

## LA APLICACIÓN POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE LA DIRECTIVA SOBRE DESPIDOS COLECTIVOS Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

IGNACIO GARCÍA-PERROTE  
Abogado\*

### La aplicación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de la Directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el Derecho español

El presente artículo analiza de forma sistemática la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos y, especialmente, la ya numerosa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En los últimos años, los órganos jurisdiccionales españoles han planteado diversas cuestiones prejudiciales, teniendo las sentencias del TJUE que las han resuelto una importante repercusión sobre la regulación legal española del despido colectivo al dar lugar a alguna sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (TS) que ha realizado una interpretación «conforme» del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (por ejemplo, sentencia del TS 17 de octubre de 2016). Son significativas, en este sentido, las sentencias del TJUE Rabal Cañas —que se contraponen a las sentencias del TJUE Usdaw y Lyttle—, Pujante Rivera, Iglesias Gutiérrez y Porras Guisado. De gran relevancia es también la sentencia del TJUE Aget Iraklis sobre la autorización administrativa del despido colectivo en Grecia. Pues bien, el trabajo pretende ofrecer al lector un completo y ordenado examen de la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 98/59.

### The application of the Directive on collective redundancies by the European Court of Justice and its repercussion on Spanish law

This paper presents a systematic analysis of the Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies, with an emphasis on the profuse case law of the European Court of Justice (ECJ). During the last few years, Spanish courts have requested several preliminary rulings from the ECJ. These decisions have had a fundamental impact on the Spanish regulation of collective redundancies since the Labour Chamber of the Spanish Supreme Court (SC) has interpreted article 51 of the Statute of Workers «in line» with these ECJ's rulings (for instance, ruling of the SC of 17 October 2016). The ECJ's rulings on the Rabal Cañas -contrary to the rulings issued on the Usdaw and Lyttle matters-, Pujante Rivera, Iglesias Gutiérrez and Porras Guisado matters are significant in this sense. The same can be said of the ECJ's ruling on the Aget Iraklis case, regarding the administrative authorization of collective redundancies in Greece. In short, the paper seeks to offer a comprehensive and ordered analysis of the ECJ's precedents on Council Directive 98/59.

#### PALABRAS CLAVE

Despido colectivo, Libertad de empresa y autorización administrativa, Causa, Centro de trabajo, Modificación sustancial, Trabajador, Información y consulta

#### KEY WORDS

Collective redundancy, Freedom of enterprise and administrative authorization, Grounds, Work centre, Substantial modification, Employee, Information and consultation

Fecha de recepción: 15-9-2018

Fecha de aceptación: 18-9-2018

### 1 · LA DIRECTIVA 98/59/CE DEL CONSEJO, DE 20 DE JULIO DE 1998, Y SU IMPLEMENTACIÓN POR EL ARTÍCULO 51 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES (Y POR EL ARTÍCULO 64 DE LA LEY CONCURSAL)

La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (en adelante, la «Directiva 98/59»), está implementada entre nosotros, principalmente y sin hacer ahora mayores precisiones, por el artículo 51 del texto refundido de la Ley del

Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre («ET»). Pero también debe mencionarse, en el plano de las leyes formales e igualmente sin hacer ahora mayores precisiones, el artículo 64 de la Ley Concursal («LC»).

El artículo 51 ET rige el despido colectivo de las empresas no declaradas en concurso y el artículo 64 LC, en conexión con el artículo 57 LC, el de las empresas declaradas en concurso. Conviene recordar, de todos modos, que, de conformidad con el apartado 11 del artículo 64 LC, el artículo 51 ET y sus normas concordantes y de desarrollo son supletorias del propio artículo 64 LC.

\* Abogado del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid) y catedrático de Derecho del Trabajo (UNED).

## 2 · LOS PRECEDENTES: LA DIRECTIVA 75/129/CEE DEL CONSEJO, DE 17 DE FEBRERO DE 1975, Y SU MODIFICACIÓN POR LA DIRECTIVA 92/56/CEE DEL CONSEJO, DE 24 DE JUNIO DE 1992

La mención a «una directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referentes a los despidos colectivos» se contiene, por vez primera, en la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974 relativa a un programa de acción social (DOCE 12.2.74), disposición que tenía muy presente la llamada crisis del petróleo de 1973 al referirse a las «graves amenazas que puedan pesar sobre el empleo en razón de la situación existente en el momento en que se adopta la presente Resolución», aunque a la vez afirmaba que, «independientemente de ello», interesaba que la (entonces) Comunidad se pronunciara sobre «los objetivos y sobre las prioridades que deberán darse a su acción en el ámbito social durante los próximos años».

Ello dio lugar a la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOCE 22.2.75) (en adelante, la «Directiva 75/129»), Directiva derogada por la vigente Directiva 98/59. La Directiva 75/129 mencionaba expresamente la citada Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974.

La Directiva 75/129 afirmaba, en primer lugar, que «interesa reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad»; en segundo término, que «a pesar de una evolución convergente, subsisten diferencias entre las disposiciones en vigor en los Estados miembros de la Comunidad, en lo que se refiere a las modalidades y al procedimiento de los despidos colectivos, así como a las medidas capaces de atenuar las consecuencias de estos despidos para los trabajadores»; en tercer lugar, que «estas diferencias pueden tener una incidencia directa en el funcionamiento del mercado común». De estas tres premisas, y tras mencionar la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974 (que, como se ha anunciado, hacía referencia a «una directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros referentes a los despidos colectivos»), la Directiva 75/129 extraía la conclusión de que «es necesario, por consiguiente, promover esta aproximación por la vía del progreso, en el sentido del artículo 117 del Tratado». La vigente Directiva 98/59 mantiene todas las afirmaciones anteriores.

La Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992 (DOCE 26.8.92) (en adelante, la «Directiva 92/56»), modificó la Directiva 75/129/CEE. De la Directiva 92/56, lo primero que hay que subrayar es la mención que realiza de la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, y, en concreto, de determinados párrafos de los puntos 7, 17 y 18 (subrayados míos):

«7. 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.

17. La información, la consulta y la participación de los trabajadores deben desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados y teniendo en cuenta las prácticas vigentes en los diferentes Estados miembros.

[...]

18. Esta información, consulta y participación deben llevarse a cabo en tiempo hábil y, en particular, en los siguientes casos:

[...]

– con motivo de los procedimientos de despido colectivo».

A continuación, la Directiva 92/56 considera que «conviene» introducir las siguientes modificaciones en la Directiva 75/129:

En primer lugar y «con el fin de calcular el número de despidos previsto en la definición de despidos colectivos de la Directiva 75/129», «conviene 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». Ello se tradujo en la adición de un último nuevo párrafo al artículo 1.1 de la Directiva 75/129, que lógicamente conserva la vigente Directiva 98/59.

En segundo lugar, la Directiva 92/56 considera que «conviene disponer que la Directiva 75/129 se aplique asimismo, en principio, a los despidos colectivos resultantes del cese de actividades del establecimiento declarado por una decisión judicial», lo que se tradujo en la supresión de la letra d) del apartado 2 de la Directiva 75/129, eliminación que mantiene la vigente Directiva 98/59.

En tercer lugar, la Directiva 92/56 entiende que «conviene dar a los Estados miembros la facultad de

disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos debido a la complejidad técnica de los asuntos sobre los que se les pueda informar y consultar». Ello se llevó al párrafo segundo del reformulado artículo 2.2 de la Directiva 75/129, donde se estableció que «los Estados miembros podrán disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales», previsión que se mantiene en la vigente Directiva 98/59.

En cuarto lugar, la Directiva 92/56 afirma que «conviene precisar y completar las disposiciones de la Directiva 75/129/CEE en lo relativo a las obligaciones del empresario en materia de información y de consulta a los representantes de los trabajadores», lo que llevó a una nueva redacción del artículo 2 de la Directiva 75/129, nueva redacción que mantiene la vigente Directiva 98/59 y de las que más adelante se dará cuenta. Cabe anticipar ahora que se introducen en el precepto las expresiones, que mantiene la Directiva 98/59, 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; «los 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 fin, la especificación del contenido de la copia de la comunicación escrita a transmitir a la autoridad pública.

En quinto lugar, la Directiva 92/56 considera que «conviene 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», lo que se llevó al nuevo apartado 4 de la Directiva 75/129, apartado que mantiene la vigente Directiva 98/59, con el añadido de un nuevo párrafo segundo en ese apartado, que mantiene igualmente la Directiva 98/59, con el siguiente tenor: «en lo que se refiere a las infracciones alegadas de las obligaciones de información, consulta y notificación establecidas en la presente Directiva, cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria no se podrá tomar en consideración».

En sexto lugar, la Directiva 92/56 entiende que «conviene que los Estados miembros velen para que los representantes de los trabajadores y/o los propios trabajadores dispongan de procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales para que se respeten las obligaciones establecidas en la Directiva 75/129». Ello se llevó a un nuevo artículo 5 bis de la Directiva 75/129 que actualmente es el artículo 6 de la Directiva 98/59.

Otras modificaciones adicionales introducidas en la Directiva 75/129 por la Directiva 92/56, y que mantiene la vigente Directiva 98/59, fueron las que a continuación se mencionan.

Por un lado, el nuevo párrafo segundo del artículo 3.1 de la Directiva 75/129: «no obstante, los Estados miembros 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 sólo deberá notificarlo por escrito a la autoridad pública competente a petición de ésta».

Por otro, el nuevo apartado 4 que se añade al artículo 4: «los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el presente artículo a los despidos colectivos producidos por el cese de las actividades del establecimiento cuando éste resulte de una decisión judicial».

Y, finalmente, la frase que se añade al artículo 5 de la Directiva 75/129: «o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores».

### **3 · EL DERECHO A PROTECCIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTIFICADO Y LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA: LA STJUE AGET IRAKLIS Y LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL DESPIDO COLECTIVO**

La Directiva 98/59 es anterior en el tiempo, no ya al Tratado de la Unión Europea y al Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), cuyas vigentes versiones consolidadas están publicadas en el DOUE de 7.6.2016, sino también a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («CDFUE»), cuyo texto vigente está publicado en ese mismo DOUE.

Es importante recordar, en este sentido, que el artículo 30 («protección en caso de despido injustificado») del CDFUE, situado en su título IV («Solidaridad»), establece que «todo trabajador tiene derecho

a protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales». También debe recordarse que el artículo 16 («Libertad de empresa») de la CDFUE, situado en su título II («Libertades») reconoce «la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales».

Pues bien, la importante STJUE 21 de diciembre de 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972), realiza interesantes consideraciones sobre los artículos 16 y 30 de la CDFUE, sobre la relación entre la libertad empresa y el despido colectivo, sobre la Directiva 98/59, y, en fin, sobre la libertad de establecimiento proclamada en el artículo 49 del TFUE, libertad cada vez más decisiva y con mayor repercusión sobre los derechos laborales.

La STJUE AGET Iraklis resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado de Grecia que tenía por objeto interpretar la Directiva 98/59 en el contexto de un litigio entre el Ministerio de Trabajo griego y la empresa AGET Iraklis, productora de cemento y cuyo principal accionista es el grupo multinacional francés Lafarge. El litigio consistía en que el Ministerio de Trabajo griego decidió no autorizar el despido colectivo que AGET Iraklis intentaba llevar a cabo.

De conformidad con el derecho griego, a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores sobre un proyecto de despido colectivo, un empresario únicamente puede efectuar dicho despido si la autoridad laboral competente a la que debe notificarse 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 se deniegue la autorización para realizar la totalidad o una parte de los despidos programados. En el caso en que se planteó la cuestión prejudicial, el Ministerio de Trabajo griego decidió no autorizar el proyecto de despido colectivo. Es interesante señalar que el sindicato de trabajadores decidió no participar en el periodo de consultas del despido colectivo, lo que ocurre con frecuencia, según alegaba AGET Iraklis, porque la autoridad laboral suele denegar la autorización de los despidos colectivos.

La primera conclusión a la que llega la sentencia es que la normativa griega recién mencionada no se opone, «en principio» a la Directiva 98/59, si bien añade a renglón seguido que «no sucede lo mismo si resulta que, atendiendo a los tres criterios de evaluación

indicados en la mencionada normativa (como se ha avanzado, las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional) y al modo concreto en que los aplica (la autoridad laboral) bajo el control de los tribunales competentes, tal normativa tiene como consecuencia privar de efecto útil a lo dispuesto en dicha Directiva, extremo que corresponde comprobar, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente».

Para alcanzar esta primera conclusión, y sin perjuicio de otras consideraciones sobre la Directiva 98/59 a las que más adelante se hará referencia, la sentencia parte de la premisa de que «los requisitos materiales a los que se supedita, en su caso, la posibilidad de que el empresario pueda efectuar despidos colectivos no están regulados, en principio, por la Directiva 98/59, de manera que siguen siendo competencia de los Estados miembros» (apartado 39), por lo que esa Directiva, concentrada —cabría decir— en el «procedimiento» del despido, no afecta «a la libertad del empresario de proceder o no a despidos colectivos» (apartado 30), toda vez que la Directiva no precisa, en particular, «las circunstancias en las que el empresario debe plantearse realizar despidos colectivos y no afectan de ningún modo a su libertad de decidir si debe elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento» (apartado 31).

Ahora bien, una vez dicho lo anterior, la sentencia advierte de que la conclusión sería distinta si la aplicación práctica de una normativa nacional, como la griega, que en principio no se opone a la Directiva 98/59, acaba privando de efecto útil a dicha Directiva (apartado 34), lo que ocurriría si en la realidad quedara excluida «toda posibilidad efectiva de que el empresario realizase tales despidos colectivos» (apartado 38), pues, en definitiva, «los despidos colectivos deben por lo menos, seguir siendo posibles, aunque sólo sea a condición de que se cumplan determinadas exigencias objetivas fijadas, en su caso, por la normativa nacional aplicable» (apartado 41), apreciaciones y extremos que corresponde comprobar, en su caso, al órgano jurisdiccional remitente (apartados 43 y 44).

Pero si en relación con la Directiva 98/59 su conclusión es matizada, más rotunda es la sentencia en lo que atañe a si la normativa griega de autorización administrativa del despido colectivo se opone a la libertad de establecimiento del artículo 49 TFUE y a la libertad de empresa del artículo 16 CDFUE. La sentencia entiende que, «en una situación como la del litigio principal», aquellos preceptos se oponen a la normativa griega (apartados 102 a 104).

Las premisas de esta conclusión son las siguientes. La STJUE AGET Iraklis señala, en primer lugar, que la libertad de establecimiento entraña, en principio, no solo «la libertad de determinar la naturaleza y el alcance de la actividad económica que se realizará en el Estado miembro de acogida y en especial el tamaño de las instalaciones permanentes y el número de trabajadores necesario para tal fin», sino también, «la libertad de reducir posteriormente el volumen de esa actividad e incluso, en su caso, de renunciar a ella y a dicho establecimiento» (apartado 53), así como la «libertad 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 del nivel de las actividades de ésta» (apartado 55).

Así las cosas, y siendo la decisión de realizar un despido colectivo «una decisión fundamental en la vida de la empresa» (apartado 54), la sentencia entiende que la normativa griega «puede hacer menos atractivo el acceso al mercado griego» y «puede constituir un obstáculo grave para el ejercicio de la libertad de establecimiento en Grecia» (apartados 56 y 57) y suponer «una limitación al ejercicio de la libertad de empresa reconocida en el artículo 16 de la Carta» (apartado 66), por lo que es preciso examinar si la restricción está justificada por la concurrencia de «razones imperiosas de interés general» y si es proporcionada y no va «más allá de lo necesario» (apartado 61), teniendo en cuenta, además, que «los derechos fundamentales garantizados por la Carta deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión y que deben, por tanto, ser respetados cuando una normativa nacional esté incluida en el ámbito de aplicación de ese Derecho» (apartado 62). Recuerda la sentencia que «el artículo 52, apartado 1, de la Carta reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de derechos consagrados por ella, siempre que tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás» (apartado 70).

Para la determinación de si existen «razones imperiosas de interés general» y la exigible proporcionalidad, la sentencia examina los tres criterios de la normativa griega en virtud de los cuales la autoridad laboral puede denegar la autorización del des-

pido colectivo: las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional (apartado 71).

La sentencia rechaza que el criterio del interés de la economía nacional pueda servir de justificación (apartado 72), pero sí acepta que puedan serlo los otros dos de «la protección de los trabajadores» (apartado 73) y «el fomento del empleo y de la contratación», que, «con el objetivo de disminuir el paro, constituye un objetivo legítimo de política social» (apartado 74), toda vez que «la Unión no sólo tiene una finalidad económica, sino también social» (artículos 147 y 151 TFUE) (apartado 77).

En consecuencia, la sentencia examina, desde la perspectiva de la proporcionalidad, si «las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libertad de empresa» que supone la normativa griega pueden justificarse por las razones de «la protección de los trabajadores y del empleo» (apartado 79).

La sentencia parte de que la normativa griega de autorización administrativa del despido colectivo no se opone, en principio, a la libertad de establecimiento (artículo 49 TFUE) y a la libertad de empresa (artículo 16) (apartado 83). Esta última —razona el TJUE— (i) «no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad» (apartado 85); (ii) «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» (apartado 86), y (iii), en fin, «puede quedar sometida a un amplio abanico de intervenciones del poder público que establezcan limitaciones al ejercicio de la actividad económica en aras del interés general» (apartado 86).

Afirma la sentencia, en este sentido, por un lado, que la normativa griega «no tiene en absoluto como consecuencia excluir, por su propia naturaleza, cualquier posibilidad de que las empresas lleven a cabo despidos colectivos, puesto que tiene únicamente por objeto regular esa posibilidad» (apartado 88). Y, por otro, recuerda que el artículo 52, apartado 1, de la CDFUE «reconoce que pueden introducirse limitaciones al ejercicio de los derechos consagrados por la propia Carta, siempre que tales limitaciones, dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás», señalando, por lo que se refiere a estos últimos, que el artículo 30 de la CDFUE dispone que «todo trabajador tiene derecho a protección en caso de despido injustificado, de

conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales» (apartado 89).

Ahora bien, reconociendo todo lo anterior, la sentencia constata que los criterios de la normativa griega sobre «la protección de los trabajadores y del empleo» que permiten a la autoridad laboral denegar la autorización del despido colectivo «están formulados de manera muy general e imprecisa» y es «jurisprudencia reiterada» que «cuando las facultades de intervención de un Estado miembro o de una autoridad pública, como las facultades de oposición que posee en este caso el Ministro [griego], no están sujetas a ninguna condición, a excepción de una referencia a tales criterios formulados de manera general, sin que se precisen las circunstancias específicas y objetivas en las que se ejercerán esas facultades, se produce una vulneración grave de la libertad afectada, que puede conducir a la exclusión de dicha libertad cuando se trata, como en el caso de autos, de decisiones [de] carácter fundamental en la vida de una empresa» (apartado 99).

La sentencia continúa razonando que «aunque la normativa nacional controvertida en el litigio principal dispone que la facultad de no autorizar el despido colectivo de la que goza en este caso la autoridad pública debe ejercerse previo análisis del expediente, teniendo en cuenta la situación de la empresa y las condiciones del mercado de trabajo, y dar lugar a una resolución motivada, ha de considerarse que, a falta de precisiones sobre las circunstancias concretas en las que puede ejercerse esta facultad, los empresarios afectados no saben en qué circunstancias concretas y objetivas puede aplicarse, ya que las situaciones que permiten ejercerla son potencialmente numerosas, indeterminadas e indeterminables, y dejan a la autoridad en cuestión un amplio margen de apreciación difícilmente controlable», de lo que se sigue que «tales criterios, que no son precisos y que no se basan, por tanto, en condiciones objetivas y controlables, van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos indicados y no pueden, por ende, satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad» (apartado 100).

Por lo que se refiere al imprescindible control judicial, la sentencia aprecia que la normativa griega «tampoco proporciona al juez nacional criterios suficientemente precisos para permitirle controlar el ejercicio de la facultad discrecional de la autoridad administrativa» (apartado 101).

La sentencia concluye, por un lado, que «un régimen de control y oposición como el establecido por la normativa controvertida en el litigio principal vulnera, debido a sus disposiciones de aplicación concretas, las

exigencias recordadas en el apartado 61 de la presente sentencia [la restricción de la libertad de establecimiento ha de estar justificada «por razones imperiosas de interés general», ha de ser «adecuada» para alcanzar el objetivo y no ir «más allá de lo necesario para alcanzarlo»] e infringe, por tanto, el artículo 49 TFUE» (apartado 102). Y, por otro, y «por los mismos motivos, dicha normativa vulnera también el principio de proporcionalidad previsto en el artículo 52, apartado 1, de la Carta y, en consecuencia, el artículo 16 de ésta» (apartado 103).

Por lo demás, la sentencia considera que «la posible existencia, en un Estado miembro, de un contexto caracterizado por una crisis económica grave y una tasa de desempleo particularmente elevada» no afecta a las conclusiones alcanzadas (apartado 108, en relación con los apartados 105 a 107).

#### 4 · FINALIDAD DE LA DIRECTIVA 98/59

En los apartados 2 y 3 del presente trabajo, al hilo de las consideraciones que contiene la propia Directiva 98/59 (y sus precedentes), así como la fundamentación de la importante STJUE AGET Iraklis, han quedado ya expuestas, en gran medida, las principales finalidades y objetivos de aquella Directiva. Pero merece la pena dedicar un muy breve apartado específico a lo que ha dicho al respecto el propio TJUE.

De lo que ha planteado el TJUE interesa destacar, en primer lugar, que la Directiva quiere «garantizar una protección equiparable [o comparable dice en ocasiones] de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros y equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas de la Comunidad [hoy Unión]» (SSTJCE de 8 de junio de 1994, Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino Unido e Irlanda del Norte [apartado 48. C-382/92, EU:C:1994:233] y 18 de enero de 2007, Confédération Générale du Travail [CGT, apartado 43, C-385/05, EU:C:2007:37], y SSTJUE de 30 de abril de 2015, USDAW y Wilson [apartado 62, C-80/14, EU:C:2015:291], 9 de julio de 2015, Balkaya [apartado 32, C-229/14, EU:C:2015:455], 13 de mayo de 2015, Lyttle [C-182/13, EU:C:2015:317] y AGET Iraklis [apartado 32]).

Y, en segundo lugar, que el «objetivo principal» de la Directiva 98/59 es «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» (STJUE AGET Iraklis, 28).

Hay que precisar, no obstante, que —como se reiterará más adelante en el apartado 8 del presente trabajo— esa protección comparable y esa equiparación en las «cargas» para las empresas de la Unión no pueden hacer olvidar que la Directiva establece una protección «mínima» («*en materia de información y consulta*») y que el artículo 5 de la Directiva 98/59 admite que los Estados miembros pueden adoptar medidas nacionales más favorables para la protección de los trabajadores (STJUE AGET Iraklis, 32). Consecuencia de lo anterior es que, de hecho, no existe esa equiparación ni en la protección (de los trabajadores) ni en las cargas (de las empresas), como bien pone de relieve la comparación de los ordenamientos laborales del Reino Unido y de España considerados, respectivamente, en las SSTJUE USDAW (también en la ya citada Lyttle) y Rabal Cañas, de 13 de mayo de 2015 (C-392/13, EU:C:2015:318). El incumplimiento de la obligación de consulta conlleva, en el Derecho del Reino Unido, el pago de una mera indemnización (era lo que reclamaban ante el órgano jurisdiccional nacional nada menos que 4500 trabajadores despedidos en el caso examinado —materialmente un mismo y único procedimiento de despido colectivo en virtud de la misma razón— por la STJUE USDAW, y que esta sentencia les impide conseguir), mientras que, en el Derecho español, la ausencia del periodo de consultas supondrá la nulidad del despido colectivo (artículo 124.2.b de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social —«LRJS»—), de lo que es exponente la STS de 17 de octubre de 2016 (rec. 32/2016, confirmatoria de la STSJ del País Vasco de 21 de mayo de 2015), que realiza una interpretación «conforme» del artículo 51 ET con la doctrina de la STJUE Rabal Cañas.

También el Derecho español mejora el «objetivo principal» de la Directiva 98/59 (que los despidos vayan precedidos de la consulta a los representantes de los trabajadores y de la información a la autoridad pública competente), toda vez que no solo exige el procedimiento de consulta, sino que requiere, además, la concurrencia de una causa económica, técnica, organizativa o de producción (artículo 51.1 ET). La Directiva 98/59 es eminentemente procedimental (la consulta) y no tanto causal (como sí lo es el Derecho español), toda vez que aquella Directiva no impone a los Estados miembros que el despido colectivo tenga que ser causal, sino que simplemente considera despido colectivo, a los efectos de la obligación de consulta e información, las extinciones decididas por la empresa por

cualquier motivo no inherente a la persona de los trabajadores que superen determinados umbrales en un periodo temporal de referencia.

## 5 · CONCEPTO DE DESPIDO COLECTIVO («DEFINICIONES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN», ARTÍCULO 1)

### 5.1 · Despidos efectuados por un empresario

Los despidos contemplados por la Directiva 98/59 son los «*despidos efectuados por un empresario*» (artículo 1.1) y no las extinciones de contratos de trabajo no «*efectuadas*» por el empresario, como son, por ejemplo, la extinción por mutuo acuerdo (artículo 49.1 a) ET) o la dimisión del trabajador (artículo 49.1 d) ET).

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que, de conformidad con el último párrafo del artículo 1.1 de la Directiva 98/59, «*a efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior [de ese mismo artículo 1.1] se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5*». De interés es este concepto de extinciones del contrato de trabajo producidos por «*iniciativa de empresario*». Las importantes SSTJUE de 11 de noviembre de 2015, Pujante Rivera (apartado 49, C-422/14, EU:C:2015:743), 21 de septiembre de 2017, Ciupa (apartado 26, C-429/16, EU:C:2017:711), y 21 de septiembre de 2017, Socha (apartado 24, C-149/16, EU:C:2017:708) subrayan esta distinción del último párrafo del artículo 1.1 de la Directiva 98/59 entre los despidos y las extinciones de iniciativa empresarial. En los términos de la Directiva 98/59, cabe señalar que los despidos son «*efectuados*» por un empresario (párrafo primero del artículo 1.1 a) mientras que las extinciones asimiladas son «*a iniciativa*» del empresario (párrafo segundo del artículo 1.1).

Sea como fuere, en los términos que se verán más adelante y sin realizar ahora mayores precisiones, de la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 98/59 se deduce que han de incluirse en ese concepto de despido «*efectuado*» por el empresario las extinciones previstas en los artículos 40, 41 y 50 ET.

En todo caso, el concepto de despido del artículo 1.1, párrafo primero, a) de la Directiva 98/59 es

«un concepto de Derecho de la Unión que no puede ser definido mediante remisión a las legislaciones de los Estados miembros» y, en principio, incluye «cualquier extinción del contrato no deseada por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento» (STJUE Pujante Rivera —apartado 48— y las sentencias allí citadas).

## **5.2. «Motivos —uno o varios— no inherentes» a la persona de los trabajadores: Directiva no «causal», sino «procedimental» (derechos de información y consulta)**

### **5.2.1. Motivos no inherentes a la persona del trabajador y no solo causas económicas, técnicas, organizativas y productivas**

Ya se ha dicho, en primer lugar, que el objetivo principal de la Directiva 98/59 es «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» (STJUE AGET Iraklis, 28). En segundo lugar, que la Directiva no precisa «las circunstancias en las que el empresario debe plantearse realizar despidos colectivos y no afectan de ningún modo a su libertad de decidir si debe elaborar un proyecto de despido colectivo y en qué momento» (STJUE AGET Iraklis, 31). Y, finalmente, que «los requisitos materiales a los que se supedita, en su caso, la posibilidad de que el empresario pueda efectuar despidos colectivos no están regulados, en principio, por la Directiva, de manera que siguen siendo competencia de los Estados miembros» (STJUE AGET Iraklis, 33). En consecuencia, la regulación de las causas que se exigen para realizar un despido colectivo es una materia que es competencia de los Estados miembros. De ahí que se diga que la Directiva 98/59 es procedimental y no causal, en tanto que se «limita» a establecer que debe haber información y consulta si los despidos (efectuados por el empresario o por su iniciativa) superan un determinado número en un concreto periodo de tiempo, sin que la Directiva establezca las causas con base en las cuales el empresario puede efectuar esas extinciones.

Ahora bien, distinto es que la Directiva 98/59 establezca que «se entenderá por ‘despidos colectivos’ los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores», por lo que no es compatible con la Directiva limitar el concepto de despido colectivo a los despidos por causas económicas, técnica, organizativas o de producción.

Ya la STJCE de 12 de octubre de 2004, Comisión de las Comunidades Europeas v. República Portuguesa (C-55/02, EU:C:2004:605), declaró el incumplimiento de la Directiva 98/59 por Portugal por limitar el concepto de despido colectivo a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológico o coyuntural, y no haber ampliado el concepto a todos los despidos por motivos no inherentes a la persona de los trabajadores. Esta sentencia afirmó que el concepto de despido debe ser objeto de una interpretación «autónoma» y uniforme a los fines de la Directiva, al tener «alcance comunitario» y sin que haya remisión al Derecho de los Estados, como sí la hay en el caso de los representantes (véase el artículo 1.1.b de la Directiva) (STJCE Comisión de las Comunidades Europeas v. República Portuguesa, apartados 44, 45 y 49, y STJCE de 27 de enero de 2005, Junk —apartados 29 y 30—, C-188/03, EU:C:2005:59). En definitiva, el concepto de despido colectivo es un concepto de Derecho de la Unión.

Respecto del concepto español de despido colectivo del artículo 51.1 ET, la STJUE Rabal Cañas rechazó responder a la primera cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona sobre la Directiva 98/59, toda vez que —ha de subrayarse—la STJUE Rabal Cañas consideró que la Directiva 98/59 no era aplicable al supuesto que está en el origen de la cuestión prejudicial. Sea como fuere, en esa primera cuestión, el Juzgado planteaba si la Directiva 98/59, al comprender en su ámbito a todos «los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores», impide o se opone a que la norma de traslación o trasposición nacional (el artículo 51.1 ET) restrinja el ámbito a solamente determinado tipo de extinciones, las que respondan a causas «económicas, técnicas, organizativas o productivas», como hace —afirmaba el Juzgado— el artículo 51.1 ET.

Conviene precisar que el Abogado General entendía que la referencia del artículo 51.1 ET, párrafo primero, referido únicamente a la «extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», solo no se opone a la Directiva 98/59 porque el art. 51.1 ET, párrafo quinto, establece que en el cómputo se han de tener en cuenta asimismo cualesquiera otras extinciones de contrato producidas por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de la finalización de los contratos de trabajo celebrados por un período de tiempo limitado o para la realización de una tarea determinada.



Pero, por el contrario, el Abogado General sí consideraba que era contraria a la Directiva 98/59 la previsión del artículo 51.1 ET, párrafo quinto, de que el número de aquellas extinciones por motivos no inherentes a la persona del trabajador «sea, al menos, de cinco».

No obstante, la STJUE Pujante Rivera ha establecido que, para acreditar la existencia de un «despido colectivo», en el sentido de la Directiva 98/59, que determina la aplicación de dicha Directiva, «la condición establecida en el párrafo segundo [de (su) artículo 1.1], según la cual es preciso que ‘los despidos sean al menos 5’ debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto». Pero hay que tener en cuenta que, así como el último párrafo del artículo 1.1 de la Directiva 98/59 se refiere a que los «despidos» sean al menos 5, el párrafo quinto del artículo 51.1 ET parece referirse a que sean al menos 5 las extinciones producidas por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador.

### 5.2.2 · La muerte del empresario: la STJUE Rodríguez Mayor

De conformidad con la STJUE de 10 de diciembre de 2009, Rodríguez Mayor (C- 323/08, EU:C:2009:770), en la que en definitiva se planteaba la compatibilidad del artículo 49.1 g) ET con la Directiva 98/59, no se opone a esta Directiva la no consideración de despido colectivo de la extinción de los contratos de trabajo de varios empleados como consecuencia de la muerte del empresario persona física, así como tampoco se opone a la Directiva que las indemnizaciones pueden ser diferentes en caso de extinguirse el contrato de trabajo y perder el empleo como consecuencia de la muerte de un empresario o de un despido colectivo.

### 5.3 · Periodo temporal de referencia y umbral de despidos

Como se sabe, el artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59, tras establecer que «se entenderá por ‘despidos colectivos’ los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores», a la hora de determinar el «número de despidos producidos», da una doble opción y permite elegir a los Estados miembros entre:

(i) «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;

– «al menos igual» a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo.

(ii) «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».

Como también se sabe, el artículo 51.1 ET, si bien opta por el periodo de 90 días del apartado ii) del artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59, establece umbrales sustancialmente similares a los del apartado i) de ese artículo.

### 5.4 · Centro de trabajo y no empresa: la STJUE Rabal Cañas y la STS de 17 de octubre de 2016 (rec. 36/2016)

#### 5.4.1 · La Directiva emplea el concepto de centro de trabajo y no de empresa

El concepto de centro de trabajo de la Directiva es un concepto del Derecho de la Unión (SSTJCE de 7 de diciembre de 1995, Rockfon —C-449/93, EU:C:1995:420— y 15 de febrero de 2007, Athinaiki Chartopoiia AE —apartados 23 y ss., C-270/05, EU:C:2007:101—, y SSTJUE USDAW —apartado 45—, Lyttle —apartado 26— y Rabal Cañas —apartado 42—). Se trata de una definición «muy amplia» con la finalidad de «limitar en la medida de lo posible los casos de despidos colectivos que no están sujetos» a la Directiva, sin que haga falta autonomía jurídica, económica, financiera, administrativa o tecnológica (STJCE Athinaiki Chartopoiia AE, 26). No parece que esté de más señalar que esta idea de limitar los casos de despidos colectivos no sujetos a la Directiva no se ha conseguido en los supuestos examinados por las SSTJUE USDAW y Lyttle. Como ya se ha anticipado, en el caso USDAW hubo nada menos que 4500 trabajadores despedidos que no entraron en

la noción de despido colectivo del Derecho de la Unión.

Como recuerda la STJCE Rockfon (apartado 33), en la propuesta inicial de la Directiva 75/129 se manejaba el concepto de empresa (no el de centro de trabajo), pero al final fue este último concepto el que se llevó a la Directiva. La STJCE Rockfon optó por un concepto muy amplio de localización. Posteriormente, la STJCE Athinaiki Chartopoïia AE manejó un concepto no tan amplio, que exigía cierta permanencia y estabilidad, organización, medios y realización de tareas, pero insistiendo en que no hace falta autonomía jurídica, económica, financiera, administrativa o tecnológica, ni una dirección que pueda realizar despidos colectivos.

La STJUE USDAW afirma que no es relevante el empleo del plural o del singular (centro o centros de trabajo) según las versiones lingüísticas de la Directiva, mientras que la STJUE Lyttle declara que el centro de trabajo ha de ser una entidad diferenciada en el marco de la empresa e insiste en que el cómputo de veinte extinciones ha de hacerse en cada centro de trabajo.

#### 5.4.2. La STJUE Rabal Cañas

Como se sabe, el artículo 51.1 ET emplea el término *empresa* y no el de *centro de trabajo*. La STS de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008) había entendido que ello era compatible con la Directiva 98/59 porque la mejoraba y era más favorable para los trabajadores.

Pero la STJUE Rabal Cañas ha establecido que la Directiva 98/59 «*se opone a una normativa nacional que introduce, como única unidad de referencia, la empresa y no el centro de trabajo, cuando la aplicación de dicho criterio conlleva obstaculizar el procedimiento de información y consulta*», hasta el punto de que, «*si se utilizase como unidad de referencia el centro de trabajo, los despidos de que se trata deberían calificarse de despido colectivo*», y razona que «*la sustitución del término «centro de trabajo» por el de «empresa» sólo puede considerarse favorable a los trabajadores si dicho elemento supone una añadidura y no implica el abandono o la reducción de la protección conferida a los trabajadores en aquellos casos en los que, si se aplicase el concepto de centro de trabajo, se alcanzaría el número de despidos requerido*» por «*la Directiva 98/59 para aplicar la calificación de «despido colectivo»*». Ya la STJCE CGT (apartado 45) decía que los umbrales del artículo 1.1 de la Directiva 98/59 son «*disposi-*

*ciones mínimas que los Estados miembros únicamente podrán derogar mediante disposiciones más favorables para los trabajadores*».

No está de más recordar que la STJUE Rabal Cañas entendía que la Directiva 1998/59 no resultaba aplicable porque, en efecto, en el caso de autos, «*los despidos controvertidos... no alcanzaban el umbral establecido en el artículo 51.1, párrafo primero, letra b), ET a nivel de la empresa*», ni tampoco el centro de trabajo (del Sr. Rabal) «*empleaba, durante el periodo de que se trata, más de 20 trabajadores*» ex Directiva 98/59. Pero así como, a pesar de su no aplicabilidad, la STJUE sí respondió a esta pregunta de la cuestión prejudicial, recuérdese que no fue el caso respecto de otra pregunta de dicha cuestión, que la STJUE rechazó contestar por el argumento, precisamente, de que la Directiva 98/59 no era aplicable al caso. La verdad es que, si la Directiva 98/59 «*no resulta aplicable en el caso*» Rabal, razón por la que el TJUE no responde a la primera cuestión prejudicial, no se terminan de comprender bien las razones que conducen a la STJUE Rabal a pronunciarse, sin embargo, sobre la compatibilidad con la Directiva 98/59 del concepto de empresa (y no de centro de trabajo) manejado por el artículo 51.1 ET.

Sea como fuere, tras la STJUE Rabal Cañas, la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona (que había planteado la cuestión prejudicial), de 10 de junio de 2015, declaró la nulidad del despido. Pero la STSJ Cataluña de 22 de febrero de 2016 estimó el recurso de suplicación y declaró la procedencia del despido, si bien habría que determinar la compatibilidad de esta sentencia con la STS de 17 de octubre de 2016 a la que a continuación se hace referencia, aunque hay que insistir en que el en el caso Rabal Cañas no era aplicable la Directiva 98/59.

#### 5.4.3 · La interpretación «conforme» de la STS de 17 de octubre de 2016 (rec. 36/2016): no eficacia directa horizontal de la Directiva 98/59, sino interpretación conforme, «completando» la STS 18 de marzo de 2009. Otras SSTS y la paradoja de las SSTJUE USDAW y Lyttle

La STS de 17 de octubre de 2016, tras negar la eficacia directa horizontal de la Directiva 98/59 y partiendo de que, de conformidad con la STJUE Rabal Cañas, el artículo 51.1 ET transpone incorrectamente la Directiva 98/59, realiza una interpretación «conforme» del artículo 51.1 ET, «*com-*

pletando» —afirma— la STS de 18 de marzo de 2009 (rec. 1878/2008), y termina por declarar que «la unidad de referencia para computar si se superan o no los umbrales que separan el despido colectivo del despido objetivo individual debe ser (a) el centro de trabajo que emplea a más de 20 de trabajadores en aquellos casos en los que los despidos que se producen en el centro aisladamente considerado excedan de tales umbrales o (b) la empresa cuando se superen los umbrales tomando como unidad de cómputo la totalidad de la empresa».

La STS de 17 de octubre de 2016 confirmó la STSJ País Vasco de 21 de mayo de 2015 que declaró la nulidad de los despidos en aplicación de la STJUE Rabal Cañas, de fecha solo ocho días anterior a la STSJ del País Vasco.

Por razones de «seguridad jurídica y de igualdad en aplicación de la ley», la STS de 6 abril 2017 (rec. 3566/2015) reitera la doctrina de la STS de 17 de octubre de 2016 y rechaza que el cambio doctrinal vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva o la seguridad jurídica o suponga una retroactividad prescrita (el despido objetivo de la demandante, que se declara nulo, tuvo lugar en octubre de 2012), toda vez que «no existe el derecho adquirido a una determinada jurisprudencia». Las SSTS de 13 de junio de 2017 (rec. 196/2016) y 14 de julio de 2017 (rec. 74/2017) reiteran esta doctrina.

Por su parte, la STS de 13 de junio de 2017 (rec. 196/2016), al no superarse los umbrales ni del artículo 51.1 ET ni del artículo 1.1 a) de la Directiva 98/53, establece que no hay que realizar un procedimiento de despido colectivo en un supuesto en que se cierra un centro de trabajo de doce trabajadores (a todos se les aplica el despido objetivo) de una empresa que tiene 20.000 trabajadores.

Por lo demás, ya se ha señalado lo que cabe denominar la «paradoja» de las SSTJUE USDAW y Lyttle con respecto a la STJUE Rabal Cañas. En esta última el Derecho español no salió precisamente muy bien parado, al contrario de lo que sucedió con el Derecho del Reino Unido en las SSTJUE USDAW y Lyttle. Y, como ya se ha dicho, la STJUE USDAW acepta que queden fuera del ámbito de la Directiva 98/59 unos procedimientos de regulación de empleo «que afectaron a miles de trabajadores en todo el Reino Unido» (apartado 24) y en el que quedaron sin indemnización «aproximadamente 4.500 antiguos trabajadores debido a que habían trabajadores en centros de trabajo con menos de 20 trabajadores» (apartado 30).

## 5.5 · Extinciones asimiladas a despidos

### 5.5.1 · Las extinciones de iniciativa empresarial por motivos no inherentes a la persona del trabajador, siempre que los «despidos» sean «al menos 5»

Ya se ha dicho que, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Directiva 98/59, «a efectos de los umbrales se asimilan a despidos las extinciones producidas por iniciativa del empresario en base a uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando «los despidos sean al menos 5»», y la STJUE Pujante Rivera ha declarado que esta última expresión «debe ser interpretada en el sentido de que se refiere, no a las extinciones de contrato de trabajo asimiladas a un despido, sino exclusivamente a los despidos en sentido estricto».

Igualmente, se han mencionado las SSTJUE Ciupa (apartado 26) y Socha (apartado 24), que señalan que el párrafo segundo del artículo 1.1 de la Directiva 98/59 distingue los «despidos» de las extinciones del contrato de trabajo producidas por iniciativa del empresario con base en uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores.

### 5.5.2 · No han de tenerse en cuenta las extinciones de contratos de duración determinada que tienen lugar en la fecha de su extinción. Los trabajadores con estos contratos están «habitualmente» empleados en el correspondiente centro de trabajo

El artículo 1.2 de la Directiva 98/59 dispone que la Directiva no se aplica «a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, salvo si estos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos».

De conformidad con lo anterior, la STJUE Rabal Cañas declara que la Directiva 1998/59 «debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar si se ha llevado a cabo un ‘despido colectivo’ en el sentido de dicha disposición, no han de tenerse en cuenta las extinciones individuales de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada». La STJUE Rabal Cañas rechaza, así, el planteamiento de la cuestión prejudicial, que, fijándose en que el precepto de la Directiva se refiere a despidos «colectivos», preguntaba sobre si la Directiva podría aplicarse a extinciones «individuales».

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, de conformidad con las SSTs de 3 de julio de 2012 (dos sentencias) y 8 de julio de 2012 (que rectifican la STS 22 de enero de 2008 e invocan la supremacía del Derecho de la Unión *ex* artículo 1.2.a de la Directiva 98/59), la exclusión del cómputo de las extinciones realizadas al amparo del artículo 49.1 c) ET solo se produce cuando las contrataciones temporales no sean fraudulentas o cuando la obra o el servicio determinadas hayan terminado realmente. Y resulta que, en los supuestos enjuiciados por las SSTs de 3 y 8 julio de 2012, las contrataciones temporales eran fraudulentas y, en todo caso, las extinciones se habían producido antes de que el servicio hubiera finalizado.

La interpretación anterior permite evitar lo que de otra forma sería una «discrepancia o conflicto» (SSTs de 3 julio 2012) entre el artículo 51.1 ET y el artículo 1.2 a) de la Directiva 98/59. Por su parte, la STS de 8 julio 2012 recuerda la «primacía del Derecho comunitario».

Por lo demás, la STJUE Pujante Rivera declara que la Directiva 98/59 «debe interpretarse en el sentido de que los trabajadores con un contrato celebrado por una duración o para una tarea determinadas deben considerarse incluidos entre los trabajadores ‘habitualmente’ empleados [...], en el centro de trabajo de que se trate». Así lo hace, en efecto, entre nosotros, el artículo 1.1 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de empleo y reducción de jornada, aprobado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

Por cierto, no está de más recordar que la STJUE Pujante Rivera afirmó que 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. De conformidad con el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 98/59, el primer grupo de personas puede no obstante disfrutar de la misma protección que se concede 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 antes de que haya concluido la tarea para la que fueron contratados».

Extraña que estas consideraciones no se tuvieran en cuenta en la conocida STJUE 14 de septiembre de 2016, de Diego Porras (C-596/14, EU:C:2016: 683), si bien hay que recordar que esa STJUE ha sido rectificada por las SSTJUE 5 de junio de 2018, Grupo

Norte (C-574/16, EU:C:2018:390) y 5 de junio de 2018, Montero Mateos (C-677/16, EU:C:2018:393), sentencias que han sido lógicamente seguidas por la definitiva STJUE 21 de noviembre de 2018, de Diego Porras (C-619/17), que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TS en el propio asunto de Diego Porras (ATS, Pleno, 25 de octubre de 2017, rec. 3970/2016), si bien la STJUE 21 de noviembre de 2018 interpreta no solo la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, sino que también interpreta la cláusula 5 de dicho Acuerdo Marco.

### 5.5.3 · Las extinciones derivadas de los artículos 40, 41 y 50 ET: la STJUE Pujante Rivera y las SSTJUE Ciupa y Socha

En un supuesto en que se había producido una extinción del contrato de trabajo de los artículos 41.3, párrafo segundo, y 50 ET (realmente se trató, al menos tras la avenencia en la conciliación administrativa, de un supuesto del artículo 50 ET, lo que es relevante porque en este último precepto existe siempre un incumplimiento empresarial, lo que no es el caso del artículo 41 ET), la STJUE Pujante Rivera ha establecido que la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que «el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en el concepto de ‘despido’ utilizado en el artículo 1.1, párrafo primero, letra a), de dicha Directiva».

La STS de 18 de mayo de 2016 (rec. 2919/2014) aplica la STJUE Pujante Rivera a un supuesto de extinción de un contrato decidida por un trabajador para que no se le aplicara una movilidad geográfica (artículo 40.1 ET, párrafo tercero).

Citando la STJUE Pujante Rivera, las importantes SSTJUE Ciupa (apartados 27, 28 y 35, y fallo) y Socha (apartados 25, 26 y 32, y fallo) afirman que:

«En cuanto al concepto de ‘despido’, enunciado en el artículo 1, apartado 1, párrafo primero, letra a), de la Directiva 98/59, el Tribunal de Justicia ha declarado que esta Directiva debe interpretarse en el sentido de que el hecho de que un empresario proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabaja-

dor, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador queda comprendido en este concepto».

«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 a 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 el sentido de dicha Directiva».

«En cualquier caso, aun suponiendo que el tribunal remitente considere que la novación modificativa de que se trata en el litigio principal no está comprendida en el concepto de 'despido', la rescisión del contrato de trabajo que es consecuencia de la negativa del trabajador a aceptar una modificación como la propuesta en dicha revisión modificativa 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, a efectos de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 98/59, de tal modo que debe incluirse en el cómputo para obtener el número total de despidos producidos».

[La empresa] «debía prever lógicamente que cierto número de trabajadores no aceptara la modificación de sus condiciones de trabajo y que, en consecuencia, su contrato fuera rescindido».

[En consecuencia], «el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que una 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', a efectos de ese precepto, y que el artículo 2 de dicha Directiva debe interpretarse en el sentido de que el empresario está obligado a tramitar las consultas previstas en dicho artículo cuando planea llevar a cabo ese tipo de modificación unilateral de las condiciones de retribución, siempre que concurran los requisitos establecidos en el artículo 1 de dicha Directiva, lo cual debe comprobar el tribunal remitente».

Hay que subrayar, por consiguiente, que la jurisprudencia del TJUE parece considerar, en primer lugar, que la propia modificación sustancial unilateral empresarial en perjuicio del trabajador queda comprendida en el concepto de despido del párrafo

primero del artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59. En segundo lugar, que si esa modificación no es sustancial no podrá calificarse de despido en el sentido de esta Directiva. Y, finalmente, que si el órgano judicial del Estado miembro considera que la modificación no está comprendida en el concepto de despido del párrafo primero del artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59 (hay que entender que por no ser sustancial, por ejemplo), la rescisión del contrato de trabajo derivada de la negativa del trabajador a aceptar la modificación 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, a efectos de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1. 1 de la Directiva 98/59.

La afirmación de las SSTJUE Ciupa y Socha de que la empresa «debía prever lógicamente que cierto número de trabajadores no aceptara la modificación de sus condiciones de trabajo y que, en consecuencia, su contrato fuera rescindido» plantea entre nosotros la gran dificultad que tiene abrir un periodo de consultas con base en una previsión del número de trabajadores que pueden decidir extinguir su contrato de trabajo, cuestión en la que no se puede profundizar aquí, como tampoco en las diferencias entre el derecho español y el polaco. Téngase en cuenta, en este sentido, que, según recogen las SSTJUE Ciupa y Socha (apartado 6 de ambas), el derecho polaco establece que, «en caso de que el trabajador se niegue a aceptar las condiciones de trabajo o retribución propuestas, el contrato quedará rescindido al llegar a su término el plazo establecido para el despido». Hay que recordar, en todo caso, que, entre nosotros, si la modificación sustancial es colectiva, habrá tenido que realizarse previamente el preceptivo periodo de consultas (artículo 41.4 ET), con el correspondiente cumplimiento de las obligaciones de información y consulta, si bien en relación con la modificación sustancial y no con las extinciones derivadas de la no aceptación por el trabajador de aquella modificación, no aceptación que será lógicamente posterior a la finalización del periodo de consultas.

### **5.6 · Concepto de trabajador e imposibilidad de excluir del cómputo, aunque sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores**

La importante STJUE Balkaya enfatiza que el concepto de trabajador de la Directiva 98/59 es un concepto de Derecho de la Unión.

La STJUE Balkaya enjuicia un supuesto en que la normativa o la práctica nacional alemanas no tenían en cuenta, en el cálculo del número de trabajadores empleados previsto en esa Directiva 98/59, a un miembro de la dirección de una sociedad de capital, que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad. Pues bien, esta sentencia declara que ello se opone al artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59. Y hay que decir que también entre nosotros no se considera trabajador a un miembro del órgano de administración de la empresa (artículo 1.3.c ET).

También declara esta sentencia que se ha de considerar que, a los efectos del artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59, tiene la condición de trabajador una persona (como sucedía en el caso), que realiza una actividad práctica en una empresa, como trabajo en prácticas, para adquirir conocimientos o profundizar en estos o para seguir una formación profesional, sin percibir una retribución del empresario, pero sí una ayuda económica del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad, reconocida por este organismo.

Por lo demás, la STJCE CGT (apartado 49) ya había declarado que no se puede excluir, aunque sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores del cálculo del número de trabajadores empleados a los efectos del artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59.

Por lo que se refiere al concepto de empresario o empresa, la STJCE de 16 de octubre de 2003, Comisión de las Comunidades Europeas v. República Italiana (C-32/02, EU:C:2003:555), declaró en su día que la Directiva 98/59 se aplica e incluye a empresarios sin ánimo de lucro.

### **5.7 · La Directiva no se aplica a los trabajadores de las Administraciones públicas ni a los tripulantes de buques marinos**

Como recuerdan entre nosotros las SSTS de 23 de septiembre de 2014 (rec. 231/2013) y 28 de abril de 2015 (rec. 2089/2014), el artículo 1.2 b) de la Directiva 98/59 establece que esta Directiva no se aplica los trabajadores de las Administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público. En el mismo sentido, SSTS de 21 de abril de 2015 (rec. 1235/2014) y 27 de abril de 2015 (rec. 1458/2014), en las que el TS afirma que, como los

despidos o extinciones que enjuician derivan de la necesaria aplicación de la Ley (no es una decisión de la Administración pública o no se trata de extinciones a iniciativa suya), no tendría sentido seguir los trámites del procedimiento de despido colectivo.

Por su parte, la STJUE de 18 de octubre de 2012, Nolan (C-583/10, EU:C:2012:638), establece que el cierre de una base militar de un Estado miembro o de un tercer Estado no es un supuesto de hecho que encaje en la Directiva 98/59. Por consiguiente, las reglas establecidas en el Derecho de la Unión para los despidos colectivos no se aplican en tales circunstancias y el TJUE no es competente para la interpretación de las posibles discrepancias.

## **6 · INFORMACIÓN Y CONSULTA (ARTÍCULO 2)**

### **6.1 · Consulta en «tiempo hábil» a los representantes de los trabajadores cuando el empresario tenga la «intención» de efectuar despidos colectivos, con vistas a llegar a un «acuerdo»**

El artículo 2.1 de la Directiva 98/59 establece que *«cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo»*.

La STJCE Junk (apartados 36 y ss.) advirtió que no se pueden haber adoptado ya los despidos, toda vez que las obligaciones de consulta y notificación nacen *«con anterioridad»* a la decisión extintiva empresarial; de otra forma no tendría razón de ser la previsión (ver apartado siguiente) de que el objetivo del periodo de consultas sea evitar los despidos. En el mismo sentido, STJUE de 10 de septiembre de 2009, AEK ry (apartados 36 y ss., C-44/08, EU:C:2009:533), Ciupa (apartado 32) y Socha (apartado 29).

Con vistas a llegar a un «acuerdo», la Directiva 98/59 establece una *«obligación de negociación»* (STJCE Junk, 43, y STJUE AGET Iraklis, 39).

### **6.2 · Objeto o finalidad de las consultas y el recurso a «expertos»**

De conformidad con el artículo 2.2, párrafo primero, de la Directiva 98/59, *«las consultas versarán, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompaña-*

miento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos». Cabe destacar, por un lado, las expresiones «evitar o reducir» los despidos colectivos y «atenuar» sus consecuencias, y, por otro, que las medidas sociales han de destinarse especialmente a readaptar o reconvertir a los despedidos, con vistas a —ha de entenderse— que consigan otro empleo o realicen otra actividad lo más pronto posible, de manera que estén en situación de desempleo solo el tiempo indispensable.

El artículo 2.2, párrafo segundo, de la Directiva 98/59 prevé que «los Estados miembros podrán disponer que los representantes de los trabajadores puedan recurrir a expertos de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales».

### 6.3 · Las obligaciones de información del empresario «durante» el transcurso de las consultas y en «tiempo hábil» a fin de que los representantes de los trabajadores puedan formular «propuestas constructivas»

El párrafo primero del artículo 2.3 de la Directiva 98/59 establece que,

«a fin de permitir que los representantes de los trabajadores puedan formular propuestas constructivas, el empresario, durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil, deberá:

- a) proporcionarles toda la información pertinente, y
- b) comunicarles, en cualquier caso, por escrito:
  - (i) los motivos del proyecto de despido;
  - (ii) el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos;
  - (iii) el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente;
  - (iv) el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos;
  - (v) los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencias en tal sentido
  - (vi) el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales».

Hay que destacar, en primer lugar, la expresión «toda la información pertinente»; en segundo lugar, que el

empresario debe cumplir esta obligación «durante el transcurso de las consultas» («y no necesariamente en el momento de inicio» de las consultas, como precisó la STJCE AEK ry, 52, aunque nada impide que se haga así —como establece la legislación española— o incluso antes) y en «tiempo hábil»; y, especialmente, que los representantes de los trabajadores han de poder formular «propuestas constructivas».

### 6.4 · La comunicación a la autoridad pública

El párrafo segundo del artículo 2.3 de la Directiva 98/59 dispone que «el empresario debe transmitir a la autoridad pública competente una copia de la comunicación escrita, que contenga, al menos, los elementos previstos en los incisos i) a v)» de la letra b) del párrafo primero del artículo 2.3 de la Directiva 98/59.

Es decir, a la autoridad pública competente hay que comunicarle por escrito todo lo que la Directiva 98/59 dispone que el empresario comunique a los representantes de los trabajadores, con excepción del «método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales».

### 6.5 · El grupo de empresas

El artículo 2.4 de la Directiva 98/59 establece que las obligaciones de información y consulta de la Directiva se aplican «con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que ejerza el control sobre él», y añade, en lo que se refiere a las infracciones de las obligaciones de información, consulta y notificación establecidas en la Directiva 98/59, que «cualquier justificación del empresario, basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria, no se podrá tomar en consideración» (art. 2.4, párrafo segundo).

De gran interés es, al respecto, la STJCE AEK ry, ampliamente citada por la posterior STJUE de 7 de agosto de 2018 (Bichat, Chlubna y Walkner, C-61/17, C-62/17 y C-72/17, EU:C:2018:653).

De conformidad con la STJUE Bichat, Chlubna y Walkner, el artículo 2.4, párrafo primero, de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de *empresa que ejerce el control sobre el empresario* engloba a toda empresa vinculada a dicho empresario mediante relaciones de participa-

ción en el capital social de este o por otros vínculos jurídicos que le permitan ejercer una influencia determinante sobre los órganos de decisión del empresario y obligarlo a examinar o proyectar despidos colectivos.

## **7 · EL PAPEL DE LA AUTORIDAD PÚBLICA Y LOS EFECTOS DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS**

### **7.1 · Notificación a la autoridad pública y a los representantes de los trabajadores y las eventuales observaciones de estos (artículo 3)**

#### **7.1.1 · La notificación a la autoridad pública**

El párrafo primero del artículo 3.1 de la Directiva 98/59 dispone que *«el empresario estará obligado a notificar por escrito cualquier ‘proyecto’ de despido colectivo a la autoridad pública competente»*. Hay que destacar la utilización de la palabra *proyecto*.

No obstante, el párrafo segundo del artículo 3.1 de la Directiva 98/59 permite a los Estados miembros *«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 sólo deberá notificarlo por escrito a la autoridad pública competente a petición de ésta»*. De interés es, al respecto, la STJUE de 3 de marzo de 2011, Claes (C-235/10, EU:C:2011:119), relevante para la diferencia entre la muerte de la persona física (el supuesto examinado por la ya citada STJUE Rodríguez Mayor) y una persona jurídica en liquidación.

*«La notificación deberá contener todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los representantes de los trabajadores previstas en el artículo 2 [de la Directiva 98/59], especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el periodo en el que se prevé que se van a efectuar los despidos»* (artículo 3.1, párrafo tercero, de la Directiva 98/59).

#### **7.1.2 · La notificación a los representantes de los trabajadores y las eventuales observaciones de estos**

*«El empresario estará obligado a transmitir a los representantes de los trabajadores una copia de la notificación prevista en el apartado 1 [del artículo 3], y «los representantes de los trabajadores podrán dirigir sus*

*eventuales observaciones a la autoridad pública competente»* (artículo 3.2 de la Directiva 98/59).

### **7.2 · Efectos de los despidos colectivos, la búsqueda de soluciones por la autoridad pública, la facultad de prórroga de la fecha de efectos y la posible no aplicación de lo anterior en determinados supuestos (artículo 4)**

#### **7.2.1 · Los efectos del despido colectivo**

*«Los despidos colectivos cuyo proyecto haya sido notificado a la autoridad pública competente, surtirán efecto no antes de treinta días después de la notificación prevista en el apartado 1 del artículo 3, sin perjuicio de las disposiciones que regulan los derechos individuales en materia de plazos de preaviso»* (artículo 4.1, párrafo primero, de la Directiva 98/59).

*«Los Estados miembros pueden conceder a la autoridad pública competente la facultad de reducir el plazo contemplado en el párrafo anterior»* (artículo 4.1, párrafo segundo, de la Directiva 98/59).

#### **7.2.2 · La búsqueda de soluciones por la autoridad pública**

*«La autoridad pública competente aprovechará el plazo señalado»* de los treinta días para *«buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados»* (artículo 4.2 de la Directiva 98/59).

#### **7.2.3 · La facultad de prórroga por parte de la autoridad pública**

*«En la medida en que el plazo inicial previsto en el apartado 1 [del art. 4 de la Directiva 98/59] sea inferior a sesenta días, los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente la facultad de prorrogar el plazo inicial hasta sesenta días después de la notificación, cuando los problemas planteados por los despidos colectivos considerados corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial»* (artículo 4.3, párrafo primero, de la Directiva 98/59).

*«Los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública competente facultades de prórroga más amplias»* (artículo 4.3, párrafo segundo, de la Directiva 98/59).

*«El empresario debe ser informado de la prórroga y de sus motivos, antes de la expiración del plazo inicial pre-*



visto en el apartado 1» (artículo 4.3, párrafo tercero, de la Directiva 98/59).

#### 7.2.4 · Los despidos colectivos producidos por el cese de actividad del establecimiento como consecuencia de una decisión judicial

«Los Estados miembros no estarán obligados a aplicar el presente artículo a los despidos colectivos producidos por el cese de las actividades del establecimiento cuando éste resulte de una decisión judicial» (artículo 4.4 de la Directiva 98/59). De interés es, sobre este extremo, la citada STJUE Claes, ya se ha dicho que relevante para la diferencia entre la muerte de la persona física y una persona jurídica en liquidación.

### 8 · LA MAYOR FAVORABILIDAD ABIERTA A LOS ESTADOS Y A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (ARTÍCULO 5)

Ya se ha anticipado que el artículo 5 de la Directiva 98/59 establece que la Directiva «no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o de introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores».

Se remite, por ejemplo, a las STJCE CGT (apartado 44) y a las SSTJUE USDAW (apartado 65 a 67), Lyttle (apartados 46 a 48) y AGET Iraklis (apartado 32).

### 9 · PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y/O JURISDICCIONALES A DISPOSICIÓN DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES O DE ESTOS ÚLTIMOS (ARTÍCULO 6)

El artículo 6 de la Directiva 98/59 establece que «los Estados miembros procurarán que los representantes de los trabajadores o los trabajadores dispongan de procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales con objeto de hacer cumplir las obligaciones establecidas en la Directiva».

Se remite a la STJUE CGT (apartado 44). De interés es también, al respecto, la STJCE de 16 de julio de 2009, Mono Car Styling (C-12/08, EU:C:2009:466), que admite limitaciones a la impugnación individual de los trabajadores (no así de sus representantes), sin que ello vulnere la tutela judicial efectiva.

Por su parte, la STJUE de 7 de agosto de 2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646), declara inadmisibles las terceras cuestiones prejudiciales

planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-León (Valladolid), por entender que el órgano judicial remitente no había facilitado al TJUE los elementos necesarios para responder eficazmente a dicha cuestión.

Esa tercera cuestión prejudicial preguntaba, en esencia, si la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (en particular, su artículo 4, apartado 1, párrafo primero) y el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 47 CDFUE, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional sobre los efectos de cosa juzgada, como la controvertida en el litigio principal (se trata de la artículo 124.13.b, especialmente su regla 2.ª, LRJS), que prohíbe a los órganos jurisdiccionales nacionales pronunciarse sobre la impugnación —basada en la Directiva 2001/23— del despido individual de un trabajador efectuado con ocasión de un despido colectivo, debido a que ya se ha dictado una resolución judicial en el procedimiento sobre despido colectivo, en el cual solo están legitimados procesalmente los representantes de los trabajadores.

### 10 · LAS AYUDAS DE ESTADO AUTORIZADAS POR LA COMISIÓN EUROPEA PERMITEN INDEMNIZACIONES POR DESPIDO COLECTIVO SUPERIORES A LAS MÍNIMAS LEGALES: LA STJUE IGLESIAS GUTIÉRREZ

La STJUE de 15 de octubre de 2015, Iglesias Gutiérrez (C-352/14, EU:C:2015:691), que resuelve la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de lo Social de Terrassa sobre las indemnizaciones acordadas en el periodo de consultas del despido colectivo de Bankia (superiores a las mínimas legales), establece que:

«la Decisión C(2012) 8764 final de la Comisión, de 28 noviembre 2012, relativa a la ayuda concedida por las autoridades españolas para la reestructuración y recapitalización del grupo BFA, y los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, en los que se basa dicha Decisión, no se oponen a la aplicación, en el marco de un litigio relativo a un despido colectivo comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Decisión, de una normativa nacional que, en caso de despido improcedente del trabajador, fija un importe de indemnización superior al mínimo legal».

## 11 · TRABAJADORA EMBARAZADA Y DESPIDO: LA STJUE PORRAS GUIASADO

La Sra. Porras Guisado fue despedida en el seno del despido colectivo de Bankia cuando estaba embarazada, y la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña lamentó una cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 10 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

El artículo apartado 1) del artículo 10 («Prohibición de despido») de la Directiva 92/85 establece que

*«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo».*

Pues bien, la STJUE 22 de febrero de 2018, Porras Guisado (C-103/16, EU:C:2018:99) establece que:

*«El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite el despido de una trabajadora embarazada con motivo de un despido colectivo».*

*«El artículo 10, punto 2, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para la designación de los trabajadores afectados por el despido».*

*«El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que no prohíbe, en principio, con carácter preventivo el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y que establece únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando sea ilegal».*

*«El artículo 10, punto 1, de la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo a efectos de la Directiva 98/59, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia, sin que se excluya, no obstante, la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia».*

De interés es la STS 802/2018, 22 de febrero de 2018 que cita la STJUE 22 de febrero de 2018.

## 12 · LOS DESTINATARIOS DE LA DIRECTIVA SON LOS ESTADOS MIEMBROS (ARTÍCULO 10)

Los destinatarios de la Directiva serán los Estados miembros (artículo 10 de la Directiva 98/59).

### ANEXO BIBLIOGRÁFICO

ALCÁZAR ORTIZ, Sara: *El despido colectivo en la empresa. Causas, procedimiento y control judicial*: Valladolid: Lex Nova, 2015.

BARROS GARCÍA, Mario: «El Tribunal de la UE y el despido colectivo en España», *Cinco Días*, 16 de julio de 2015, pág. 14.

BODAS MARTÍN, Ricardo y PALOMO BALDA, Emilio: *Despidos colectivos. La visión de los Tribunales*. Madrid: Francis Lefebvre, 2013.

CABEZA PEREIRO, Jaime: «La última jurisprudencia del Tribunal 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*, n.º 10, 2015.

CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel: «Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre despidos colectivos», *Actualidad Laboral*, n.º 19, 2004, tomo II.

CASAS BAAMONDE, María Emilia, «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*, n.º 4, 2015, págs. 373-400.

CASTRO ARGÜELLES, María Antonia: «Los conceptos de 'centro de trabajo' y 'despido colectivo' en el 'Derecho de la Unión', a propósito de la Directiva 98/59/CE», *La Ley Unión Europea*, n.º 29, 2015.

COSTA REYES, Antonio: «Transmisión de empresa, despidos colectivos e insolvencia del empleador», en NAVARRO NIETO, Federico, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. y GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel (dirs.): *Manual de Derecho Social de la Unión Europea*, Madrid: Tecnos, 2011, págs. 313-321.

CRUZ VILLALÓN, Jesús: «La intervención de la Unión Europea en materia de despido», en CRUZ VILLALÓN, Jesús (ed.): *La regulación del despido en Europa. Régimen formal y efectividad práctica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

DESDENTADO BONETE, Aurelio: «La delimitación legal del despido colectivo. El despido colectivo de hecho», en GODINO REYES, Martín (dir.): *Tratado de despido colectivo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, págs. 29-68.

DESDENTADO BONETE, Aurelio: «Problemas de aplicación del Derecho social europeo. Del caso Telefónica Móviles al caso Zardoya Otis», *El Derecho. Revista de Jurisprudencia*, n.º 2, 2017.

FOTINOPOULOU BASURKO, Olga (dir.): *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

FERRADANS CARAMÉS, Carmen: «La Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos», en CRUZ VILLALÓN, Jesús y PÉREZ DEL RÍO, Teresa: *Una aproximación al Derecho social comunitario*, Madrid: Tecnos, 2000, págs. 141-142.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio: «Tribunal de Justicia de la Unión Europea y despido colectivo, especialmente extinciones computables y unidad de cómputo: centro de trabajo, empresa y grupos de empresa», en GUTIÉRREZ VELASCO, Iñigo (coord.): *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ante el espejo del Derecho Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, págs. 101-118.

GARCÍA SÁNCHEZ, Jesús David y MONZÓN PÉREZ, Helena: «Despido colectivo y flexibilidad negociadora tras la concesión de una 'ayuda de Estado' autorizada por la Comisión Europea» (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2015; caso Iglesias y otros, asuntos acumulados C-352/14 y C-353/15)», en

REY GUANTER, Salvador del (coord.): *2016 Práctica Laboral para Abogados. Los casos más relevantes en 2015 de los grandes despachos*, Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2016, págs. 803-821.

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, «Empresa, centro de trabajo y despido colectivo. Comentario a la STJUE de 13 de mayo de 2015, asunto Rabal Cañas (C-392/13)», *Revista de Información Laboral*, n.º 6, 2015.

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier y DÍAZ ZAFORAS, David: «La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 57, 2016.

GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa M.ª: «El modelo español de despido colectivo: puntos críticos a la luz de la jurisprudencia comunitaria y su contradictoria recepción en la doctrina judicial», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, n.º 401-402, 2016, págs. 71-100.

GUTIÉRREZ COROMINAS, «El centro de trabajo como unidad de referencia física subsidiaria para el cálculo de las extinciones en os despidos colectivos. Comentario a la Sentencia Rabal Cañas, C-392/13, EU:C:2015:318», *IUSLabor*, n.º 2, 2015.

LAHERA FORTEZA, Jesús: «Despidos colectivos en centros de trabajo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 6, 2017, págs. 516-519.

LAHERA FORTEZA, Jesús: «Nueva configuración del despido colectivo», *Trabajo y Derecho*, n.º 34, 2017.

MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda: «¿Cuál es la unidad de cómputo del despido colectivo? La empresa y el centro, según convenga. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2016», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, n.º 405, 2016, págs. 186-190.

MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda: «La impugnación de la extinción individual del contrato de trabajo del trabajador afectado por un despido colectivo tras las últimas sentencias del Tribunal de Justicia», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 6, 2016, págs. 550-564.

MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda: «El régimen del despido colectivo en el ordenamiento europeo: contrastes y fricciones con el ordenamiento español», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n.º 127, 2017, págs. 121-143.

MARTÍNEZ MORENO, Carolina: «Los despidos colectivos (Directiva 98/59/CE y normas preceden-

tes)», en GARCÍA MURCIA, Joaquín (dir.): *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español: un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, págs. 475-487.

MARTÍNEZ MORENO, Carolina: «Solución salomónica del Tribunal Supremo a propósito de la doctrina Rabal Cañas. Comentario a la TS 17-10-16, Rec. 36/16», *Actum Social*, n.º 116, 2016, págs. 19-21.

MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: «La ineludible reforma del despido colectivo en su ámbito de referencia», *Documentación Laboral*, n.º 111, 2017, vol. III, págs. 41-58.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Despido colectivo de hecho en centro de trabajo de un grupo empresarial: una nueva doctrina judicial ¿correctora o abrogatoria», *Diálogo con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social*, núm. 972/2015, de 21 de mayo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, n.º 388, 2015, págs. 157-165.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Cuál es el ámbito de cómputo del despido colectivo? Una lectura *pro comunitate* a favor de la empresa (*favor business*). Comentario del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de febrero de 2016, rec. núm. 5499/2015», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, n.º 398, 2016, Madrid, págs. 139-144.

MONEREO PÉREZ, José Luis: *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, Madrid: Civitas, 1994.

MONEREO PÉREZ, José Luis: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

MONTALVO CORREA, Jaime: «Delimitación jurídica del supuesto de despido colectivo», en VILLA GIL, Luis Enrique de la (coord.): *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Madrid: Marcial Pons, 1995.

NAVARRO NIETO, Federico: *Los despidos colectivos*, Madrid: Civitas, 1996.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena: «Transmisión de empresas y despidos colectivos», en NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, FOTINO-POULOU BASURKO, Olga y MIRANDA BOTO, José María (dirs.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, págs. 447-463.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel: «El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el art. 51 ET», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 2, 2015, pp. 105-115.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel: «La calificación como trabajador y el concepto de despido en la Directiva 98/59», *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 1, 2016, págs. 1-7.

ROJO TORRECILLA, Eduardo: «El impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE en la regulación de los despidos colectivos: sobre el concepto de trabajador, los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores y la intervención y límites de la autoridad administrativa laboral», *Documentación Laboral*, n.º 111, 2017, vol. III, págs. 11-39.

SÁEZ LARA, Carmen: «El concepto de despido colectivo», en GOERLICH PESET, José María (coord.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, págs. 997-1006.

SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda y FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, Carlos de: «Despido colectivo y unidad de referencia. La trasposición de la Directiva 98/59 y el margen de apreciación de los derechos nacionales (I y II)», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 194 y n.º 196, 2017.

-USHAKOVA, Tatsiana: «El despido colectivo en el Derecho de la Unión Europea», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 162, 2014, págs. 177-206.