si se incurre en error, se produce la grave consecuencia de que los despidos objetivos serán calificados como nulos. La dificultad es manifiesta, puesto que no resulta clara la integración de la norma nacional y la comunitaria en la aplicación de los umbrales, dado que nuestro artículo 51 ET fija un *sistema híbrido* que combina los parámetros cuantitativos y temporales de las dos opciones que ofrece la Directiva¹¹. Del tenor de esta sentencia, parece claro que a la luz de la Directiva, el despido será colectivo, atendiendo al centro de trabajo, cuando éste ocupe entre 20 y 100 trabajadores, y afecte al menos a 10 asalariados; no obstante, se plantea la duda de si se deberá admitir también dicha calificación cuando el despido afecte al menos a 20 despididos, sea cual sea la cifra de trabajadores habitualmente empleados, a la luz del punto ii) de la Directiva 98/59.

Indudablemente, a partir de dicho pronunciamiento a los tribunales de lo social y a los operadores jurídicos se les presenta el reto de incorporar dicho criterio interpretativo, puesto que los jueces y tribunales nacionales se encuentran obligados a efectuar la interpretación de la legislación nacional conforme a la norma europea con el alcance adoptado por dicho Tribunal, garantizando así el efecto útil de la Directiva [art. 288 TUE y art. 4 bis LOPJ]. Dicha alternativa es la única que se puede admitir, al excluir el efecto directo de la Directiva, al invocarse en una relación horizontal entre particulares, y no incluirse en ninguna de las excepciones aceptadas que admiten la eficacia directa del derecho que la Directiva regula –y no de la Directiva misma– siempre que el mismo este dotado de la cualidad de derecho fundamental de la Unión Europea¹². Consecuentemente, la interpretación adoptada por el TJUE sobre la incidencia de la Directiva en el artículo 51 ET, sólo puede ser integrada en la norma española a través del principio de “interpretación conforme” del artículo 51 ET a la luz de la Directiva, cuyo límite es que no se fuerce de forma indebida la interpretación de la norma, de tal forma que el sentido y alcance de la disposición vaya “*contra legem* del Derecho nacional”¹³. Si ello se produjera, entraría en acción la responsabilidad del Estado por el incumplimiento cometido frente a la trasposición incorrecta de la norma comunitaria, pudiendo el particular perjudicado reclamar una indemnización por daños y perjuicios.

⁹ CASAS BAAMONDE, M^a.E., “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo por el Estatuto de los Trabajadores”, *Derecho de las Relaciones Laborales* (2015), n^o 4, p. 395.

¹⁰ Cfr. MONEREO PEREZ, J.L., “El despido colectivo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su incidencia en el Derecho interno”, *Temas Laborales* (2015), n^o 130, p. 334 y CRUZ VILLALON, J., “Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Temas Laborales* (2015), n^o 130, p. 43.

¹¹ STS 17 octubre 2016, Rec 36/2016.

¹² Vid sobre la aplicación y alcance del principio de primacía y aplicación del Derecho de la Unión Europea frente a las legislaciones nacionales que lo contradigan, la doctrina declarada por la STS 8 junio 2016 (Rec 207/2015).

¹³ STJUE Angelidaki 23 abril 2009, C-378 a 380/2007. Sobre los límites del principio de interpretación conforme, vease RODRIGUEZ PIÑERO, M., “Interpretación conforme y efecto de exclusión de las Directivas laborales de la Unión Europea”, *Derecho de las Relaciones Laborales* (2016), n^o 7, pp. 620-621.

En suma, una vez constatado que el artículo 51 ET no ha traspuesto completamente el contenido de la Directiva cuyo mandato es claro, preciso e incondicionado, al imponer al centro de trabajo como la unidad de referencia de garantía mínima de los derechos de los trabajadores, dicho incumplimiento sólo puede ser salvado a través de una interpretación correctora de los órganos judiciales nacionales, aplicando el Derecho interno a la vista de la letra y de la finalidad de la Directiva, tomando en consideración el conjunto de normas de dicho Derecho con el fin de alcanzar el resultado que ésta persiga¹⁴. En nuestro caso, favorecer el carácter colectivo del despido. De acuerdo a dicho principio de interpretación, los órganos nacionales tienen como límite lo que la elasticidad de la norma interna permita, operando “hasta el límite de lo posible” de acuerdo al ordenamiento nacional, y sólo podrá llevarse a cabo cuando lo permita la norma interna aplicable al caso¹⁵.

En este sentido, discrepamos de las posiciones que habían defendido la inaplicación de la Directiva, puesto que realmente el pronunciamiento europeo lo que exigía, más que una actuación judicial, es una reforma del legislador, puesto que la interpretación que integra la noción de centro de trabajo en el art. 51 ET, “va en contra de una interpretación literal del precepto”, no pudiendo, ni equiparar, ni incluir la noción de centro de trabajo en la de empresa, ni integrar en los umbrales ambas reglas, respondiendo a una operación de espiguelo normativo, que escoge lo favorable de cada norma: hasta la reforma normativa del artículo 51 ET, no podía invocarse su aplicación¹⁶.

2.2. La aplicación del principio de interpretación conforme del artículo 51 ET a la luz de la Directiva 98/59

Frente a esta posible discrepancia de la eficacia de la Directiva que se manifiesta al poco de la sentencia europea, entre el TSJ Catalán y el del País Vasco, el TS sigue la doctrina del TJUE y considera que la primacía de la Directiva debe tener efecto directo en el ordenamiento interno a través del “principio de interpretación conforme” de nuestra legislación a la misma, al haberse producido una defectuosa trasposición de la Directiva a la legislación española y encontrarnos ante un mandato claro, preciso e inequívoco. Conclusiones que son declaradas por el importante pronunciamiento del Alto Tribunal español de 17 de octubre de 2016¹⁷ que se decanta por la incorporación de la doctrina comunitaria a la legislación española, integrando la noción de centro de trabajo en nuestro artículo 51 ET, realizando un importante esfuerzo de construcción jurídica con el fin de buscar una solución interpretativa que adecue la regla estatutaria al Derecho Comunitario.

En tal sentido, la Sala de lo Social del TS declara que “la aplicación del principio de interpretación conforme al Derecho de la Unión, obliga a algo más que a un mero análisis de la ley nacional que conduzca a un resultado puramente declarativo de su literalidad”. A diferencia de la interpretación ordinaria de la ley que se circunscribe al estudio de un precepto legal al que se aplican los criterios hermenéuticos del art. 3.1º Código Civil, “la interpretación conforme al Derecho de la Unión supone la necesidad de contrastar la legislación interna con la Directiva respecto a la que ha de realizarse el *test de conformidad*, para establecer si es posible encontrar una solución interpretativa que permita compatibilizar el sentido de la norma nacional con la finalidad y resultado perseguido por la Directiva”, haciendo efectiva esa obligación que debe orientar la actuación del órgano judicial nacional como garante de la efectividad del Derecho de la Unión.

¹⁴ STJUE de 16 de julio de 2009, nº C-12/2008, Asunto Mono Car.

¹⁵ Vid. STJUE 19 abril 2016, C-441/14, Asunto Dansk Industri.

¹⁶ STSJ Cataluña 22 febrero 2016, Rec 5499/2015.

¹⁷ Rec 36/2016.

De esta forma, el Alto Tribunal considera que la ordenación española no ha excluido de forma expresa y explícita la aplicación del despido colectivo a la unidad referencial de centro de trabajo [art. 51 ET], permitiendo consecuentemente la interpretación conforme a la Directiva, inclinándose dentro de las opciones que establece el artículo 3.1 Ccv, en primera instancia, por la *interpretación teleológica* de la norma, que refrenda que su finalidad prioritaria es la de cumplir los resultados de la norma comunitaria que está trasponiendo, y en segundo lugar por una *interpretación sistemática* del precepto que apoya su posible inclusión como unidad referencial¹⁸. Desde esta última perspectiva, la determinación y alcance del artículo 51 ET permite la inclusión del centro de trabajo, si se considera la frecuente asimilación que existe en nuestro ordenamiento entre empresa y centro de trabajo, o en su caso la falta de precisión en las normas de su utilización, que implica que no deban concebirse en todo caso como términos excluyentes. A este respecto, dicho intercambio se produce en su propia ordenación que se extiende por obra del artículo 41.4 ET a cualquier medida de reestructuración. Y es que las reglas jurídicas de constitución de la comisión negociadora del período de consultas reglamentan una única comisión de “ámbito empresarial”, y sin embargo a continuación la Ley rectifica adaptando, como no podía ser de otro modo, la noción a los “centros de trabajo afectados por el procedimiento”, resultando finalmente más relevante que el centro de trabajo en cuestión se encuentre incluido dentro del proceso de reorganización productiva, que el ámbito empresarial por entero.

Bajo este enfoque, sí se comparte la apreciación de que en la legislación laboral no resulta siempre segura la referencia en las normas a una u otra unidad de referencia, utilizándose en numerosas ocasiones sin una precisión taxativa, equiparándolas en su alcance funcional, sin contraponerlas como categorías diferenciadas. Exponente paradigmático de dicha asimilación se encuentra, tanto en las normas estatutarias, cuando se designa al comité de empresa, como órgano representativo en la empresa o en el centro de trabajo (art. 63 y ss ET), como en la ordenación sindical, cuando se hace referencia a los derechos de los trabajadores afiliados que se desarrollaran en el ámbito de la empresa o centro de trabajo (art. 8.1 LOLS), nombrándose un delegado sindical elegido en la empresa o centro de trabajo (art. 10.1 LOLS), o, finalmente, se constituirá el Comité de Seguridad y Salud en las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores (art. 38.2 LPRL). A cuyas previsiones, se pueden unir las menciones de la propia sentencia sobre los derechos de intervención de los representantes de los trabajadores que son elegidos en el centro y, sin embargo, se requiere su participación en medidas que inciden en el ámbito de la empresa (art. 64 ET).

Dichas referencias indistintas no significa que la noción de empresa y centro de trabajo sean realidades intercambiables de forma generalizada, ni tampoco que dicha identificación se produzca en todo caso, sino más bien de lo que se trata con dicha argumentación es de integrar el centro como ámbito de cómputo en el despido colectivo, demostrando que la admisión de la empresa como marco de referencia en las normas no tiene porque excluir preceptivamente la noción de centro de trabajo. Conclusión que se produce en todos estos supuestos y en más ocasiones dentro de la legislación laboral donde ambos conceptos se identifican, sin que su utilización literal pueda conducir a una respuesta categórica de marginación de la realidad omitida.

En conclusión, todo lo anterior conduce a que la Sala Cuarta cambie la jurisprudencia mantenida hasta la fecha, –más que completarla–, al convalidar la respuesta jurisdiccional llevada a cabo por el TSJ País Vasco de 21 de mayo de 2015, Rec 5/2015, en el que se aprecia el carácter colectivo del despido en la empresa ZARDOYA, pese a afectar sólo a 27 empleados en un centro de trabajo de 77 empleados, en una empresa que contaba con alrededor de 3100 tra-

¹⁸ En contra de la aplicación del principio de interpretación conforme en el caso del artículo 51 ET, se pronuncia DESDENTADO BONETE, A., para quien cualquiera de los criterios de interpretación admitidos llevan a la conclusión contraria que se mantiene en la sentencia del Tribunal Supremo 17 de octubre de 2016 [“Problemas de aplicación del Derecho social europeo. Del caso Telefónica Móviles al Caso Zardoya Otis”, *El Derecho. Revista de Jurisprudencia* (2017)].

bajadores. Desde esta perspectiva, el despido producido puede ser calificado como colectivo, al afectar en un período de 30 días a una cifra igual a 10 o más en los centros que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 (art. 1 i), así como como a un mínimo de 20 despedidos en un período de 90 días, sea cual fuere el número trabajadores habitualmente empleados en los centros afectados (art. 1.ii). No obstante, la conclusión obtenida por la mencionada sentencia es que la interpretación del artículo 51 ET permite su aplicación “no solo cuando se superen los umbrales fijados en el mismo a nivel de la totalidad de la empresa, sino también cuando se excedan en referencia a cualquiera de sus centros de trabajo aisladamente considerados en el que presten servicio más de 20 trabajadores”.

Consiguientemente, el pronunciamiento judicial en su interpretación va más allá, al establecer una doctrina jurisprudencial taxativa que sólo va a reconocer la virtualidad del centro de trabajo como ámbito de cómputo, *exclusivamente en el caso de que en dicho centro presten sus servicios habitualmente más de 20 trabajadores*: “la dimensión necesariamente plural del despido colectivo impide la aplicación de este régimen jurídico a cualquier centro de trabajo, lo que nos lleva a insistir en la circunstancia de que esa misma interpretación conforme al Derecho de la Unión del art. 51.1º ET obliga a entender que el concepto de centro de trabajo, a efectos del despido colectivo, no puede ser otro que el previsto en el art. 1.1º de la Directiva 98/59, esto es, aquel que emplea habitualmente a más de 20 trabajadores, *al ser este último requisito cuantitativo consustancial al propio concepto de centro de trabajo* en los términos establecidos en la Directiva”.

En suma, se debe calificar como despido colectivo y respetar por consiguiente el régimen legal aplicable en esta materia, tanto las situaciones en las que las extinciones de contratos computables superen los umbrales del art. 51.1º ET tomando la totalidad de la empresa como unidad de referencia, “como aquellas otras en las que se excedan esos mismos umbrales afectando a un único centro de trabajo que emplee habitualmente a más de 20 trabajadores”. Se fija así dicho umbral mínimo de plantilla para que la noción de centro de trabajo se convierta en *unidad de referencia* relevante, preconizando la aplicación de los umbrales del artículo 51 ET.

No obstante, en virtud de sus consideraciones los problemas interpretativos no finalizan aquí. La aplicación del ámbito de centro de trabajo de más de 20 trabajadores, como noción relevante, no acaba de determinar con certeza cuál es el umbral de afectados que ha de aplicarse: en principio, parece que ha de defenderse el mínimo de 10 cuando la plantilla no rebasa la cifra de 100, incrementándose la cifra al 10 por 100 o la de 30 a medida que aumente el número de trabajadores del centro, pero permanece la duda de si deberá aplicarse el de 20 trabajadores despedidos prescrito en todo caso de la Directiva, cuando resulte más favorable que el 10 por 100 o el de 30, o por el contrario dicha previsión no resultará extensible a la norma española en ningún caso¹⁹.

Sin pretender entrar ahora en más detalles, sí quiero apuntar que la solución aplicada por la sentencia del Tribunal Supremo realiza una *especie de espiguelo entre ambas normas*, puesto que aplica la regla primera del artículo 51 ET, pero acomodándola a los indicadores comunitarios en el mínimo de trabajadores de plantilla que no tiene la regla española. En tal sentido, se incorpora en la norma española el umbral mínimo fijado en la norma comunitaria de 20 trabajadores, cuando la disposición española no lo establece, para aplicar el criterio de centro de trabajo, y creemos se mantiene el plazo de 90 días, mezclándose así dos disposiciones que no se mueven bajo los mismos criterios normativos. Y es que a los efectos de determinar la dimensión colectiva del despido la comparación entre la norma española y la comunitaria no resulta fácil de integrar, habida cuenta que la diferencia que las separa no reside exclusivamente en la

¹⁹ Según LAHERA FORTEZA, J., la sentencia descarta recurrir en secuencia de 90 días a un mínimo de 20 despedidos en cualquier centro de trabajo, y se centra en centros de más de 20 trabajadores [“Despidos colectivos en centros de trabajo” *Derecho de Relaciones Laborales* (2017), nº 5].

unidad de cómputo, sino en la relación cuantitativa entre las extinciones y la plantilla de la empresa, así como en el período temporal de medición.

No obstante, una interpretación más adecuada a la dicción del artículo 51 ET –cuyo contenido representa un límite a la interpretación conforme– hubiera sido aplicar la escala prevista en la misma, a la unidad de referencia del centro de trabajo sin más, no incorporando en su aplicación el umbral mínimo de 20 trabajadores que utiliza la norma comunitaria, pero no la nacional. De esta forma, si el centro de trabajo ocupa hasta 100 trabajadores resultará colectivo si afecta al menos a 10 trabajadores, al 10 por 100 si el centro tiene entre 100 y 300, y a 30 trabajadores si emplea a más de 300 trabajadores. A nuestro juicio, con esta fundamentación el Alto Tribunal hubiera garantizado la efectividad de la Directiva sin incorporar en la norma datos normativos ausentes de la redacción del texto legal que ponen en cuestión el principio de interpretación conforme que precisamente se aplica, cuando no se puede invocar la aplicación directa de la Directiva, y que trata de adecuar la aplicación de la norma nacional a la misma, pero sin poder obviar su ordenación que en esta hipótesis no fija umbrales mínimos de plantilla.

Con dicha interpretación se ha de concluir que la Directiva no sólo incluye la noción de centro como el ámbito relevante, sino también el mínimo de plantilla por centro, por debajo del cual no se tiene en cuenta como marco de referencia: dicha tesis choca con nuestra disciplina que en el marco empresarial no exige mínimos, y que por tanto en el marco de la empresa de menos de 20 trabajadores (11 a 20) podría ser colectivo si afecta a 10, y por el contrario si fuera un centro de trabajo no podría considerarse ámbito relevante, produciéndose una respuesta un tanto disfuncional, planteándose si ese mínimo también resultara extensible a la dimensión empresarial.

Finalmente, antes de concluir es preciso advertir que la propia delimitación de la noción de centro de trabajo que se ha de utilizar para aplicar el criterio del doble cómputo, paradójicamente no es un concepto a definir por la legislación nacional, sino que el Tribunal europeo ha defendido que es un *concepto comunitario*, que no puede modificarse, ni alterarse libremente por las legislaciones de los Estados miembros, y que, por tanto, debe ser objeto de una interpretación uniforme y autónoma en el Derecho social de la Unión. Dicha noción no es definida por la Directiva del despido colectivo, sino que es fruto de creación jurisprudencial por el Tribunal de la Unión en distintas sentencias²⁰. En concreto, se distingue por ser “aquella entidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido” sin que resulte preceptivo que “dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos”²¹, realizando las siguientes precisiones adicionales en un pronunciamiento posterior: ha de tratarse de “una entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas” “no debe estar dotada necesariamente de autonomía jurídica, económica, financiera, administrativa o tecnológica para poder ser calificado como centro de trabajo”²², y para el tribunal europeo será en esa entidad, separadamente de lo que ocurra en las otras entidades de la empresa, donde se deberán alcanzar los umbrales fijados para entender que el despido es colectivo.

Indudablemente, su identificación se convierte a partir de la jurisprudencia del año 2016 en una cuestión crucial, puesto que la aplicación de los criterios que debe reunir la unidad productiva para considerarla un centro de trabajo resulta un indeclinable presupuesto de partida a resolver, que con la transformación de las estructuras empresariales puede no resultar fácil de apreciar. A este respecto los rasgos comunitarios que le identifican se separan de la definición

²⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO, M., “El concepto de centro de trabajo...”, *cit.*, p. 105 y CASAS BAAMONDE, M^a.E., “Unidades de cálculo de los umbrales numéricos...”, *cit.*, p. 376.

²¹ STJUE 7 diciembre 1995, Asunto ROCKFON (C-449/93).

²² STJUE 15 febrero 2007, Asunto Athinaiki Chartopiia (C-270/05).

nacional contenida en el artículo 1.5 ET, configurando una definición amplia y abierta de un concepto eminentemente localista de centro de trabajo, tratando de facilitar la sujeción de los despidos colectivos a la Directiva, o en los términos jurisprudenciales para limitar los casos de despidos colectivos no sujetos a las Directivas, poniendo de relieve en la evolución interpretativa de la Directiva no sólo su finalidad protectora de los intereses de los trabajadores, sino también una equiparación de cargas entre las empresas radicadas en la Unión Europea, por su posible incidencia en el funcionamiento del mercado interior²³.

3. LA PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA PARA LA INTEGRACIÓN DEL CENTRO DE TRABAJO COMO POSIBLE ÁMBITO DE CÓMPUTO Y SUS POSIBLES CONSECUENCIAS

A la vista de la jurisprudencia parece indeclinable que el legislador español modifique el artículo 51 ET introduciendo el ámbito del centro de trabajo como unidad de cómputo. No obstante, su incorporación al precepto estatutario por razones de seguridad jurídica conduce a plantearse su concreta configuración y su relación con el ámbito de la empresa. En tal sentido, consideramos insoslayable que se deba continuar reivindicando en nuestro tejido productivo la conveniencia de que por regla general el cómputo se realice sobre el conjunto de la empresa, y no sobre el concepto localista de centro: la dimensión global de la empresa debe continuar siendo la *unidad preferente de cómputo*. Bajo nuestro punto de vista, la defensa de dicho criterio general debe ser así porque dicha regla es la que más favorece el ejercicio de los derechos de participación de las representaciones en nuestro tejido productivo (y por tanto la finalidad de la Directiva), en la medida en que en nuestras organizaciones empresariales priman las estructuras descentralizadas y de reducidas dimensiones. Atender exclusivamente al centro de trabajo en nuestras fronteras expulsaría a numerosos despidos de la calificación de colectivo, propiciando el despido objetivo que reduce las garantías de participación de las representaciones de los trabajadores. Asimismo, el mantenimiento de la unidad referencial de la empresa debería coexistir con los umbrales aplicables y el tramo temporal más amplio que el de la Directiva, sin que haya razones para modificar dicha disciplina más favorable.

Además, el *ámbito de la empresa* es el que resulta más adecuado para valorar el conjunto del despido colectivo y el alcance de las medidas de reestructuración empresarial propuestas, sin que resulte lo más pertinente en su tratamiento la parcelación de los despidos por centro de trabajo como imperativo general. Por tanto, y pese a que en algún caso dicha unidad de cómputo pueda perjudicar el carácter colectivo de la medida, y se separe con claridad de la norma comunitaria, debe ser el criterio de referencia en la legislación española, admitiéndose solamente el criterio del centro de trabajo como *alternativa residual o complementaria de la principal*, cuando se produzca una desprotección de los trabajadores. O dicho de forma ilustrativa, el ámbito de referencia del centro de trabajo deberá operar sólo una vez descartado el de empresa, para apreciar la calificación colectiva del despido, manteniéndose los mismos umbrales que en el marco de la empresa que sustancialmente coinciden con los fijados por la norma europea, debiendo incluirse sólo para la unidad del centro la plantilla mínima de 20 trabajadores.

Ello implica que un despido de 12 trabajadores en un centro de trabajo de 18 empleados, en una empresa de menos de 100 trabajadores continuara siendo colectivo, o igualmente recibirá dicha calificación el que rebase la cifra de 30 trabajadores, cuando la empresa tenga más de 300 trabajadores, aunque se trate de centros que no superen los 20 trabajadores (tiendas de ropa, o cadena de fotografía, o estaciones de servicio). La revisión del precepto normativo no debe utilizarse para acomodar nuestra disciplina normativa a la dicción literal de la Directiva en aras de una finalidad armonizadora, sino que debe continuar reivindicándose con intensidad el criterio utilizado por nuestro artículo 51 ET.

²³ SSTJUE 13 de mayo 2015, Asunto Little C-182/13 y 30 abril 2015, Asunto USDAW C-80/14.

Dicha conclusión se defiende, pese a la falta de sintonía que se produce en nuestro modelo colectivo de relaciones laborales, cuyas reglas de constitución y composición de las representaciones de los trabajadores se asientan en la unidad electoral del centro de trabajo y no de empresa, de modo particular en las unitarias o electivas, y de forma indirecta en las sindicales, pese a su libertad de autoorganización. De este modo, puede parecer un contrasentido que su acción colectiva se limite a dicha esfera de actuación, y que, por el contrario, el diseño de los ámbitos de actuación que rigen para la apertura del período de consultas se soporten en el marco de la empresa, cuya disciplina, además, resulta transversal a la luz del art. 41.4 ET.

Indudablemente, ello genera problemas en la constitución de la comisión negociadora en las empresas pluricelulares al carecer de representaciones que rebasen el centro de trabajo, así como vacíos de representación en los centros carente de sujetos representativos, que no han sido satisfactoriamente resueltos través de las comisiones *ad hoc* [art. 41.4 ET]. Ahora bien, dicha ordenación normativa tan soportada en el pilar de centro de trabajo, que resulta ciertamente criticable, no puede justificar que las reglas que fijan los ámbitos de actuación del doble canal para graduar el alcance de su participación se ciñan a dicha microrealidad, sin tener en cuenta el conjunto de lo que ocurre y se produce en el seno de la empresa. A nuestro juicio, la tendencia de cambio debería venir dirigida en sentido inverso: promoviendo la alteración de las reglas de constitución de los órganos de representación, facilitando estructuras representativas a nivel de empresa o, incluso, supraempresariales, que simplificarían la farragosa constitución de la comisión negociadora, sin afectar, por el contrario, y salvo en los casos imprescindibles, las acertadas normas que en este terreno adoptó el legislador del año 1994 tomando como referencia la empresa para dirimir el alcance colectivo de las medidas adoptadas.

Excluido el carácter colectivo en el ámbito empresarial, y una vez incorporado la noción de centro de trabajo, es necesario que el legislador fije con claridad los umbrales exigibles en relación con la plantilla del centro. Al día de hoy, no hay certeza en la aplicación de la norma nacional, cuando el proyecto de reestructuración se aborda en dicho marco de referencia, provocando la nulidad si se tramita equivocadamente como despido objetivo. En principio, y a la vista de la jurisprudencia comunitaria y nacional, la relación de afectados por centro de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores deberá ser como mínimo de 10; si la plantilla del centro se incrementa hasta 300, al menos el despido deberá afectar a un 10 por 100, y si supera dicha cifra deberá afectar al menos a 30 trabajadores, resultando que este último supuesto no será aplicable comúnmente, puesto que se apreciara el carácter colectivo de la medida, en función del criterio del ámbito empresarial. Con respecto al tramo temporal, considero que deberá permanecer, pese al tenor de la Directiva, también en los centros de trabajo la medición en un plazo de 90 días que es el período que con carácter general sirve para la determinación del carácter colectivo de las medidas en Derecho español [arts. 40.2, 41.2 y 51.1 ET], sin que la integración del centro de trabajo deba implicar la reducción de dicha garantía que favorece la noción de despido colectivo en dicha unidad referencial²⁴.

Asimismo, y de conformidad con la jurisprudencia europea relacionada, resultara necesario que se recoja en la norma legal la noción de centro de trabajo aplicable en este marco conforme a las orientaciones comunitarias. A partir de los pronunciamientos del TJUE, el concepto de centro de trabajo se tiene que modular en la legislación laboral en función de la institución de que se trate, en lugar de fijar una acepción unívoca de centro de trabajo, como parecía dar a entender el texto estatutario [art. 1.5 ET]. A este respecto, descartamos que la noción comunitaria aplicable en el marco del despido colectivo pueda aplicarse a todas las medidas en las que este en juego los derechos de participación de la representación de los trabajadores (por ejemplo, sucesión de empresas o prevención de riesgos)²⁵. Parece claro que, formalmente, el cambio

²⁴ Por el contrario, LAHERA FORTEZA, J., propone una doble opción que diversifique el cómputo de los despidos en el ámbito de la empresa y en el del centro de trabajo, reduciendo a 30 días en el caso del centro de trabajo [“Despidos colectivos en centros de trabajo”, *cit.*]

²⁵ En este sentido, CABEZA PEREIRO, J., indica que el debate conceptual de centro de trabajo trasciende al despido colectivo para afectar transversalmente a toda la materia de participación [“La última jurisprudencia del Tri-

de unidad de referencia resulta exigible sólo para el despido colectivo al que la Directiva se acota, no pudiendo trascender al resto de los derechos de participación, puesto que la Directiva marco 2002/14, sobre derechos de información y consulta, cuando alude a la noción del centro de trabajo, hace referencia expresa a la legislación nacional dando unas meras pautas generales (art. 2 b), siendo que el umbral fijado en dicho ámbito es meramente potestativo para el Estado, habiendo la norma española optado por el criterio de empresa (art. 3).

Del mismo modo, la jurisprudencia comunitaria sólo actúa y obliga en el marco del despido colectivo, sin que pueda tener incidencia en la misma e idéntica escala que fijan los traslados y modificaciones de condiciones de trabajo de carácter colectivo [arts.40.2 y 41.2 ET], puesto que dicha reforma requeriría una intervención legislativa, al ir en contra de la redacción literal del texto de la norma estatutaria, y no tener el alcance de una medida como el despido colectivo, al mantener los puestos de trabajo, pese a que la finalidad inmediata de la norma es preservar también el ejercicio de los derechos de información y consulta. Por ello, en principio, consideramos que dichas exigencias sólo deben requerirse en el marco del despido colectivo.

Dicho esto, parece un contrasentido el mantenimiento del criterio del doble cómputo en el despido colectivo, y no en el resto de medidas de flexibilidad interna, cuando en la práctica judicial se demuestra que los derechos de información y consulta arbitrados a favor de las representaciones de los trabajadores toman como referencia a la acción extintiva, siendo los criterios interpretativos adoptados prácticamente transversales para todas las medidas²⁶. Sin embargo, al día de hoy puede suceder que la medida arbitrada de despido sea considerada colectiva al tener en cuenta el centro de trabajo, mientras que el traslado bajo los mismos parámetros sea calificado como individual, al tener en cuenta la referencia de la empresa, consecuencia que no parece muy razonable. Por ello, lo más adecuado sería que la reforma que integrara el centro de trabajo como ámbito de referencia en el despido colectivo, hiciera bajo las mismas reglas lo propio en el campo de acción de las medidas de flexibilidad interna que lo exijan. La ordenación normativa del traslado colectivo y de las modificaciones sustanciales de condiciones deberían ser susceptibles de una revisión normativa, sin que ello afecte a la suspensión de contrato y reducción de jornada [art. 47 ET] y al descuelgue convencional [art. 82.3 ET], cuyas consultas han de tramitarse en todo caso y con independencia del número de trabajadores de la empresa y de afectados.

Por último, también resulta de interés reflexionar sobre si la entrada en juego del centro de trabajo puede afectar a las propias reglas que diseñan la negociación del período de consultas. El principal interrogante que surge incide en el *ámbito de negociación*, puesto que puede parecer un tanto disfuncional que para la fijación de su carácter colectivo sólo se tenga en cuenta el centro de trabajo, pero que en la unidad del proceso negociador se diseñe en exclusiva en función de la empresa en su conjunto, o más estrictamente en los centros afectados por el procedimiento, habiéndose descartado en la última reforma las negociaciones parceladas por centros de trabajo, que sí se admitían con la disciplina anterior (RD 801/2011). A nuestro entender, la elección del criterio del centro de trabajo como ámbito de referencia podría tener consecuencias directas en el propio diseño del proceso negociador, arbitrando la posibilidad de adaptar el ejercicio de los derechos de información y consulta al espacio más limitado de dicha unidad de referencia, excluyendo uno más amplio.

En tal sentido, habría que reflexionar si la regla actual requiere una reforma normativa para contemplar el ejercicio del período de consultas, alternativamente, en la empresa o centros afectados, como unidad preferente, o en su caso también en cada uno de los centros de trabajo,

bunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas", Trabajo y Derecho (2015), nº 10, p. 6].

²⁶ Cfr. MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., "La aplicación judicial de los derechos de información y consulta en los procesos de reestructuración empresarial", en AA.VV. (Escudero Rodríguez, R, Coord.), *Las reestructuraciones empresariales: Un análisis trasversal y aplicado*, Madrid (Cinca), 2016, p. 320.

dependiendo del ámbito en que se proyecte el carácter colectivo de la decisión extintiva, con las consecuencias que ello puede conllevar en la decisión final, o, por el contrario, resulta preferible mantener la solución jurídica actual que acota en todo caso el ámbito del proceso negociador a los centros de trabajo afectados por el procedimiento. A este respecto, no se puede obviar las consideraciones del Tribunal Europeo, cuando indica que el fin perseguido por la Directiva 98/59 es contemplar “las consecuencias socioeconómicas que los despidos colectivos pueden producir en un contexto local y en un medio social determinado”²⁷, siendo que en esa entidad, separadamente de lo que ocurra en las otras entidades de la empresa, donde se deberán alcanzar los umbrales fijados para entender que el despido es colectivo. Dichas finalidades, indudablemente, ligan la negociación al ámbito del centro de trabajo, de modo especial cuando los centros están muy dispersos geográficamente, posibilitando de esta forma soluciones distintas de acuerdo o desacuerdo al procedimiento de consultas, en función de las circunstancias de cada centro.

3. LA NECESARIA INTEGRACIÓN DEL GRUPO DE EMPRESAS COMO ÁMBITO DE REFERENCIA EN EL DESPIDO COLECTIVO

Indudablemente, en los últimos tiempos la invocación de dicha realidad interempresarial se ha revalorizado en sede judicial precisamente con ocasión de los procesos de reestructuración productiva, llegándose incluso a reelaborar el concepto de grupo de empresa diseñado en los años 90, perfilándose la doble categoría de grupo de sociedades mercantil y de grupo de empresas de efectos laborales o patológico²⁸. Dicha noción que en la propia legislación laboral tiene escasa cabida, y en el concreto mundo jurídico de la reestructuración empresarial ha sido relativamente ignorada, al fundarse los procesos en el ámbito exclusivo de la empresa, sin embargo, se ha de advertir que se ha ido colando de forma desapercibida, primero tímidamente en las normas, después en los pronunciamientos judiciales en los que ha ido adquiriendo un protagonismo crucial, hasta llegar a modular el ámbito de actuación del despido colectivo cuando opera en el marco del grupo de empresas de efectos laborales. Sin embargo, se ha de llamar la atención como la deficiente regulación de esta realidad en la disciplina laboral ha provocado durante la grave crisis económica padecida por nuestro país que su utilización se invoque con demasiada frecuencia como arma arrojadiza en el debate judicial, al constituirse en motivo de impugnación suficiente en los procesos de despido colectivo para dar lugar a su nulidad, al viarse irremediadamente todo el proceso negociador²⁹.

Como se sabe, si el grupo de empresas es mercantil, la Ley es taxativa, y no establece disposición específica alguna que altere las reglas negociadoras: la irrelevancia del grupo conduce a que cada una de las empresas que lo integran deban negociar exclusivamente con la representación de los trabajadores constituida en cada organización productiva³⁰. Se habrán de constituir tantas comisiones negociadoras como empresas afectadas haya en el grupo, negociándose las consultas de forma separada en cada una de ellas. Dicha alternativa de negociar en el grupo “no existe en el caso de la negociación del período de consultas de un despido colectivo”³¹, puesto que la Ley sólo admite un único ámbito: *el de la empresa*. La empresa es la frontera del ámbito de negociación del período de consultas, descartándose el grupo de empresas mercantil como unidad negociadora.

²⁷ STJUE 15 febrero 2007, Asunto Athinaiki Chartopiia (C-270/05).

²⁸ Es clásica la formulación del grupo de empresas en los años 90, por las SSTS 30 enero 1990, Ar. 233 y 9 mayo 1990, Ar. 3983.

²⁹ SSTS 20 noviembre 2014, EDJ 237201 y 21 mayo 2015, EDJ 118084.

³⁰ Es cierto que en la jurisprudencia contencioso-administrativa anterior a las reformas se había admitido la posibilidad de que el expediente de regulación de empleo se desarrollara en el ámbito del grupo, sin atender demasiado a su condición de «mercantil» o «laboral», pero con la disciplina actual, la cuestión es clara.

³¹ SAN 12 junio 2013, Proc 143/13.

En tal sentido, la resistencia permanente de contemplar el ámbito del grupo de empresas como marco de referencia en el despido, se encuentra decisivamente condicionada por la jurisprudencia europea sobre la norma comunitaria que aparentemente ha tenido una incidencia más desapercibida, pero realmente determinante para los pronunciamientos nacionales. Y es que la Directiva 98/59 ha ignorado en lo sustancial la presencia del grupo de empresas, puesto que como ha declarado el TJUE en la interpretación de su artículo 2, “el único destinatario de las obligaciones de información y consulta de la Directiva es el empresario que tiene una relación laboral con los despedidos”, el ámbito de negociación colectiva previa al despido colectivo no es el grupo de sociedades, sino “la empresa que practica los despidos, debiendo ésta mantener su autonomía negocial en el período de consultas respecto de la dirección del grupo”³². Por tanto, el grupo es irrelevante a estos efectos, aunque la medida la haya tomado la empresa matriz del grupo y la filial sólo siga sus indicaciones, o la decisión afecte a varias empresas del grupo que de forma simultánea o sucesivamente deciden adoptar acciones colectivas [art. 51.8 ET]. La representación de los trabajadores deberá actuar en cada comisión negociadora que se constituya en cada empresa, sin tener en cuenta esta integración en el grupo.

Sin embargo, lo cierto es que a la disciplina jurídico-laboral no le es completamente indiferente la integración del sujeto empresarial en un grupo de empresas de esta índole, puesto que su presencia en el seno de los procesos de despido colectivo se ha contemplado para la fijación de las medidas de acompañamiento de recolocación interna [art. 8.1 a) RD 1483/2012], o para determinar la exigencia del preceptivo plan de recolocación externa [art. 9.5 RD 1483/2012]. Ahora bien, su referencia más importante es la que ha provocado *la ampliación de la obligación de información y documentación a la representación de los trabajadores*, bien de la sociedad dominante del grupo, o bien de las demás empresas del grupo, en función de si el grupo tiene la obligación o no de formular cuentas consolidadas, cuando la causa invocada es la económica [art. 4.5 RD 1483/2012]. Dicha extensión del deber informativo provocó en su origen que se albergaran expectativas del reconocimiento del grupo a efectos al menos causales. No obstante, la interpretación que se ha impuesto de la obligación extensiva documental no ha provocado la natural consecuencia de valorar la causa económica en el grupo, y consecuentemente la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada en dicho ámbito, pudiendo, incluso haber posibilitado la entrada en la negociación a las distintas empresas del grupo y a sus representantes, fijando un marco de negociación grupal.

Por el contrario, la tesis jurisprudencial es taxativa y dicha valoración causal, y alteración procedimental *sólo se tendrán en cuenta si el grupo de empresas se califica de laboral*. De forma contundente, el Alto Tribunal ha negado dicha consecuencia, al considerar que este trascendente impacto del grupo debiera haber sido previsto el legislador con carácter expreso, indicando que dicha obligación tiene una mera “finalidad meramente informativa acerca de la «limpieza» de relaciones entre la empresa matriz y sus filiales, así como de la posible concurrencia de alguno de los elementos adicionales, determinantes de responsabilidad solidaria”³³. Su incumplimiento puede llegar a provocar igualmente la nulidad del despido colectivo por infracción de la obligación documental [art. 124.2 b) LRJS], pero sin que ello implique consecuencia adicional alguna en la propia noción y articulación del despido colectivo en el ámbito del grupo de empresas.

Como se ha expuesto, dicho panorama cambia radicalmente cuando el grupo de empresas se califica como *patológico o de efectos laborales*, al acreditarse toda una serie de elementos adicionales en el grupo de sociedades que conduce a dicha calificación. En tal sentido, la denominada jurisprudencia de indicios durante décadas ha concebido como tal en el que concurren, los siguientes requisitos: a) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, b) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo, c) Creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y d) Confusión de

³² STJUE 10 septiembre 2009, Asunto AKavan contra Fujitsu.

³³ SSTS 27 mayo 2013, Rec 78/12, 24 septiembre 2015, Rec 309/14 y 20 octubre 2015, Rec 272/14.

plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección³⁴. Como se sabe, la consecuencia principal que generaba la presencia de dicho grupo es la extensión solidaria de las responsabilidades laborales a todas las empresas del grupo, como si de una única empresa se tratara, con una finalidad claramente protectora o de garantía de la posición de los trabajadores afectados.

Pues bien, desde la STS 27 de mayo 2013, Rec 78/12 se rectifica algunos de los criterios u indicios que habían servido para identificar a un grupo de estas características, y se ajusta la interpretación de algunos tradicionales³⁵. De modo particular, se elimina la dirección unitaria del grupo (salvo que se ejerza anormalmente) y la apariencia externa de unidad como elementos adicionales que permiten calificar al grupo como de efectos laborales, al considerar que dichos rasgos son consustanciales al grupo de empresas, sin que puedan entrar en la categoría de elementos adicionales que provocan el cambio del tratamiento del grupo³⁶. Consecuentemente, a raíz de dicho pronunciamiento, el grupo de efectos laborales queda configurado a través de los siguientes elementos adicionales: 1º) el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, manifestado en la prestación indistinta de trabajo -simultánea o sucesivamente- en favor de varias de las empresas del grupo; 2º) la confusión patrimonial; 3º) la unidad de caja; 4º) la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica, con creación de la empresa “aparente”; y 5º) el uso abusivo –anormal– de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos de los trabajadores. En suma, como se ha dicho con razón, dicha última jurisprudencia incide en el *carácter patológico del grupo*, teniendo en cuenta que dicha realidad se aprecia más bajo la teoría del fraude, que de la cotitularidad³⁷.

Desde este enfoque, el grupo relevante desde una perspectiva laboral es el que se concibe como una *figura ilícita*, un modo de ocultación de la realidad producido ilegalmente por las empresas, siendo la labor del órgano judicial hacer desaparecer la apariencia fraudulentamente creada para imponer por encima de ella la realidad del auténtico empleador, que continúa rigiéndose en la legislación laboral por *el principio de unicidad*. Y es que su existencia deriva de una serie de incumplimientos de la legalidad laboral y contable por parte de la empresa –prestamismo laboral, uso abusivo de la personalidad jurídica, etc– que conducen a que su reconocimiento pretenda proteger en dichas situaciones de ilicitud, los derechos de los trabajadores. A nuestro modo de ver, dicha reconsideración de la noción de grupo a efectos laborales es excesivamente tributaria de la consecuencia jurídica principal que los tribunales anudan a su presencia, relativa a la extensión de responsabilidad solidaria a las empresas integrantes del grupo³⁸.

Sin embargo, a los efectos que ahora interesa, el reconocimiento del grupo de empresas laboral cobra una trascendencia decisiva, al convertirse en la única hipótesis en que dicho marco se convierte en la unidad de cómputo del despido colectivo, así como el ámbito de negociación relevante del proyecto extintivo es el grupo empresarial, rebasando el tradicional o clásico de cada una de las empresas que lo componen, adaptándose la causalidad al marco del grupo³⁹.

³⁴ SSTs 30 enero 1990, Ar. 233; 9 mayo 1990 Ar. 3983; 26 enero 1998, Rec 2365/97; 4 abril 2002, Rec. 3045/01; 20 enero 2003, Rec. 1524/02; 3 noviembre 2005, Rec 3400/04 -; 10 junio 2008, Rec 139/05; 25 junio 2009, Rec 57/08; 21 julio 2010, Rec 2845/09, 12 diciembre 2011, Rec 32/11 y 23 octubre 2012, Rec 351/12.

³⁵ Vid. in extenso, DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., *Grupos de empresas y despidos económicos*, cit., pp. 82 y ss.

³⁶ Sobre dicha doctrina jurisprudencial, véase BAZ RODRIGUEZ, J., “El despido colectivo en las empresas de grupo”, *Revista Trabajo y Derecho* (2015), nº 1, pp. 2 y ss.

³⁷ SAN 12 junio 2014, Proc 79/14.

³⁸ GOERLICH PESET, J.Mª., “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente: puntos críticos”, *Revista de Información Laboral* (2014), nº 5, pp. 7 y ss.

³⁹ De esta forma, para apreciar una situación económica negativa es necesario valorar el estado económico del grupo laboral en su conjunto [STS 3 diciembre 2012, Rec 965/12]. Por consiguiente, habrá de examinarse la situación económica de todas las empresas del grupo [AN 20 enero 2014, Proc 256/13; SSTs 29 enero 2014, Rec 121/13 y 18 febrero 2014, Rec 42/13]

De esta forma, los tribunales lo afirman con contundencia, “en ningún caso sería posible construir como ámbito de negociación del período de consultas de un despido colectivo el grupo de empresas, si éste no es un grupo de empresa laboral”⁴⁰. En consecuencia, tanto el propio concepto de despido colectivo se ha de adaptar a dicha realidad grupal, acomodándose la relación de afectados y umbrales de plantilla al conjunto de empresas que integran el grupo, como el período de consultas ha de articularse y negociarse en el marco del grupo, dando entrada a todas las empresas implicadas en el grupo, y a las representaciones de los trabajadores de los centros de trabajo afectados de las distintas entidades. Indudablemente, la complejidad del régimen del despido colectivo se acrecienta, sin que las normas ordenadoras implicadas haya contemplado de ningún modo y manera el grupo empresarial, dando por sobreentendido su adaptación al principio de unidad de empresa.

A estos efectos, la regla estatutaria esencial del artículo 41.4 ET que rige la composición de la comisión negociadora deberá proyectarse en el seno del grupo con las limitaciones y requisitos que impone dicho precepto respecto al banco social, pese a que no está pensando de ningún modo en una realidad interempresarial. Nos encontramos ante una norma realmente compleja en su articulación, cuando la empresa tiene varios centros de trabajo, que sería la hipótesis aplicable al grupo, cuya dificultad se incrementa, si ha de ser aplicable a diferentes empresas. Por mencionar dos exponentes significativos, la norma no prevé la presencia de varios Comités Intercentros que pudieran existir en un grupo, o la limitación actual del número de miembros en una comisión interempresarial se puede concebir como excesivamente restringida, sin contar con la complejidad que puede suponer el reparto proporcional de puestos aplicado en el seno de un grupo empresarial. En definitiva, los problemas que puede originar su adaptación en el grupo de empresas laboral recomendarían una reforma del precepto legal que recogiera dicha alternativa grupal.

Dicha adecuación al marco negociador grupal no resulta una cuestión baladí, sino que la falta de adaptación del proceso negociador al ámbito del grupo provoca ineludiblemente la *nulidad* del despido colectivo, siempre que se cumpla una condición previa y es que la representación de los trabajadores haya reclamado su presencia en las consultas, extendiéndose a todas las empresas integrantes del grupo la responsabilidad empresarial frente a la decisión impugnada⁴¹. En definitiva, el período de consultas no se ha desarrollado en el ámbito negocial adecuado, provocando la nulidad de la decisión empresarial, al viciarse irremediabilmente todo el proyecto de extinción desde el momento inicial, al desenvolverse en un marco mucho más reducido que el que realmente correspondía. Ello va a obligar a que las empresas integradas en el grupo tengan que resolver antes de iniciar el proceso de despido colectivo la vidriosa cuestión de valorar de forma previa, si concurren los elementos adicionales fijados por la jurisprudencia para calificar el grupo con efectos laborales, y en caso afirmativo, negociar en el marco del grupo, y no en cada una de las empresas integrantes, con el fin de evitar el pronunciamiento judicial de nulidad.

El tradicional sistema de indicios que permite el reconocimiento del grupo a efectos laborales por mucho que se haya simplificado resulta un verdadero dilema dotado de una elevada inseguridad jurídica, que las más de las veces requiere un pronunciamiento judicial *a posteriori*, o en su caso un acuerdo expreso entre los implicados para negociar en el marco del grupo laboral, incluyendo a las representaciones de los trabajadores. La voluntad empresarial que inicia el proceso marca las reglas de la negociación con una norma que no se puede obviar no recoge dicha opción grupal, incurriendo sin duda en una apuesta arriesgada, en caso de que las representaciones de los trabajadores no estén conformes. Como se ha dicho con razón, el grupo de empresa patológico nace de una acumulación de circunstancias que determinan una calificación que en la mayoría de los casos es siempre *controvertida y carente de seguridad jurídica*⁴². La

⁴⁰ SAN 12 junio 2014, Proc 79/14.

⁴¹ SSTS 20 noviembre 2014, Rec 73/14 y 21 mayo 2015, Rec 257/14.

⁴² DESDENTADO BONETE, A., “Despido colectivo en grupo de empresas”, *Derecho de Relaciones Laborales* (2015), nº 14, p. 427.

diferencia de tratamiento entre los grupos de empresa mercantiles y de efectos laborales está provocando numerosa litigiosidad judicial con el fin de dirimir la calificación del grupo de empresas, al ser diametralmente opuestas las consecuencias que genera uno u otro. En la hipótesis común, la representación de los trabajadores es el sujeto colectivo que reclama y reivindica dicho grupo laboral en las consultas previas, que en la mayoría de las ocasiones es negado por la empresa frente a un juicio excesivamente resbaladizo que por lo común se resuelve en sede judicial.

Llamativamente, en la práctica se ha llegado a producir la situación de grupos de empresas mercantiles que se han *autocalificado como laborales*, cuando pretenden que la valoración de la causa se realice en el grupo, y no en cada una de las empresas implicadas, confirmándose progresivamente la necesidad que debiera brindarse desde el texto legal de una negociación grupal también en el marco de los grupos de empresa mercantil, sin necesidad de autodefinirse como grupo de empresas de efectos laborales. Y es que la negociación en el grupo mercantil de empresas o sociedades debiera permitirse con mayor laxitud por nuestra ordenación legal, puesto que puede posibilitar conocer a las representaciones de los trabajadores el alcance real de la causa, acceder al centro empresarial que realmente ha adoptado la decisión, completar la información y documentación pertinente, sin que ello implique que el beneficiario por dicha ampliación del ámbito de negociación deba favorecer siempre a la representación de los trabajadores y de ningún modo a la empresa que procede a la decisión. Como demuestra la práctica, las alternativas posibles son de muy variada naturaleza, pudiendo también resultar favorecida en ocasiones la empresa que despide o pretende acometer la reestructuración de plantillas⁴³. Ahora bien, con la disciplina actual parece que la empresa que seleccione dicha opción de negociación grupal, al entender que el grupo en el que se integra es laboral deberá contar con el beneplácito de las representaciones de los trabajadores, pues como declaro la Audiencia Nacional “dicha opción negociadora no está a disposición de las empresas para obtener ventajas en la negociación, puesto que nadie puede obtener beneficios de su propio incumplimiento”⁴⁴.

En definitiva, admitir dicha alternativa en el grupo de sociedades posibilitaría adecuar el marco negociador a la comprensión real del proceso de reestructuración que se está produciendo en el ámbito del grupo, y no en cada una de las empresas independientemente⁴⁵. En el contexto actual, la invisibilidad del grupo mercantil como ámbito de negociación incrementa los costes procedimentales del despido, apareciendo “períodos de negociación artificiosos, repetitivos y costosos que podrían resolverse de un modo unitario”⁴⁶, dificultándose la valoración de la situación real de la entidad económica constituida por el grupo, y alejando en ocasiones la negociación durante las consultas del interlocutor real. Indudablemente, dicha jurisprudencia tan reacia al reconocimiento del grupo mercantil como ámbito negociador relevante se produce frente al gravamen que constituye la reacción de solidaridad en la responsabilidad empresarial de las entidades que lo componen. A nuestro juicio, *ambas consecuencias no deberían estar preceptivamente vinculadas*, pudiendo admitirse un proceso negociador grupal, sin que ello implique necesariamente la responsabilidad solidaria de todas las empresas integrantes del grupo, sino para favorecer otras consecuencias relevantes de carácter procedimental y causal que no desemboquen precisamente en dicho efecto, permaneciendo la responsabilidad frente al despido en la empresa contratante, salvo que se den en el grupo los elementos de ocultación o fraude para calificarlo de laboral o patológico. Indudablemente, el proceso negociador en su conjunto ganaría en agilidad, y en unidad, y la causa se podría ajustar con naturalidad a la dimensión real de la reestructuración producida.

⁴³ En este sentido, GOERLICH PESET, J.M., “Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente”, *cit.*, p. 10.

⁴⁴ SAN 12 junio 2014, Proc 79/14.

⁴⁵ En tal sentido Grupo FIDE, “Por un nuevo marco legislativo laboral. Conclusiones sobre una ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales”, *cit.*, p. 1074.

⁴⁶ SAN 25 febrero 2013, Rec 324/12.

Dicha indiferencia del grupo mercantil en los procesos de despido colectivo contrasta llamativamente con la disciplina nacional, que desde el RD 7/2011 da cabida a la *negociación de los convenios colectivos en los grupos de empresas sin adjetivar*, así como a la pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación [art. 87.1 ET]. Dicha unidad de negociación grupal en la negociación de los convenios colectivos emerge sin dificultad, admitiéndose el grupo de empresas mercantil como unidad de referencia en el proceso negociador. Igualmente, las reglas de la Ley 10/1997, sobre los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, –directamente condicionada por la Directiva 2009/38/CE–, fijan la noción de grupo y de grupo de dimensión comunitaria como unidad de cómputo con el fin de establecer instancias representativas de los trabajadores⁴⁷. Como se sabe, su objetivo es la fijación de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores que garantice el acceso de los representantes de los trabajadores a los reales centros de decisión de las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. Sin embargo, en los períodos de consultas de los despidos colectivos se niega radicalmente tal alternativa negocial, reconociéndose sólo dicha unidad de negociación cuando el grupo de empresas es laboral, calificación que está provocando una excesiva litigiosidad judicial que quedaría claramente aminorada si fuera posible la negociación en el ámbito del grupo de empresas mercantil, que al menos restringiría la calificación de nulidad de la acción colectiva por la inadecuación de la unidad de negociación elegida para articular el período de consultas.

En conclusión, parece importante que dentro del régimen jurídico del despido colectivo se incorpore como unidad de negociación, y de valoración causal el ámbito del grupo de empresas sin calificar, como *de facto* se está produciendo, reconociendo en las normas una realidad preexistente, que esta reclamando de un pronunciamiento del legislador que le dé entrada de pleno derecho en su ordenación normativa.

⁴⁷ Idea que también está presente en las reglas de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas.